

# CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

NOVIEMBRE 1994

AÑO 6, N°9

## DOCTRINA EXTRANJERA

La razón de Estado como nuevo fundamento  
del control penal en España  
*Roberto Bergalli*

Derecho penal y paz social.  
Ensayo sobre una aparente contradicción  
*Emiliano Borja Jiménez*

Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal  
*Alberto M. Binder*

## DOCTRINA NACIONAL

Discriminación e ineficiencia en la persecución del delito  
económico: La inevitable perversión del sistema penal  
*Fernando Cruz Castro*

Eficacia del sistema penal y la protección  
frente al nuevo orden mundial  
*Luis Guillermo Herrera Castro*

El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas  
*Cecilia Sánchez Romero*  
*Mario Alberto Houed Vega*  
*Alfredo Chirino Sánchez*

Solución alternativa de conflictos penales.  
Una propuesta de marco teórico  
*Henry Issa El Khoury*

JURISPRUDENCIA  
Jurisprudencia penal reciente  
*Cecilia Sánchez Romero*



ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES  
DE COSTA RICA

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

JUNTA DIRECTIVA DE LA  
ASOCIACION DE CIENCIAS  
PENALES DE COSTA RICA

Alfonso Chaves Ramírez  
*Presidente*

Carlos Tiffer Sotomayor  
*Vicepresidente*

Linda Casas Zamora  
*Secretaria*

Juan Diego Rojas Araya  
*Tesorero*

Victor Alfonso Dobles Ovarés  
*Fiscal*

Katty Fernández González  
*Vocal*

CONSEJO EDITORIAL  
CONSULTIVO

Dr. Wolfgang Shöne, *Alemania*

Dr. Alessandro Baratta, *Alemania-Italia*

Dr. David Baigún, *Argentina*

Dr. Raúl Zaffaroni, *Argentina*

Dr. Fernando de la Rúa, *Argentina*

Dr. Julio Maier, *Argentina*

Dr. Edgar Saavedra Rojas, *Colombia*

Dr. Juan Bustos Ramírez, *Chile*

Dr. Jaime Malamud G., *Estados Unidos*

Dr. Alberto Binder, *Argentina*

Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la T., *España*

Dr. Antonio González Cuellar, *España*

Dr. Vicente Gimeno Sendra, *España*

Dr. Antonio Beristain Ipiña, *España*

Dr. Juan Luis Gómez Colomer, *España*

Dr. Giovanni Conso, *Italia*

Dr. Adolfo Gelsi Bidart, *Uruguay*

Dra. Rosa del Olmo, *Venezuela*

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Álvarez

Henry Issa El Khoury Jacob

Alfonso Chaves Ramírez

Luis Sáenz Zumbado, Periodista Editor

Dirección Postal

Corte Suprema de Justicia

Código Postal 4-1003

San José, Costa Rica.

Fax: (506) 257-5624

REVISTA DE CIENCIAS PENALES

INDICE

DOCTRINA EXTRANJERA

La razón de Estado como fundamento  
del control penal en España ..... 2  
*Roberto Bergalli*

Derecho penal y paz social .  
Ensayo sobre una aparente contradicción ..... 7  
*Emiliano Borja Jiménez*

Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal ..... 17  
*Alberto M. Binder*

DOCTRINA NACIONAL

Discriminación e ineficiencia en la persecución del  
delito económico: La inevitable perversion del sistema penal .... 27  
*Fernando Cruz Castro*

Eficacia del sistema penal y la protección frente  
al nuevo orden mundial ..... 41  
*Luis Guillermo Herrera Castro*

El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas ..... 47  
*Cecilia Sánchez Romero*  
*Mario Alberto Houed Vega*  
*Alfredo Chirino Sánchez*

Solución alternativa de conflictos penales.  
Una propuesta de marco teórico ..... 65  
*Henry Issa El Khoury*

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente ..... 73  
*Cecilia Sánchez Romero*

EDITORIAL:

## EL RECIENTE AUMENTO DE PENAS EN COSTA RICA

Pese a la reiterada tradición civilista de la cual nos enorgullecemos los costarricenses, debemos reconocer que en lo que a política criminal se refiere caminamos de manera pendular, acogiendo sugerencias contradictorias y muchas veces injustificadas. Por un lado, aprobamos el año pasado una reforma al proceso penal para restringir el uso de la prisión preventiva, según las recomendaciones del Código Procesal Penal Tipo para América Latina, gracias a la cual hemos reducido los presos sin condena a una cifra bastante aceptable en la región (representan aproximadamente el 20 % de la población penitenciaria). Pero en contraste, hace pocos meses, sin mucha discusión y a toda prisa, aprobamos una reforma al Código Penal que aumentó el límite máximo de la pena de prisión de 25 a 50 años. La seguridad ciudadana y la creciente criminalidad aparecen como justificantes de esa medida, y de inmediato se aprobaron también aumentos de penas para los homicidios dolosos y para los delitos sexuales convencionales. Lo paradójico de esta medida es que esos delitos no han aumentado según lo comprueba científicamente una reciente publicación del criminólogo Elías Carranza ("Criminalidad ¿Prevención o Promoción?", EUNED, San José, 1994, pp.35 ss. y 41 ss.). En otros términos, uno de los mejores ejemplos que podrán mostrarse a los estudiosos del derecho penal sobre la desorientación en política criminal lo constituye, sin lugar a dudas, el aumento de las penas para esos delitos en la medida en que dicha reforma se sustentó en el supuesto incremento de esos ilícitos.

Al respecto conviene precisar que tampoco el aumento general de penas constituye una eficiente reforma para disminuir los delitos. La criminalidad no es una categoría uniforme de conductas, sino que está conformada por variadísimas categorías, algunas de las cuales es cierto que han aumentado, otras se mantienen y todavía, otras han disminuido. Las respuestas frente a esas distintas categorías tampoco pueden ser uniformes, como lo pretende la reforma con una sola medida.

Paralelamente debemos observar que la percepción de los ciudadanos sobre el problema de la criminalidad, la alarma que esos hechos provocan, la frecuencia con la cual ocurren y los daños que efectivamente producen esos hechos no guardan ninguna relación. Orientados por los medios de comunicación colectiva, los ciudadanos perciben que toda la criminalidad ha aumentado, pero eso sólo es cierto para algunos delitos, pues otros se mantienen y otros han disminuido. Tampoco guarda proporción la alarma que esos hechos provocan, con los daños que efectiva-

mente producen. Los ciudadanos estiman que ciertos hechos provocan muchos daños, como los asaltos, pero no se preocupan de otras categorías de delitos que son bastante más lesivas, como los homicidios culposos que duplican los dolosos, las agresiones con armas, que aumentaron exageradamente en los últimos años, y los delitos no convencionales (abuso de poder público, abuso de poder económico).

La criminología distingue entre la realidad sobre el delito (volumen real de la criminalidad) y el **temor al delito** (percepción de la criminalidad y del riesgo de ser victimizado). Delito y temor al delito se alimentan con efecto multiplicador, el segundo agiganta una percepción distorsionada del primero, lo cual aumenta el riesgo de adoptar medidas equivocadas, ante el pánico social, como resultaron esas reformas al Código Penal. Como afirma Carranza, **hay que desdramatizar el tema, pues "...no es cierto que estemos ante una situación de extrema gravedad en materia de criminalidad y seguridad ciudadana. Costa Rica, no obstante su incremento en determinados delitos, en un análisis comparativo sigue siendo un país de bajo nivel de violencia social y de bajo nivel de violencia delictiva; pero podría dejar de serlo en la medida en que las acciones que se tomen no sean las apropiadas..."** (Op. cit. p. 69).

Pero lo más grave de todo esto es la efectiva incidencia que esos aumentos en las penas puedan tener en la solución del problema de la criminalidad. Para tales efectos, debemos recurrir a la historia. Ningún aumento de penas realizado hasta ahora ha tenido alguna incidencia en la disminución de los hechos delictivos. Baste como ejemplos la ley de drogas y la ley de tránsito, que aumentaron y endurecieron las sanciones, pero los delitos también aumentaron desproporcionadamente. La historia nos demuestra que ningún sistema penal "duro" ha sido eficiente para reprimir la criminalidad. Por el contrario, en épocas de dictadura, acompañadas en América Latina con sistemas penales duros y represivos, no se tutelaron los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que el sistema penal amplió la impunidad sobre todo la de los funcionarios del Estado, gracias a la política de la "seguridad nacional" hoy transformada en "seguridad ciudadana".

Esperamos que ese camino del endurecimiento del sistema penal sea evaluado técnicamente por grupos multidisciplinarios, y por todos los sectores de nuestra comunidad, porque al final seremos todos los que tendremos que pagar, y muy caro, los errores en esta materia.

## DOCTRINA EXTRANJERA

# LA RAZON DE ESTADO COMO NUEVO FUNDAMENTO DEL CONTROL PENAL EN ESPAÑA

*Prof. Roberto Bergalli*  
Universidad de Barcelona

## LOS TRAUMAS DE LA INCORPORACION ESPAÑOLA EN EUROPA

La incorporación post-moderna de España en Europa se viene realizando, como no podía ser de otro modo, con algunas características traumáticas. Muchas de éstas tienen que ver con la forma en que su economía se ha desarrollado desde el momento de la adhesión al Tratado de Roma, pues hasta entonces, si bien ya desde el tardo -franquismo- o sea, desde el fin de los años sesenta y de la mano de la tecno-burocracia dependiente del Opus Dei- el crecimiento económico era palpable y no había originado las repercusiones sociales posteriores; antes bien, sí había procurado una mesurada mejoría, sobre todo si se lo compara con la miseria en que casi la inmensa mayoría de los españoles habían quedado sumidos después de la Guerra Civil. No obstante, semejante despegue provenía de algunos sectores que, como el turismo, generan riqueza pero no producen expansión estructural y de otros que, si bien se relacionan con la producción de bienes duraderos (como el acero, el hierro, etc.), éstos no tenían ya valor de exportación cuando se manifiesta en España esta situación, pues en el resto del mundo y, especialmente en Japón, en Europa y en U.S.A. la revolución tecnológica había hecho inaplicables los productos provenientes de la antigua industria pesada de pre-Guerra. Fue de este modo, es decir, con un aparato industrial anticuado y unas clases sociales ansiosas de gozar de bienes materiales, que España se vio abocada al ingreso en las Comunidades Europeas.

Por lo tanto, esa incorporación española en Europa no podía dejar de ser traumática. Debe entonces aludirse aquí a las consecuencias que han producido las diferentes reconversiones en el apa-

rato industrial, con graves lesiones a la estabilidad laboral que a su vez han generado creciente inseguridad social; debe recordarse la transferencia de la propiedad de vitales fuentes de producción al capital no español que paulatinamente ha invadido la estructura industrial; corresponde recordar la marea de dinero extranjero que ha acudido al mercado especulativo de la banca y el crédito español, un mercado en el que no hay que olvidar se pagan, pero también se cobran los intereses más elevados de todo el Mercado Común; corresponde evocar, sin duda también, el modelo de desarrollo, polarizador de la riqueza y la miseria con sus tremendas repercusiones entre la vida rural y la urbana pero, sobre todo, con su permanente creación de periferias metropolitanas, auténticos ghettos o bolsas de marginación. Del mismo modo, con aquella reflexión se cita la profunda brecha provocada entre el nivel de ingresos de las franjas más vastas de la sociedad y el constante salto hacia adelante de los precios de la vivienda o de artículos de consumo. Todos estos "traumas" están a la vista y los sufren, en mayor o menor medida, quienes trabajan y pagan impuestos, algo que no es nuevo en las sociedades de "libre mercado".

## LA RELACION EMERGENCIA-RAZON DE ESTADO; ASPECTOS CULTURALES

Sin embargo, algunos otros rasgos de esa incorporación no parecen ser visibles para los sectores populares aunque en realidad son los más golpeados por sus consecuencias. Aquí se alude al sometimiento ideológico que supone tener que aceptar los Diktats del Grupo de Trevi o de los Acuerdos de Schengen, lo cual es perceptible a través de la conversión de la política interior del Estado español

en lo que atañe al control de cuestiones tales como la situación de los extranjeros, la denominada "seguridad ciudadana", el problema del narcotráfico, el empleo del secreto de Estado o la protección de los datos íntimos. Todas estas cuestiones emergentes están siendo tratadas desde el prisma de la "razón de Estado", con evidente vulneración de la propia forma-Estado democrática de derecho que prevé la Constitución Española y si bien la situación no es muy diferente a la de buena parte de los demás países comunitarios -como se verá en adelante- en España han impedido que la evidente democratización producida en el seno de su sociedad civil alcanzase plenamente el ámbito estatal.

En efecto, mientras en los últimos diez años sobre todo, son evidentes los progresos realizados con respecto al obscurantismo y al fuerte tono precconciliar con que la iglesia católica había impregnado el ámbito de las relaciones sociales, el ordenamiento jurídico y los aparatos del Estado encargados de aplicarlo, aparecen todavía cargados de viejos lastres autoritarios. Los debates previos a la Ley del Divorcio (1982) y a la reforma penal en materia de aborto (1983) fueron ejemplares en poner de manifiesto la contradicción existente entre los pujantes grupos sociales que querían acercarse a la cultura europea avanzada y los elementos de la clase política todavía anclados en el pasado. Algunos de esos debates, particularmente los relacionados con el fracaso de la tenue introducción en el Código Penal del sistema de las indicaciones para permitir la interrupción del embarazo, se están repitiendo en la actualidad (lo que no es diferente a lo que sucede también por ejemplo, en Italia) pero en esta polémica es clarísimo que antes que los argumentos éticos o religiosos que emplea la derecha española, existen verdaderos intereses de la clase médica para evitar la plena vigencia del derecho de la mujer a decidir si desea o no el hijo engendrado.

Otras manifiestas contradicciones entre voluntad democratizadora y frenos autoritarios se encuentran en el ámbito de la Policía Nacional y la Magistratura. En la primera, una Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Gobierno socialista que unificó el escalafón y desmilitarizó a sus mandos, no logró sin embargo remover aquellos elementos residuales del franquismo, algunos de los cuales han sido empleados en trabajos "sucios" posteriores. La Guardia Civil, la super-policía española similar a los Carabinieri o a la Gendarmerie francesa o a la Bundess-verfassungsschutz alemana, sigue siendo un cuerpo militarizado que impugna su propio nombre (Guardia Civil) y ejerce un control su-

perior al de todas las policías que actúan en el Estado (recordar que España es un Estado de las Autonomías, de forma que dos de ellas -Cataluña y País Vasco- poseen policías autonómicas y otras dos las están desarrollando -Andalucía y Galicia-, mientras cada Ayuntamiento o Municipio tiene su cuerpo de Guardia Urbana o policía municipal), superponiendo con ellas muchas competencias.

La clase judicial española es quizá el sector social que, en el interior del Estado, revela un mayor atraso cultural. Esto no ocurre únicamente por el tipo de formación que los jueces y fiscales han recibido como juristas en sus estudios universitarios, en los que sigue imperando una tradición juspositivista que impide el desarrollo de un espíritu crítico y no fomenta una cultura jurídica abierta a los problemas de la sociedad. Las decisiones regresivas que emite la jurisdicción también provienen de la cercanía o afinidad que existe entre un vasto número de jueces y algunos centros de poder ideológico que se demuestran muy vitales, como la jerarquía eclesiástica o el Opus Dei. Desde los últimos años del franquismo han nacido, sin embargo, unas corrientes culturales en el seno de la Magistratura que primero revelaron una cercanía con el movimiento democrático que catapultó la transición política en España y después, con las leyes del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial (semejante a) Consiglio Nazionale della Magistratura de Italia) se constituyeron en Asociaciones. En la actualidad, frente a la "Asociación Profesional de la Magistratura", de tendencia conservadora, existen también la "Francisco de Vitoria" (de inspiración democristiana, pero liberal) y "Jueces para la Democracia", la cual, aunque minoritaria, sigue revelando las posiciones más progresistas y es la que manifiesta una mayor sensibilidad respecto de las expresiones autoritarias o regresivas de otros ámbitos estatales o sociales.

## EL CONFLICTO SOCIAL ENCUBIERTO

Frente al fuerte contenido ético y jurídico que supuso el proceso constituyente de la Monarquía constitucional, en estos últimos tiempos se verifica en España un abandono de las "razones jurídicas", justificado por diferentes situaciones emergentes que, en verdad, no son tales sino expresiones del conflicto social que aqueja a Europa y que en el ámbito español afloran como problemas sociales que se construyen, desplazando así su tratamiento. Encarar ese conflicto desde unas perspectivas de política social y de política económica supondría,

por una parte, atacar desde el fondo las situaciones de injusticia que están en la base de semejante conflicto. Pero, una actitud de tal tipo ha sido absolutamente imposible para los Estados europeos desde que se impuso el modelo de desarrollo en que hasta ahora ha estado inmersa la Comunidad (proponer un cambio del modelo, en estos tiempos en que el "libre mercado" se presenta como la fórmula milagrosa incluso para los propios países del Este que hasta ayer mismo tenían centralizada su estructura económica, sería tomado como un desatino); tanto más lo hubiera sido para España, en razón de su incorporación tardía y de los motivos de necesaria adecuación acelerada de sus mercados. Por otra parte, cambiar la estrategia de tratamiento de aquellos problemas sociales significaría una salida de los esquemas dentro de los cuales todos los Estados comunitarios han desenvuelto sus propias estrategias de control social, según ha sido decidido en el Grupo de Trevi y por los Acuerdos de Schengen a la luz de la experiencia antiterrorista.

## LA EMERGENCIA ESPAÑOLA Y SUS EJEMPLOS

En efecto, la "cultura de la emergencia" que se ha propagado en España no es estrictamente una manifestación local del abandono de las razones jurídicas. La antigua República Federal de Alemania, Francia e Italia fueron los países comunitarios que inauguraron, en plena época del constitucionalismo social, el empleo de la excepcionalidad penal para afrontar sus problemas domésticos de terrorismo rojo (que en contadas excepciones se aplicó al terrorismo negro). Como se sabe, lo excepcional se fue convirtiendo en habitual o regular y todas aquellas vulneraciones que comportaban las leyes antiterroristas a los principios liberales del derecho penal y a las garantías iluministas que están en la base teórica (aunque no práctica) de los sistemas europeos de justicia criminal, se fueron incorporando "legalmente" a los ordenamientos jurídicos.

En algunos países, como en Italia, se discute hoy activamente sobre la oportunidad de terminar con la "emergencia" como pauta de comportamiento estatal respecto a situaciones que penalmente no pueden seguir siendo tratadas con la dureza que la legislación antiterrorista supone pues, intrínsecamente, han sido situaciones de neto trasfondo político aunque ellas se tradujesen en hechos social y jurídicamente reprochables. El llamado "caso Curcio", fundador de las Brigate Rosse, condenado por diferentes delitos (aunque ninguno de sangre),

quien renunciara a la lucha armada después de la derrota que a su organización le inflingiera el Estado italiano, sigue permaneciendo en la cárcel a pesar que la pena aplicada hubiera podido ser jurisdiccionalmente reducida. El conflicto institucional que este caso ha suscitado, entre las diferentes posiciones asumidas dentro del gobierno italiano, ha comprometido hasta la propia estabilidad de éste porque no se quiere asumir la substancia política de toda la situación. Este ejemplo, como el del "caso Sofri", en que se ha confirmado una condena gravísima 17 años después de cometido el homicidio que se atribuye a los imputados sobre la única base de una acusación sin pruebas formuladas por un testigo perteneciente al área de los "arrepentidos", muestran las consecuencias perversas con que la "cultura de la emergencia" ha impregnado el sistema de justicia penal. En Alemania está teniendo lugar también un encendido debate en relación a la facultad prevista por el StGB (Párrs. 57 y 57a.) de conmutar en condicional el resto de las penas (cuando se haya descontado ya dos tercios de ella o quince años cuando haya sido perpetua) de nueve integrantes de la Rotte Armée Franklion (RAF). Günter Sonnenberg, Bernhard Roessner, Claudia Wannersdorf (estos tres gravemente enfermos), Irmgard Moeller (única sobreviviente de la triple muerte en Stammheim de Baader, Ensslin y Raspe en 1977), Lutz Täufer, Christine Kuby, Karl Friedrich Grösser, Knut Folkerts y Stefan Wisniewski. Una decisión semejante iniciaría el fin de la "emergencia" alemana, lo cual confirmaría una voluntad de respeto al Estado de derecho. Pero, en ese debate los "halcones" sostienen que dicha posibilidad de conmutación no vale para los miembros de la RAF frente a la posición de ciertos diputados socialdemócratas, juristas garantistas e incluso algunos banqueros y policías quienes manifiestan que una excarcelación anticipada favorecería la pacificación.

De no distintas maneras se están tratando en Francia ciertas situaciones en que la "razón de Estado" ha justificado, por ejemplo, bien la actuación de la Célula Especial Antiterrorista, constituida por gendarmes especiales, quienes fabricaron falsas pruebas en la tentativa de atribuir a tres jóvenes irlandeses residentes en territorio francés la autoría de varios atentados terroristas cometidos en 1982; bien la expulsión manu militari, sin garantías judiciales, de un antiguo refugiado político marroquí, el escritor Abdelmumen Diuri, accediendo así al deseo del monarca alaví y violando la arraigada tradición francesa del derecho de asilo.

Pues bien, en España no están muy distintas las cosas. Difícil es destacar los ejemplos que permiten convalidar este juicio por su orden de gravedad. De todos modos, el caso más flagrante de recurso a la "razón de Estado" para impedir el esclarecimiento de hechos que ensombrecen la actuación del Estado democrático, es el que se conoce como el de Amedo y Domínguez. Se ha tratado de la investigación judicial acerca de la participación que estos dos funcionarios policiales, siempre vinculados a las tareas de información, han tenido en la organización, constitución y suministro de fondos de los Grupos Armados de Liberación (GAL). Estas auténticas bandas para-policiales, constituidas por mercenarios generalmente portugueses y franceses, tuvieron por misión la de atentar contra la vida de nacionalistas (abertzales) vascos, miembros o simpatizantes de la organización armada ETA. Una primera investigación de estos sucesos, cometidos con total impunidad tanto en territorio español como francés (donde los etarras buscaban refugio), dejaron al descubierto que aquellos funcionarios no pudieron actuar sin el amparo de las autoridades superiores; es decir, el Ministerio del Interior y los jefes policiales tuvieron que conocer las acciones de Amedo y Domínguez quienes, para sus movimientos, emplearon dinero provenientes de los fondos reservados provistos por sus superiores. La participación criminal de esos policías ha sido demostrada y acaban de recibir una pesada condena la cual, recurrida por las partes pero, sobre todo en virtud de la apelación interpuesta por la defensa, va a ser debatida en estos días por ante el Tribunal Supremo (Sala 11a.) de un modo "acelerado" frente a los tiempos que regularmente acarrea el recurrir otras sentencias ante esa instancia. Pero, lo que ha quedado en evidencia ha sido la manifiesta oposición del Gobierno español a que la investigación no progresara, en el sentido de haber negado reiteradamente a los jueces la información relativa a la autorización y a la provisión de fondos para que Amedo y Domínguez organizaran y pagaran a los sicarios. Además, el comportamiento del Estado español en este caso se complica aún más si se tiene en cuenta que el amparo del secreto de Estado que ha alegado el Gobierno para no informar a la jurisdicción sobre la autorización y el origen de los "fondos reservados" empleados por los policías Amedo y Domínguez para cometer los delitos por los que se les condena, se hace sobre la base de una legislación de la época franquista. Ese mismo Gobierno tiene demorada la reforma de la disciplina jurídica del secreto de Estado -como que el Consejo

de Ministros aprobara en 27 de julio de 1990 un Proyecto de ley de "Protección de Materias Clasificadas" que todavía no ha sido remitida a las Cortes, incluso, mediante una futura "Ley de Gobierno" parece que pretende "proteger" más algunos ámbitos de la Administración de eventuales intromisiones de la jurisdicción. Aunque lo más palpable de este constante uso de la "razón de Estado" ha sido la aprobación de la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que otorga a los altos cargos y a los parlamentarios el privilegio de no acudir a testificar ante los jueces (pudiendo informar por escrito sobre los hechos de los que tengan conocimiento por razón de su cargo); reforma que se propició precisamente en el tiempo en que el Ministro del Interior y el anterior responsable de ese Ministerio eran requeridos por el Tribunal del caso Amedo y Domínguez e incluso llegó a estar rodeada de un cierto escándalo a raíz de las irregularidades verificadas en la votación parlamentaria. Este caso Amedo y Domínguez es, en buena manera, una demostración de cómo todavía, en plena época democrática y consolidadas las instituciones constitucionales, sobreviven organizaciones y comportamientos dentro del aparato policial que recuerdan vivamente las operaciones realizadas por organismos de información vinculados al Stay Behind, más comúnmente Gladio (v. R. Bergalli, Gladio en España, relación al "Incontro su Gladio in Europa", organizado por la Asociación Internacional de Juristas, Presid. Stefano Rodota, Roma 27. mayo 1991, en: butlletí trimestral Associació Catalana de Juristes Demòcrates, Barcelona-Julio 1991, número 15, 14-16).

La pretensión del gobierno español por lograr la sanción de su proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana, constituye sin duda una voluntad manifiesta de policializar los espacios urbanos. El intento de legislar situaciones que ya están prescriptivamente reguladas por la Constitución y el ordenamiento jurídico-penal (delito flagrante); la propuesta de innovar sobre principios acuñados por la justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria (el domicilio); la expresa voluntad de violar principios fundamentales de la libertad individual, de reunión, etc., en aras de una mayor eficacia policial, son propuestas que rompen la relación subalterna que debe existir entre la seguridad y la libertad en un Estado democrático y, a la vez, alteran los fundamentos del Estado de derecho pues propicia una actividad autónoma de la policía, sin el control de la jurisdicción. La aprobación de la Ley de Seguridad Ciudadana, alcanzada con la compli-

cidad de los partidos políticos nacionalistas (CiU, Catalán y PNV, vasco) con representación parlamentaria, la cual seguramente marca uno de los retrocesos más evidentes en materia de libertades públicas e individuales, ha recibido duras condenas desde diversos sectores (incluso desde los más opuestos ideológicamente) jurídicos, políticos y ciudadanos. Uno de los motivos que se alegan por el Gobierno para que en ciertas situaciones la policía tenga mayores poderes es el de la persecución del narcotráfico, con lo cual, mediante este engendro de ley se llega -otra vez- a la punición del drogadicto. He aquí otra manifestación de que, frente a la "emergencia", el Estado reacciona en aplicación de otras razones que no son las jurídicas, aunque el Estado español -en este caso- no ha dudado en traicionar la gran tradición iluminista que rodea el discurso iuspenalista para imponer el recurso de la "eficacia" policial, frente al control de la jurisdicción. El recurso a los instrumentos sancionatorios o penales, en sustitución de las intervenciones sociales o sanitarias para encarar la cuestión -droga no es más que una falacia y una tergiversación en la creación del derecho. Por tanto, una "razón de Estado" también se esconde detrás de esta voluntad persecutoria de la adición.

Situaciones semejantes se reproducen en el tratamiento de los extranjeros o en las propuestas de ley de protección de datos privados; en ambas, el poder policial se hace irrestricto. En el primer caso y pese a la convocatoria de regularización, cuyo plazo feneció en diciembre, los extranjeros sin residencia y sin permiso de trabajo han sido y siguen siendo identificados como delincuentes potenciales. Basta ver cómo opera la policía o la Guardia Civil en fronteras o en la vía pública frente a quienes provienen del norte de África o Suramérica (aunque, por supuesto, lo que acontece en Italia o en Francia es quizá de mayor gravedad). La "invasión" de este tipo de extranjeros (se siguen esperando los flujos del este de Europa) es considerada como un peligro constante para la seguridad ciuda-

dana, aunque lo usual es presentarla como un problema (falso) para el mercado de trabajo español. De manera que la Ley de Extranjería de 1985, su reglamentación e incluso esa regularización ofrecida a los extranjeros que acaba de finalizar, son instrumentos de un poder policial con muy limitado control jurisdiccional. En el caso de los datos privados, también la futura Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter personal que se proyecta supone situaciones excepcionales en las cuales las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán tratar tales datos sin control jurisdiccional ni de la autoridad administrativa (el director de la Agencia de Protección de Datos) violando así principios constitucionales y propuestas de directivas de la Comunidad Europea, por lo cual también aquí se está en presencia del imperio de la razón de Estado".

Ante este cuadro amedrentador para las libertades individuales y de fomento para la violación de derechos humanos fundamentales, cabe preguntarse cuál es en verdad la consistencia actual de la forma democrática y de derecho que la Constitución de 1978 le atribuye al Estado Español. Si a la luz de los acontecimientos producidos en el Este de Europa y en la ex-Unión Soviética se prepara un nuevo proceso de periferización de esas regiones, con las consecuentes expulsiones y migraciones, es posible que se avencinen, también en España, nuevas "emergencias" con lo cual el recurso a las razones de Estado tenderá a convertirse en una constante de la creación y la aplicación del derecho. La invocación al *Der Nomos der Erde* de C. Schmitt no parece por nada inoportuna pues los tiempos que comienzan a vivirse involucrarán también a España en aquello de que las razones jurídicas que deberían orientar a los Estados europeos, tanto en sus relaciones entre sí como respecto a sus propios ciudadanos, el *ius publicum europaeum*, vuelve a entrar en crisis con lo cual el derecho se construirá, otra vez, únicamente sobre la geopolítica.



# DERECHO PENAL Y PAZ SOCIAL

## ENSAYO SOBRE UNA APARENTE CONTRADICCION

*Prof. Emiliano Borja Jiménez*  
Universidad de Valencia

Desde el primer momento que un estudiante de la licenciatura de Derecho asiste a las primeras clases de la asignatura de Derecho Penal, es seguro que, con independencia del profesor que imparta la disciplina, siempre va a escuchar una serie de advertencias que se van a repetir constantemente a lo largo del curso académico. Así, se va a señalar que la ley penal es el instrumento jurídico con consecuencias más graves del que dispone el legislador para resolver los conflictos sociales de mayor intensidad. Se va a señalar, seguramente, que la amenaza a la libertad del ciudadano representada por la norma punitiva es de tal calibre que sólo por Ley en sentido formal, es decir, a través del conjunto normativo propio emanado de los órganos parlamentarios, se pueden prohibir las conductas sancionadas con una pena. Se va a expresar en el aula que la interpretación de la ley penal debe ser restrictiva y, en la medida de lo posible, favorable al reo. De ahí se va a derivar que en el ámbito jurídico-punitivo quede excluida la posibilidad de enumerar como fuente directa del Derecho penal, entre otras, la costumbre o la analogía *in malam partem*. En fin, es probable que el alumno oiga las tantas veces repetidas tesis del MARQUES DE BECCARIA, éstas que nos decían que las penas tenían que ser proporcionales a la entidad de los delitos, que la tortura y los tratos inhumanos deberían desaparecer del mundo jurídico, que los cuerpos legales fueran claros y precisos, que las sentencias del juez penal sólo fuesen expresión de las palabras de la Ley dejando así vedado al máximo su arbitrio...

Al estudiante se le ofrece de esta forma una imagen de la disciplina jurídico-penal un tanto violenta y tiránica, como si se tratase de un recipiente con un contenido altamente peligroso que necesitase constantemente de control y vigilancia. Es posi-

ble que surja entonces una cuestión que está latente siempre en este tipo de explicaciones: ¿Por qué mantenemos en un Estado social y democrático de Derecho un cuerpo jurídico tan sumamente peligroso para la libertad y los derechos fundamentales de los ciudadanos? ¿Se puede prescindir en nuestra moderna sociedad de un sector del ordenamiento jurídico tan violento?...

Evidentemente, para poder responder a esa cuestión tendría que examinarse la problemática de la legitimidad del Estado a castigar a sus ciudadanos bajo ciertas condiciones (toda la temática relativa al *ius puniendi*), e incluso sería necesario profundizar en aspectos tan relevantes como la propia fundamentación de la pena (teorías de la pena, en sus diferentes versiones absolutas, relativas o mixtas). No sería éste ni el lugar, ni el momento apropiado para intentar responder, desde esta perspectiva, a la pregunta inicialmente formulada... El propósito que guía el presente ensayo es mucho más modesto.

En efecto, a lo largo de las presentes y futuras líneas se va a intentar responder de forma muy breve y resumida a una, quizás aparente, contradicción: que para llegar a conseguir en una sociedad medianamente libre y medianamente justa mantener las condiciones mínimas de coexistencia y convivencia de los individuos y de los grupos en comunidad se tenga que recurrir a un instrumento de violencia y coacción, a un mecanismo formalizado que materialmente provoca los más graves menoscabos a los bienes jurídicos de los ciudadanos como puede ser su libertad, su patrimonio, su honor, etc. Para ello se van a traer a colación las concepciones iuspunitivas generales más recientes, con la intención de explorar en lo que se consideraría sus respuestas más previsibles, entrado, final-

mente, en un examen crítico de sus postulados y consecuencias a través de un prisma puro y eminentemente personal. En última instancia se trata de examinar la tesis inicialmente planteada en la intitulación del presente trabajo en relación a si se puede considerar al Derecho penal como un virtual instrumento configurador de la paz social.

Claro está, ello implica que se tenga que precisar el sentido de la locución "paz social", si bien es cierto que aquí no se trata de establecer una definición estricta y completa. Tan sólo se pretende alcanzar una aproximación a un concepto instrumental que sea compatible con el tipo de supuestos de hecho substrato del ordenamiento jurídico-punitivo, sin desvirtuar, de otra parte, su fiel acepción gramatical. En este sentido se tiene que recordar ahora alguna de las definiciones que ofrece el Diccionario respecto del vocablo "paz": "Virtud que pone en el ánimo tranquilidad y sosiego", "pública tranquilidad y quietud de los Estados, en contraposición a la guerra" o "concordia y buena correspondencia de unos con otros". Desde una perspectiva más sociológica y colectiva, el término "paz" comprende la idea de ausencia de conflicto, y por ejemplo, en el ámbito laboral se hace referencia al estado de calma entre las relaciones de los trabajadores y empresarios que tiene su origen en la inexistencia de huelgas o cierres empresariales.

Cuando ahora se utiliza la expresión de "paz social" se está aludiendo, en términos abstractos, al normal desenvolvimiento de las relaciones sociales e individuales entre los individuos y los grupos en una comunidad regida libre y democráticamente. En este sentido, dos son las notas que en términos generales se quieren destacar en esta profana concepción de la idea que aquí se pretende desarrollar. De una parte, y desde una perspectiva negativa y limitativa, se está tomando en consideración situaciones del desarrollo cotidiano de un país que no se corresponden con los supuestos que desde el punto de vista constitucional en los textos fundamentales occidentales son denominados como estados de excepción, de alarma o de sitio. Tampoco se utilizan los vocablos señalados para designar la forma de convivencia ajenas al modelo democrático genéricamente entendido, es decir, aquél que viene definido básicamente por la existencia real del pluralismo político y el respeto material a los derechos fundamentales. De otra parte, la segunda nota que ahora se estimaba pertinente destacar contiene un elemento positivo. Cuando ahora se utilicen expresiones como "paz social" o similares se quiere expresar de igual forma un cierto

estado de cosas en el que se conservan un mínimo de condiciones que hacen posible el libre desarrollo de la personalidad del ciudadano y que promueven el favorecimiento respecto de éstos y de los grupos y comunidades que integran la realización efectiva (claro está, en la medida de lo posible) de valores tales como la libertad, igualdad y justicia.

Tras estas indicaciones previas, retomamos nuestra pregunta inicial: ¿Favorece el Derecho penal este conjunto de situaciones iniciales que se han definido previamente bajo la expresión de "paz social"? ¿O los fines que persiguen institutos jurídicos como el delito y la pena responden más bien, desde una falsa y escondida legitimidad, a mantener vigente un determinado orden social injusto, de tal forma que paz social es sinónimo de defensa a ultranza de los específicos intereses de una minoría oligárquica?

Desde luego, hasta la llegada de la Ilustración la ley penal fue utilizada brutalmente como mecanismo de opresión y sometimiento a sus vasallos por parte del señorío feudal y la monarquía. De otra parte, los intereses políticos y religiosos de la iglesia utilizaron al Derecho penal como instrumento apto de realización de ciertos fines políticos y religiosos, hasta tal punto que gran parte de la connotación peyorativa que se le atribuye a la intitulación de la Ciencia criminal proviene de aquella época turbia y oscura. Esta misma idea que inspiraba al Derecho penal medieval puede ser trasladada, con las lógicas distancias, a períodos históricos más presentes en los que la normativa sancionatoria constituía el arma política más poderosa para vilipendiar los derechos y libertades fundamentales de una inmensa mayoría de sus súbditos. Basta pensar en la Alemania nacionalsocialista, en la Rusia stalinista o en la situación actual de ciertos países en los que gobiernan grupos religiosos fundamentalistas.

Y es que, en efecto, a lo largo de la historia, los sujetos que han representado al poder político han utilizado el Derecho penal como instrumento sencillo para poder conservar el status del grupo social al que servían o para poder dominar y transformar determinadas situaciones y estados de forma eficaz. La ley penal, de esta forma, ha representado el látigo de los diferentes elementos que han dominado el aparato organizativo de una sociedad determinada. En un esfuerzo de frenar los tremendos abusos que se han cometido acudiendo a las instituciones relativas a la pena y la medida de seguridad, e incluso al proceso penal, los científicos del Derecho penal, salvo vergonzosas excepciones, han intentado a lo largo de una lenta evolución racional-

lizar ese Derecho penal con el objeto de que su aplicación responda a necesidades lógicas circunscritas generalmente al mantenimiento de las condiciones mínimas de subsistencia y desarrollo de la convivencia humana en sociedad. De esta forma, para contrarrestar la potencial fuerza represiva que implica la aplicación de la legislación punitiva por la drástica privación de bienes que implica la aplicación de la pena y de la medida de seguridad, la doctrina iuspenalista ha elaborado su concepción científica del Derecho penal en base a unos principios garantizadores de los derechos individuales que actúan como límite a la actuación punitiva del Estado tanto en el momento previo a la elaboración de la ley penal como en el proceso de aplicación de la dicha ley. En este contexto se puede entender la conocida afirmación de Von Liszt en el sentido de que el Derecho penal constituía la Carta Magna del delincuente.

Así pues, no siempre el Derecho penal ha sido concebido bajo esta caracterización gregaria respecto de los intereses de una oligarquía. Es precisamente a raíz de la formulación russoniana de la teoría del contrato social cuando el *ius puniendi* de la comunidad busca su fundamento de legitimación en la propia existencia de la sociedad, en los propios ciudadanos que la componían, y no fuera de éstos como había ocurrido con anterioridad. En el estado natural, en el que los individuos habían perdido su libertad real merced a la constante inseguridad que provocaba la ausencia de toda regla de sujeción a los deseos e impulsos, y que daba lugar a constantes atropellos de los derechos e intereses ajenos, la paz era totalmente desconocida e inalcanzable. Precisamente para poder gozar de una porción de libertad real que desplazase a la ficticia libertad natural, se lleva a cabo entre los diferentes miembros de la comunidad un pacto (imaginario) en virtud del cual todos los ciudadanos están dispuestos a dejar en el depósito público parte de su libertad natural quedando así sometidos a una voluntad superior que limitaba su arbitrio pero aseguraba de manera más eficaz la garantía de sus derechos, propiedades e intereses. El moderno Derecho penal impulsado por las tesis del MARQUES DE BECCARIA se inspiraría, en gran medida, en esta concepción filosófico-política del origen del carácter societario del ser humano. Es más, a pesar de que se pueda entender hoy superada esta tesis, el modelo de legitimación, por el contrario, sigue estando vigente en cierta medida.

El Derecho penal ilustrado, el Derecho penal de la Codificación, por tanto, constituía, desde el

punto de vista teórico, una condición necesaria de conformación de la sociedad frente a la comunidad primitiva. No podía existir seguridad, no podía existir libertad sin la presencia de una ley que castigase a los infractores del pacto social. La imposición de la sanción penal tomaba por base así un fundamento único que quedaba reflejado en un doble aspecto. De una parte, si la sustracción de la libertad era componente esencial de una de las cláusulas del contrato social, para aquellos que libremente habían decidido formar parte de una sociedad organizada, con mayor razón se podría imponer una privación de superior entidad a estos otros falsos ciudadanos que transgrediesen dicho pacto. De otra parte, el castigo sería indispensable para mantener la vigencia del pacto social, pues las conductas contrarias a sus disposiciones más elementales necesitarían ser reprimidas para evitar que el resto de ciudadanos sintiese el deseo de dejar libre sus instintos más primitivos e imitase el comportamiento infractor, con el peligro de retroceder a la etapa primitiva de caos y desconcierto, de atropello humano e inseguridad absoluta.

El Derecho criminal, como conjunto normativo que asocia a los comportamientos más intolerables para la convivencia social (delitos) ciertas consecuencias jurídicas de notable gravedad (penas), contribuiría bajo este planteamiento a la calificación de la estructura organizativa de la comunidad como sociedad porque, en tanto que cláusula penal del contrato social, es condición determinante de su propia vigencia. Pero de igual forma que se considera imprescindible la vinculación de la comunidad y el Derecho en la sociedad como presupuesto de la libertad humana, la sanción penal tiene que ser proporcional a la entidad de la infracción cometida, pues en el depósito público tan sólo se ha dejado la porción de arbitrio de la ciudadanía que es necesario para mantener la coexistencia digna en sociedad. Una limitación desproporcional y arbitraria del juez de los derechos del infractor constituiría un puro lujo de males sin utilidad alguna.

El Derecho penal de la Ilustración, cuyo primer y máximo exponente viene representado por el MARQUÉS DE BECCARIA, comienza a concebirse desde un prisma racional e informado por una serie de principios que en realidad constituyen la formulación de un conjunto de límites al *ius puniendi* del Estado. Así, junto a la exigencia de la proporcionalidad entre la pena y el hecho cometido, se requiere también la necesidad formal de que las conductas humanas declaradas como delictivas y las penas

correspondientes fuesen previstas y determinadas previamente por una ley anterior a su comisión, pues, sólo la ley, como expresión de la voluntad de todos los componentes de la comunidad, podría habilitar la restricción de bienes que era inherente a toda pena criminal. Concebido así, pues, el Derecho penal deja de ser un mero instrumento de coacción al servicio de los intereses particulares de aquéllos que ostentan el poder político y pasa a ser considerado como un mecanismo al servicio de los intereses de la comunidad, como un medio que dirime los conflictos más graves provocados por aquellos que no respetan las reglas más elementales de convivencia social. La restricción de libertad o del patrimonio que implica la aplicación de sus consecuencias jurídicas, está dirigida y limitada por la idea de prevención de los derechos de los individuos y de la propia convivencia social. Por esta razón, se podría decir que la formulación teórica del Derecho criminal ilustrado responde, desde sus inicios, a una instrumentalización racional que coadyuva de forma imprescindible al mantenimiento de la paz social.

En las ulteriores concepciones y legislaciones penales van a continuar las exigencias de racionalidad del Derecho penal. Al igual que el Estado se transforma en Estado de Derecho, la construcción científica del Derecho penal va añadiendo principios limitadores que le hacen compatible con las nuevas necesidades de legitimización. Aparece así la doctrina del bien jurídico, en virtud de la cual se impone al legislador la condición lógica de que en la definición de los comportamientos humanos declarados como delito y sancionados con una pena se atiende a la lesión o puesta en peligro de intereses y valores individuales o colectivos fundamentales para la coexistencia social. Es decir, el contenido sustancial sobre el que se estructura jurídicamente el delito no puede consistir en hechos carentes de lesividad alguna, en meras disposiciones del ánimo en contra de la norma, en el mero carácter antisocial del sujeto o en la forma en que condujo su vida. El comportamiento humano sancionado con la consecuencia jurídica más grave, el crimen, debe suponer siempre, por el contrario, la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico de notable entidad. De esta forma se va asegurando con el tiempo una subjeción del Derecho penal con los propios intereses y valores que subyacen en el entero sistema social.

Esto no quiere decir que el Derecho penal sea ajeno a los movimientos políticos que se producen en cada momento histórico y en cada espacio geo-

gráfico. Buena prueba de ello la ofrece la propia evolución de nuestra legislación penal codificada. El mejor ejemplo, pues nos lo ofrece nuestra propia historia. El Código Penal de 1822 es consecuencia de la implantación del movimiento político liberal que se impuso en 1820. El Código Penal de 1848 responde al cambio de gobierno que se produjo en 1845, y de ahí su corte conservadora pero sin perder la influencia liberal. Los movimientos revolucionarios que se producen en 1868 traen como consecuencia la implantación del Código de 1870. La Dictadura de Primo de Rivera de 1923 reflejaría sus principios en el marco punitivo a través del Código Penal de 1928. La Segunda República proclamada el 14 de abril de 1931 engendraría su propio texto punitivo de 1932 y el autoritarismo que surgió tras la conclusión de la Guerra Civil en 1939 crearía su propio modelo punitivo materializado en el Código Penal de 1944. La excepción la vivimos en la actual etapa democrática, pues a la Constitución de 1978 la tendría que haber seguido un nuevo Código Penal, que tan sólo quedó en proyecto en el año 1980. Este pequeño botón de muestra deja entrever una relación inevitable entre Derecho penal y poder político, reflejo de la idea de que cada sistema de gobierno pretende desarrollar su particular forma de protección de los valores fundamentales de la comunidad. Y es que en realidad la ley penal suele ser una de las fórmulas de las que se vale el Estado para alcanzar los fines inmediatos que, como tal Estado, pretenda y le corresponda conseguir. Uno de esos fines viene determinado en la misma esencia del Derecho: mantener la convivencia en libertad de los individuos y de los grupos en una sociedad dada. Esta convivencia libre quedaría truncada si ciertos ataques a los bienes jurídicos más relevantes (vida, integridad, física, libertad, seguridad, intimidad, etc.) quedasen ausentes de toda tutela. La paz social, entendida en el sentido antes reseñado, como estado de normal tranquilidad, de ausencia de conflictos que puedan permitir la concurrencia de las condiciones mínimas del desarrollo de la libertad de los individuos y de los grupos, recabaría la presencia del Derecho Penal.

Pero la llamada a la norma punitiva no puede realizarse ante cualquier peligro, ante cualquier molestia social. En una sociedad democrática, el ejercicio de la libertad impone el que la ciudadanía tenga que soportar ciertos menoscabos en sus derechos y también determina que el recurso a los instrumentos represivos como medio de resolución de conflictos sea limitado al máximo.

Pero, aún limitado al máximo, aún racional-

zado, la presencia de la ley penal es inevitable. En la sociedad competitiva de mercado, en la sociedad compleja y tecnificada, las lesiones a los bienes jurídicos fundamentales son frecuentes. Los delitos de homicidio, de lesiones, de tráfico de drogas, de robos y hurtos, de violación, etc., parecen formar parte de los modernos estados democráticos de la Europa occidental. Todo penalista, todo criminólogo sabe que existe una tasa de criminalidad que se puede reducir más o menos, pero que es imposible eliminar en tanto y en cuanto en un país determinado existan ciertos grupos cuyas necesidades básicas no se encuentran mínimamente cubiertas, de una parte; y en los que la pretensión de eficacia del Estado en la lucha contra el crimen no llegue hasta tal punto que ahogue las libertades básicas de los ciudadanos. Tan solo la pretérita criminología marxista abogaba en favor de la superación de la tesis del crimen como un mal irreductible en nuestra sociedad. La teoría de los rudimentos formulada por los juristas de los antiguos países de socialismo real fundamentaba la existencia del delito en el decadente reflejo de los valores burgueses que determina la desigualdad de los individuos y el deseo de ruptura con las leyes sociales del capitalismo. En la sociedad capitalista, el crimen responde a una necesidad de liberación de la injusticia y desigualdad de aquellos que se encuentran en las clases más bajas. En la sociedad comunista, por el contrario, en la medida en que reinará la libertad, la igualdad y la justicia, el hombre no necesitará, por estar todas sus necesidades elementales cubiertas, recurrir al delito. Este desaparecerá en el futuro quedando su representación como mero recuerdo del inexistente Estado burgués de mercado.

Con la caída del muro de Berlín, la ideología marxista se hunde al igual que sus concreciones en los modelos representados por los antiguamente denominados Estados de socialismo real. La posibilidad de erradicación completa de los hechos delictivos en la moderna y compleja sociedad de mercado no parece hoy ser defendida por nadie (salvo algunas tesis de la tendencia más radical de la criminología crítica). De hecho, en la actualidad la cuestión no se plantea en términos de buscar un sustituto total del Derecho penal, sino más bien en la determinación del ámbito y de los límites de intervención del poder punitivo del Estado.

Para algunos autores del siglo pasado, como es el caso de Feuerbach, el delito es un resultado de la tendencia concupiscente del ser humano. La contravención, en este sentido, tiene su causa psicológica en la voluptuosidad en la medida en que la

concupiscencia del hombre es lo que le impulsa, por placer, a perpetrar la acción. Este impulso, diría el autor, puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho a de seguir, ineludiblemente un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción del impulso al hecho. De ahí extrajo el filósofo y jurista alemán la necesidad de que las amenazas penales viniesen clara y taxativamente determinadas previamente a su comisión, estableciéndose de esta forma, a través de la teoría de la coacción psicológica, la necesidad de un fundamento racional del Derecho penal en base al primer principio básico de legalidad de los delitos y de las penas. La tesis señalada, constituye así una propuesta de aunar la idea en virtud de la cual se origina la precisa existencia y legitimidad del Derecho penal con el pensamiento que demanda un criterio rector que inspira su propio fundamento y a su vez constituye su límite más básico.

Este planteamiento que argumenta en favor de la vigencia de la ley penal bajo los parámetros de racionalidad y limitación se encuentra presente en el moderno funcionalismo psicoanalítico cuyo máximo representante en España es Gimbernat, seguido, en mayor o menor medida, por otros autores como Muñoz Conde, Mir Puig o Gómez Benítez. En una síntesis apretada de sus deducciones fundamentales, se parte de una representación precisa del pensamiento del psicoanálisis: frente a lo que ocurre en el mundo animal, en el que la agresividad de los componentes de una especie determinada difícilmente se refleja en ataques a la integridad física o la vida de sus propios congéneres, en la convivencia humana estos instintos agresivos entre los mismos especímenes cobran especial virulencia y tienen que ser reprimidos por mecanismos fuera de la naturaleza como el Derecho o la Moral. Se señala que ninguna sociedad puede sobrevivir sin el recurso a medios de represión de los impulsos innatos de agresión del hombre. La existencia del Derecho penal obedecería así al hecho de que el hombre sólo mediante renuncias a los impulsos puede adaptarse a cualquier sociedad imaginable. La sociedad tiene que recurrir así al mecanismo de la pena para, a través de la amenaza del castigo que esta representa, frenar las posibles apetencias del potencial sujeto infractor. El Estado acudiría a la institución de la pena justificadamente, como señala el propio Gimbernat "...para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones -con

la amenaza y la ejecución de la pena cuando no sean respetadas- un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitor". De esta forma queda sentenciado que una sociedad que prescindiese del Derecho penal tendría contados sus días.

Coherente con esta fundamentación del Derecho penal, la tesis funcionalista en su versión psicoanalítica establece como principio rector de racionalización del Derecho penal aquél que enjuicia todos los tipos penales tomando por base la incidencia de las acciones humanas que se traducen en la puesta en peligro de forma intolerable de los pilares fundamentales de la convivencia social.

Evidentemente, ésta no ha sido la única forma de argumentación en favor de la necesidad de la vigencia de la norma penal bajo criterios de racionalización. También desde posiciones finalistas, que fundamentan la antijuridicidad de la conducta desde una perspectiva subjetiva y personal como desvaloración de la voluntad del sujeto, se ha argumentado en favor de la necesaria existencia de un Derecho represivo. De esta forma, frente a la teoría clásica y neoclásica que establecía como misión del Derecho penal la protección de los bienes jurídicos esenciales para la convivencia humana, la tesis finalista de WELSEL determinan una misión más profunda y positiva del Derecho penal, una misión de naturaleza ético-social. En este sentido expresa el profesor de Bonn el fundamento y la razón de ser del Derecho penal al significar que "... al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica (el Derecho penal) revela; en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad al Derecho". Y de esta forma se pretende conseguir la mayor protección de los intereses fundamentales de toda sociedad a través de la primacía de los valores del acto, como la fidelidad, la obediencia, el respeto a los demás, la honradez, etc. No es de extrañar, por tanto, que para Welzel la misión del Derecho penal consistiese en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares.

En la forma que sucintamente se ha señalado, el finalismo legitima la existencia del Derecho Penal. No obstante, su concepción científica intentó también establecer una base sólida de racionalización del poder punitivo del Estado. Y en este marco

se manifiesta que la ciencia del Derecho penal no puede construirse a partir de conceptos y principios estrictamente jurídicos, ordenados, explicados y sistematizados en base a criterios estrictamente normativos. Esta forma de desarrollar la investigación jurídico-penal operaría con un producto artificial en tanto que desconocería los acontecimientos, los fenómenos y las estructuras de la realidad que son previas a toda regulación jurídica. El punto de partida filosófico, como es fácil de adivinar, ya no viene impuesto exclusivamente por la doctrina neokantiana de los valores, sino que, por el contrario, se toma en consideración las corrientes ontológicas y fenomenológicas "para mostrar las distintas leyes estructurales del ser humano e intentar conformar a partir de aquí la base de las Ciencias que se ocupan del hombre". En correspondencia con este primer planteamiento teórico, el autor alemán señala que en las estructuras lógico-objetivas que acuñan y dan pleno sentido a través de la convivencia humana al mundo, existe una combinación de relaciones ontológicas y axiológicas, representativas de los planos del valor y de la realidad, que no han sido advertidas ni por el pensamiento científico-natural del naturalismo jurídico-penal (en su examen de la realidad libre de toda valoración) ni por el método axiológico neokantiano (en una excesiva normativación y relativización de su teoría del conocimiento). Según esta concepción, esas estructuras lógico-objetivas vendrían determinadas, en última instancia, por constantes antropológicas que le son dadas previamente al Derecho y que no pueden ser transformadas por éste, y, en consecuencia, tienen que ser tenidas en cuenta también por el legislador, de tal forma que las denominadas estructuras lógico-objetivas "representan los ladrillos físicos del mismo sistema de Derecho penal previo a la regulación jurídica". La innovación metodológica fue, a todas luces, trascendental.

No se puede ahora entrar a valorar todas las repercusiones que a raíz de este modelo dogmático se proyectan en la teoría jurídica del delito. Baste ahora señalar, siguiendo a Recanses Siches, que en las estructuras lógico-objetivas Welzel buscaba limitaciones materiales al legislador, inútilmente pretendidas por la mayoría de los teóricos del Derecho Natural. No se llegaría al Derecho natural legítimo cuando se reflejan nuestros deseos en un reino ideal, sino cuando con fatigoso trabajo, se investigan las legalidades lógico-objetivas que como un tejido atraviesan todo el Derecho positivo, dándole un punto de apoyo firme, libre de toda arbitrariedad. Todas estas estructuras lógico-obje-

tivas atan al legislador (relativa o absolutamente, dependiendo de su entidad). Es decir: su inobservancia hace que su regulación sea no objetiva, contradictoria, con lagunas, y en ocasiones, necesariamente nula. Con esta vinculación en el plano metodológico, Welzel perseguía veladamente que ciertos principios materiales inmanentes no fuesen violados por ninguna disposición so pena de volverse inmediatamente nula y no obligatoria y perder su juridicidad cual es el principio de la autonomía de la persona.

Hasta aquí se han querido exponer, desde concepciones muy diferentes, cómo se justifica desde un punto de vista teórico la necesaria existencia en una sociedad democrática de un Derecho represivo cual es el Derecho penal. Es cierto que no se han tomado ni siquiera una mínima parte de los diferentes planteamientos teóricos que inspiran esta idea, pues los estrictos límites de este trabajo impiden una mínima incursión en este entramado dogmático. Y tampoco se han mencionado otras corrientes, hoy de capa caída, que han visto en la ley penal una forma velada de imponer los intereses particulares de una oligarquía. La denominada criminología crítica, que nació principalmente en Italia a finales de los años sesenta y principios de los setenta a raíz de las tesis de Bricola y Baratta, quiso deslegitimizar el Derecho penal de las democracias occidentales por entender que los valores y principios que inspiran sus diversas instituciones se hayan presididos por un criterio político que persigue la defensa a ultranza de los bienes e intereses de una minoría poseedora del poder político o económico y en perjuicio del resto de la mayoría social. Alguna de las críticas de esta tesis fueron reconocidas como acertadas, pero el problema de esta tendencia se hallaba en la incapacidad para ofrecer una alternativa al modelo punitivo existente. La pretendida sustitución del Derecho penal capitalita por un sistema legítimo y verdaderamente democrático de control social no encontró una clara plasmación teórica que fuese apta para ser desarrollada en la práctica. Otros modelos de control social han corrido la misma suerte debido fundamentalmente a su incapacidad para ofrecer una alternativa al sistema jurídico represivo universalmente vigente.

Y hasta aquí, también desde distintas perspectivas, se ha manifestado que en una sociedad democrática es necesario la existencia de leyes que reprimen ciertos comportamientos humanos con duras sanciones que implican privación de derechos fundamentales del ciudadano. La principal razón se centra, en mayor o menor medida, en la

propia necesidad de mantener las bases de la convivencia humana en sociedad. No hay que realizar profundas elucubraciones para determinar la tesis según la cual a sociedades más complejas y tecnificadas, mayor es la demanda del recurso al Derecho, y el Derecho penal es, por autonomasia, también Derecho. Es posible que en comunidades muy primitivas y reducidas los mecanismos de represión formalizados sean escasos, pero en tales supuestos dichos mecanismos de represión se verifican a través de la Moral o la Religión. Sin embargo, un Estado moderno puede, a nivel teórico, acabar con todo el problema de la criminalidad. Esto se alcanzaría si en aras de la eficacia se eliminasen todas las garantías de los ciudadanos (presunción de inocencia, principio de culpabilidad, de ofensividad, proporcionalidad, etc.). Claro está, que esta eficacia se alcanzaría a costa de la libertad de los ciudadanos, a cambio de negar la propia dignidad humana, de violar, empleando términos puramente welzenianos, la estructura lógico-objetiva más elemental. Aparentemente se resolvería un problema, el de la inseguridad ciudadana ante el hecho delictivo. Pero en realidad se crearía otro exponencialmente agigantado: el único delincuente sería el Estado. Se obtendría así una paz social absoluta... y tan absoluta como la paz que se respira en un camposanto.

Volviendo al argumento señalado en el párrafo anterior: el Derecho penal es un componente imprescindible para conservar la coexistencia de los arbitrios individuales y colectivos. Se han señalado algunas razones y argumentos: la necesidad de mantener vigente el pacto social, de preservar los bienes jurídicos que configuran el orden social, de reprimir los instintos concupiscentes o agresivos del hombre, de interiorizar los valores ético-sociales que permiten una protección permanente de los intereses sociales elementales, etc. Estos argumentos podrían multiplicarse si se intentase buscar la etiología de los diferentes sectores de la criminalidad: carencias económicas en los delitos patrimoniales, deficiencias culturales y educativas en los delitos contra la integridad física, represión sexual en los delitos contra la libertad sexual, etc. No se trata ahora de descubrir la causa última que da origen al crimen. Tan sólo se quiere significar ahora, como conclusión provisional, que la ley penal existirá siempre que el hombre viva en sociedad y siempre que el hombre viva en libertad. El Derecho es producto de la libertad humana, creado para regular la coexistencia externa de los individuos y de los grupos en comunidad. La propia existencia del Derecho implica siempre, a nivel lógico, la po-

sibilidad de su infracción, consubstancial con la naturaleza humana en la medida en que a ésta se le atribuya en su esencia cierta capacidad electiva. Si el Derecho es el factor más importante de regulación de la vida social, por su propio carácter y definición, en él se tiene que hallar presente la nota de la pretensión de vigencia, y de ahí que el mismo Derecho esté en disposición de prever los supuestos de contradicción de esta pretensión de vigencia. Surge así en todo ordenamiento jurídico el Derecho sancionador que tipifica y castiga las infracciones de los ámbitos de subsunción y regulación de la norma. Y en la actualidad también es pacífica en materia de Derecho sancionador la unidad de la naturaleza del ilícito y de la sanción (teorías cualitativas), siendo que las infracciones más graves corresponden con el marco del Derecho penal por razones de garantía. La propia idea del Derecho, la propia función social que cumplen las normas que lo integran, implica la necesaria existencia del Derecho sancionador, y por ende, como subclase más calificada, la existencia del Derecho penal, pues sólo a través de las sanciones más graves se puede hacer efectiva la función de tutela de los bienes jurídicos más fundamentales para configurar el tejido del orden social. La paz social requiere la presencia del Derecho penal al igual que la libertad en sociedad requiere de la presencia de la ley. Esta idea la tenía en mente el jurista latino ya hace algunos siglos cuando expresó aquel pensamiento: "somos libres porque somos esclavos de las leyes".

El Derecho es un orden externo de la convivencia humana, pero no de cualquier tipo de convivencia. La convivencia humana, precisamente por ser humana, se tiene que desarrollar en base al respeto de la dignidad de la persona, que aparece como primera condición fundamental de la coexistencia social de los individuos. Esto implica que, cualquiera que sea el sistema político elegido para estructurar el desenvolvimiento humano colectivo, los pilares básicos de este desarrollo social deben cimentarse en atención a la máxima promoción de la justicia y la libertad; conceptos hetéreos y difusos, de difícil definición pero no por ello su esencia deja de estar presente en toda conciencia individual o colectiva. Sin justicia o sin libertad puede establecerse, claro está, un sistema de convivencia social, pero no un sistema que pueda ser calificado bajo la locución del Estado de Derecho, o en su versión más moderna, Estado social y democrático de Derecho.

Desde la perspectiva que se está examinando, el Derecho alcanza sus fines en orden al establecimiento de ese orden de coexistencia externa a través

del reconocimiento, distribución y valoración de los bienes jurídicos. El reconocimiento de los bienes jurídicos se consigue a través de la valoración positiva que llevan a cabo las diferentes normas jurídicas de ciertos estados, condiciones, acontecimientos o cosas de la vida humana. Pero la dignidad de la persona como presupuesto de todo ordenamiento jurídico presupone una mínima asignación de ciertos bienes para que el individuo pueda desarrollar su personalidad conforme a su condición humana. El Derecho, pues, como forma técnica de realización de la justicia, como orden externo de coexistencia, representa un medio de asignación y distribución racional de bienes jurídicos. Sin embargo, como es lógico, ahí no acaba su cometido. Para preservar la libertad de los individuos y de las comunidades que conforman la sociedad, el Derecho establece diversos mecanismos de protección de los bienes asignados y distribuidos. De esta forma concreta, a través de las normas que lo integran, un punto de vista sobre la justicia y la libertad.

El Derecho penal, que duda cabe, es Derecho. Y también participa en ese proceso de desarrollo del sistema de convivencia humana. La norma penal, como toda norma jurídica, coadyuva a la construcción de un mejor orden de coexistencia de los individuos en la sociedad, del estado de cosas que se ha definido como paz social. Y es que se ha dicho, y con razón, que toda norma jurídica vive con la pretensión de tener que regular la vida social mejor a través de su propia existencia que sin ésta. Pero esta contribución no se realiza de igual forma que la que puedan llevar a cabo otros sectores del ordenamiento jurídico como pueda ser el Derecho civil o el administrativo. Las normas punitivas, en este sentido, surgen para proveer la más fuerte protección a aquellos ámbitos en los que la convivencia social se vería seriamente mermada o devendría imposible de no existir dicha protección. Estos ámbitos de la vida social valorados como necesarios para la propia coexistencia de la misma vienen a representar bienes de especial entidad, que, en tanto tienen otorgada protección por el ordenamiento jurídico, dan contenido a la categoría de los bienes jurídicos. Misión de la norma penal en este contexto social es, pues, seleccionar y conceder especial protección a los bienes jurídicos más relevantes para la propia coexistencia de la comunidad social. Misión de la norma penal, es, en definitiva, alcanzar la paz social.

Esta es, por así decirlo, la función última que persigue la norma penal, y por ende, el Derecho penal. La forma de alcanzar esta meta se produce a



través de la motivación del individuo por medio de la amenaza de la pena, actuando la consecuencia jurídica como compulsión psicológica en los individuos que no han delinquido para que se abstengan de perpetrar hechos punibles (prevención general), y en los casos en que el sujeto ya haya sido condenado, en tanto que conoce la privación de bienes jurídicos personales que supone la pena, determinando en el futuro su conducta para que no vuelva a perpetrar otros injustos (prevención especial). En este sentido, tenemos que estar de acuerdo con LUZON PEÑA cuando afirma que el logro de la finalidad preventiva (prevención general y especial) asignada a las consecuencias jurídicas, penas y medidas de seguridad, previstas por las normas penales es, pues, el procedimiento por el que éstas intentan cumplir su función de protección de bienes jurídicos. Que la norma penal se vale de su virtualidad como instrumento de motivación para, a través de la prevención general y especial, conseguir asegurar las condiciones esenciales para el mantenimiento y normal desarrollo de la vida social, es hoy reconocido y no parece que existan muchas dudas sobre la corrección de esta afirmación. Cuestión diferente es admitir que sólo a través de la motivación se alcanza ese objetivo. Las normas jurídicas son también vehículos de valoración, que llevan a la conciencia social y del particular el convencimiento de que ciertos comportamientos son indeseables, y rechazables con independencia de las consecuencias jurídicas que su realización pudiera comportar; y viceversa, que informan a su vez en el sentido de apreciar otro tipo de acciones como estimables y valiosas. Es cierto, de igual forma, que esa valoración puede originarse con independencia de la existencia de la norma, pero lo que tampoco se puede negar es la contribución de la misma en una determinada comunidad en la selección de acciones y omisiones calificadas socialmente como despreciables, conduciendo esta consideración a una regla de comportamiento que a través de los usos y de la costumbre determina ciertas pautas en la actitud del individuo que tienden a evitar esas acciones y omisiones desvaloradas. Tampoco se puede ignorar, que, en ocasiones, la valoración que se produce a través de la ley penal obedece a la imposición de ciertos grupos de carácter político y económico fundamentalmente, que pretenden llevar a cabo una defensa de sus propios intereses. Sin embargo, estas frustraciones de los fines propios del Derecho penal no pueden ser ahora consideradas, por quedar fuera de los límites a los que se circunscribe la investigación jurídico-punitiva. Es suficiente, por

ahora, señalar que la tutela de los intereses protegidos a través de la norma no sólo se consigue a través de la compulsión psicológica del individuo mediante la amenaza penal, sino también a través de la internalización de los valores que la misma representa y en la asunción de las conductas conforme a Derecho como estimables y los comportamientos ilícitos como reprobables.

La potestad punitiva encuentra su justificación, por consiguiente, en tanto y en cuanto la pena y la medida de seguridad sean el mecanismo necesario para mantener las condiciones de coexistencia externa en libertad de los individuos y de los distintos grupos culturales, religiosos y raciales que integran la nación de referencia. Si el arma punitiva, que representa siempre el ejercicio de la violencia institucionalizada, se utiliza con fines diferentes a este señalado (imponer por la fuerza un modelo político autoritario, acabar con determinados grupos étnicos, etc.), la facultad de establecer normas incriminadoras y de aplicarlas perdería toda su justificación, toda su legitimación. La existencia de una constitución formal no podría ser ya punto de referencia para fundamentar la aplicación coercitiva de las normas sancionadoras, porque aquéllas dejaría de constituir el primer Derecho. Simplemente se trataría de una falsa representación de una legalidad aparente.

Esta consideración básica del llamado *ius puniendi* afecta al propio concepto objetivo de Derecho penal. De esta forma, el conjunto normativo que define como presupuestos al delito y al estado peligroso, a los cuales les asocia como consecuencia jurídica la pena y la medida de seguridad; no puede ser calificado todavía como Derecho penal si ese conjunto normativo no encuentra su legitimidad en atención al mantenimiento de las condiciones básicas en las que se desarrolla el Estado de Derecho, en nuestro país, el Estado social y democrático de Derecho. Se trataría entonces de una pluralidad más o menos sistematizada de disposiciones disfrazadas de jurídicas, de reglas técnicas que representarían una voluntad política interesada o simplemente una manifestación procedimental encubierta del poder de un tirano, pero en ningún caso se podría hablar de Derecho penal, tal y como hoy es entendido en el espacio cultural en el que se encuentra nuestro país.

El Derecho penal, pues, encuentra su propia razón de ser y esencia dentro del marco dibujado por estas dos consideraciones: de una parte, la que viene condicionada por la necesidad de que las normas que lo integran contribuyan eficazmente a

la protección de la sociedad y de los individuos que la integran reprimiendo aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos fundamentales para su propia coexistencia; y de otra parte, estableciendo la exigencia de que esta función de protección no se lleve a cabo a costa de un sacrificio ilimitado de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Eficacia en la protección de las condiciones básicas de la vida social y respeto a las garantías emanadas de la dignidad de la persona son los dos términos que deben guiar, en un ponderado equilibrio, la elaboración de cualquier construcción sistemática del Derecho penal.

No cualquier mecanismo formalizado de represión, aún cuando venga disfrazado bajo el ropaje de un texto punitivo puede ser considerado como "Derecho penal". Sólo puede ser considerado como tal el conjunto normativo que viene diseñado por las notas de racionalidad señaladas tanto en su limitación como en los fines que persigue.

En conclusión, no se puede alcanzar la paz social, en los términos definidos inicialmente, sin el recurso al Derecho penal, pero, de otra parte, no puede existir Derecho penal si éste no viene concebido, limitado, racionalizado y dirigido a la consecución de la paz social.

# FUNCIONES Y DISFUNCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO PENAL

*Prof. Alberto M. Binder*

Secretario del Instituto de Estudios comparados  
en Ciencias Penales, Buenos Aires, Argentina.

## I. INTRODUCCION:

El movimiento de reforma de la justicia penal en América Latina ha renovado la preocupación por el Ministerio Público penal. Diversos países en los últimos años (Argentina, Bolivia, Chile, Perú, Ecuador, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y otros) han reformado total o parcialmente la legislación sobre el Ministerio Público o han intentado realizar cambios más o menos sustanciales a través de proyectos legislativos que se encuentren en discusión parlamentaria o, finalmente, se hallan discutiendo sobre el futuro del Ministerio Público, en especial en su función penal. Por supuesto, todos estos proyectos se enmarcan dentro de lo que se ha llamado la "crisis de la administración de justicia" y pretenden constituirse en una de las respuestas a esa crisis, aunque todavía no esté muy claro cómo el Ministerio Público puede contribuir a paliar esa crisis.

Llama la atención, sin embargo, cierta asimetría entre la intensa actividad legislativa o la discusión parlamentaria y la no tan abundante discusión teórica sobre sus problemas o la falta casi total de investigaciones empíricas sobre el fundamento de esta institución. Sí ha existido discusión política -y en gran medida sigue existiendo dicha discusión-, pero ella ha girado, alrededor de elementos emocionales contenidos en la mayor o menor confianza en el Ministerio Público o en su actuación política reciente.

Una vez más nos encontramos con el hecho de que la dinámica de los procesos sociales, su complejidad y la misma crisis de los esquemas tradicionales del análisis político nos dificulta hallar las causas de esa asimetría. Es posible que una primera razón se halle en el hecho de que el Ministerio Público penal no ha sido un objeto de preocu-

pación intelectual en América Latina. Existen no muy abundantes estudios sobre su funcionamiento pero ello se debe más a preocupaciones personales, alguna crisis circunstancial o cambios menores en su legislación que a una constante actividad intelectual. Se puede decir que él no ha sido uno de los protagonistas del desarrollo de la doctrina constitucional y procesal penal y mucho menos ha motivado algún desarrollo doctrinario independiente. Ni la teoría constitucional se ha preocupado demasiado de él ni la dogmática procesal le ha asignado otro papel que el de su inclusión como uno más de los sujetos procesales. Al no existir una tradición científica en relación al Ministerio Público la reflexión teórica actual está condicionada y, en cierto modo, gira en cierto vacío teórico.

Ello no quiere decir que no existan estudios en otros ámbitos sobre los diferentes problemas que enfrenta y genera el Ministerio Público -la producción norteamericana es, en este sentido, la mejor muestra- pero ellas no han sido moneda corriente en los círculos estudiosos de América Latina. Además el Ministerio Público está tan íntimamente ligado al funcionamiento global del Estado y a su "atmósfera" institucional que se hace más notorio en la ausencia de una reflexión profunda "desde" América Latina, desde su realidad política y su cultura ciudadana. La producción doctrinaria sobre el Ministerio Público no ha sido absorbida por nuestros países.

Otro factor que condiciona el análisis del Ministerio Público -íntimamente ligado al anterior- es su pobre actuación institucional. En la mayoría de nuestros países se puede decir que desde una perspectiva "activa" él *no* ha causado mucho daño, no es el principal -y a veces ni siquiera secundario- responsable de las políticas de persecución o impunidad. En este campo su responsabilidad en relación

a la de otros sectores estatales o en relación a la misma Administración de Justicia es mínima, es secundaria y tangencial.

Ciertamente ha sido una institución ausente y ello genera responsabilidad, pero si contabilizamos todas las "ausencias políticas" de las instituciones judiciales en Latinoamérica, haríamos tabla rasa del pasado e intentaríamos construir un nuevo poder judicial.

Llama la atención, también, la desconfianza que genera el Ministerio Público. A pesar de que los críticas a la administración de justicia sean profundas; que se acuse a los jueces de pasivos, burócratas, pusilánimes, etc., se prefiere a ellos antes que al Ministerio Público. No encuentro demasiados elementos racionales para justificar esa preferencia. La actuación del poder judicial en la década del terror nos debería haber dejado algo más que un sabor amargo, pero sin embargo la figura del juez tiene todavía una fuerza moral -que hunde sus raíces en las más antiguas tradiciones de occidente que no se puede transferir el Ministerio Público.

En definitiva, el Ministerio Público es una institución raquítica, acerca de la cual poco sabemos, que no hemos estudiado, que no tiene perfil político propio sin una historia importante y que genera desconfianza entre los ciudadanos. El panorama no puede ser más desolador y sin embargo estamos aquí cifrando bastantes expectativas sobre la capacidad del Ministerio Público par ayudar a superar la crisis judicial. ¿Puede el Ministerio Público en América Latina contribuir a superar esa crisis? ¿Es razonable cifrar alguna esperanza en esta institución? Estas preguntas siguen pendientes y creo que muchos cambios legislativos se han realizado sin una adecuada respuesta a ellas. Pretendemos modificar el Ministerio Público sin haber problematizado suficientemente la situación de él.

## II. MINISTERIO PUBLICO Y CONTEXTO PROCESAL: DISFUNCIONES DENTRO DEL SISTEMA INQUISITIVO

Se ha señalado que uno de los ejes de la reforma del proceso penal del siglo XIX fue la introducción del Ministerio Público. Reforma que, como sabemos, significó una suavización del sistema inquisitivo mediante la incorporación de algunos elementos del sistema acusatorio, tales como el juicio oral y público y, en algunos casos los jurados. Pero el núcleo del sistema inquisitivo quedó intacto (a través del mantenimiento de la instrucción judicial y, en especial, del juez inquisidor) ya que él no sólo

es un sistema procesal sino uno de los modelos autoritarios de política criminal mas persistentes, que ha generado una cultura propia -que todavía está vigente-, sustentada en consideraciones morales y religiosas (la lucha contra el mal y el imperio del bien) que en buena medida están todavía presentes en la cosmovisión judicial.

Sin embargo, el Ministerio Público, pese al más de un siglo de existencia no ha desarrollado en todo ese tiempo una fortaleza institucional relevante. Maier lo ha calificado de "adolescente" que no logra crecer demasiado porque es un híbrido que lleva dentro de sí contradicciones evidentes. "Por lo tanto dice Maier-, la función del Ministerio Público penal, su posición institucional, su organización y su tarea en el procedimiento seguirán siendo conflictivas y motivo de debates ásperos que, a mi juicio, sin resolver el problema primario, solo posibilitarán por el momento, soluciones coyunturales, según la preferencia política del legislador o del jurista teórico o práctico en el caso general que se le presenta a examen, esto es, soluciones de compromiso dentro de un sistema que, en sí, es caótico y reniega de su reducción a ciertos principios analíticos mas generales, que ordenan todo el sistema".

Esta opinión de Maier apunta el meollo del problema y puede ser tan realista como pesimista, según se plantee el "problema primario". Si -como sostiene Maier- el problema primario es el poder penal del Estado y la persecución penal pública, entonces el problema del Ministerio Público penal no tendrá solución dentro del horizonte histórico nuestro; si, por el contrario, definimos el "problema primario" no ya como la abolición del poder penal mismo, del monopolio estatal en la persecución pública sino solamente como la abolición del "modo inquisitivo de ejercer el poder penal del Estado", que, como es señalado no es una cuestión procesal sino una de las "formas" culturales de ejercer ese poder penal y la persecución pública, la solución del problema del Ministerio Público no pierde fuerza y adquiere cierta posibilidad histórica de realización.

La diferencia no es de palabras ni de mayor o menor repudio al poder penal. No es este el lugar para desarrollar el problema del poder penal en su conjunto, pero creo que es necesario distinguir niveles. Ciertamente el conflicto penal es un conflicto interpersonal, básicamente lo es, aún cuando hablemos de bienes jurídicos colectivos, porque en ellos subyace una pluralidad de conflictos interpersonales. Desde esta perspectiva no creo que haya existido o pueda existir sociedad humana indiferente a esos conflictos, normalmente definidos por su ma-

yor intensidad. Es decir, siempre ha existido una instancia *suprapersonal* de intervención en esos conflictos, con mayor o menor poder, en una mayor o menor cuota de violencia (teniendo en cuenta, claro está, que el concepto de violencia es también un concepto cultural).

Cuando decimos, por ejemplo, que en el derecho germánico un homicidio no afectaba sólo a los parientes cercanos sino a todo el clan, lo único que estamos diciendo es que esa instancia política -el clan- se sentía con autoridad para intervenir en ese conflicto. Y cuando decimos clan, queremos decir sus jefes, sus representantes políticos.

Lo mismo se podría decir de sociedades más primitivas, del señor feudal, de las ciudades libres o de la organización colonial. Ya podemos decir lo mismo, incluso, de organismos internacionales como la ONU, la OEA y otras entidades de verificación internacional.

No hay sociedad humana sin poder y no hay poder que no utilice el castigo (o formas persuasivas que a la postre son también privativas de libertad).

Por ello existe un concepto de poder penal del Estado, que se confunde con la idea de poder punitivo *supraindividual*. Si lo que se quiere es poner el problema del Ministerio Público en la perspectiva de la abolición de ese poder, entonces creo que el problema no tiene solución ya que el Ministerio Público siempre agravará la situación y produciría un fortalecimiento de "ese" poder del Estado.

Ahora bien, parecería que lo que sostiene Maier es más limitado se trata de la perspectiva del poder penal de "este" Estado. Entendiendo por tal "la irrupción en el mundo de una forma de organización social característica, creadora de un poder político centralizado, que deja a los habitantes bajo su dominio del ejercicio efectivo, cotidiano y local de su influencia política para convertirlos en súbditos de ese poder -de la organización del Estado-, obligados a respetar mandatos y prohibiciones heterónomas a ellos, acuñados con menor o mayor precisión por la instancia política centralizada, esto es, a partir del nacimiento y desarrollo del Estado central moderno". Sin ninguna pretensión crítica creo que es necesario precisar un poco más el concepto ya que no es posible establecer una relación lineal entre el Estado-Nación del siglo XVI y el Estado moderno. Mucho más clara es esa línea entre el Estado burgués que nace luego de la Revolución francesa. El Estado del proceso industrial, en definitiva el Estado fundado en el logos de la "Aufklärung", este hecho más directamente vinculado con las realidades del Estado actual. En este sentido, la

crítica de Marx a la burguesía ilustrada que había dejado inconclusa la revolución, estableciendo principios que luego no se concretaban totalmente en la práctica social (democracia económica, igualdad real, etc); en definitiva el drama histórico que se manifiesta en Robespierre, las "leyes de ventoso", el "terror" y la revuelta de Thermidor que lo conducirá a la guillotina. Allí está perfilado más claramente el Estado moderno que el Estado constructor de las nacionalidades.

En este sentido, el Ministerio Público sí es hijo de la revolución, tan hijo es que lleva sus contradicciones e hipocresías. La transacción que llevó a que las viejas aspiraciones de cambio -no olvidemos que Michael Fracault señaló que la Revolución Francesa fue también una revuelta contra el sistema judicial-, basados en la vuelta al viejo sistema europeo (ya por entonces solo vivo en Inglaterra y los E.U.), sólo produjeran una suavización, pero también una revitalización del sistema inquisitivo (por ello se prefiere hablar del "inquisitivo reformado", antes que de procedimiento penal mixto").

Más que en el Estado-Nación de los reyes católicos estamos todavía parados sobre el Estado de la Ilustración y la convergencia de sistemas que tanto ha señalado la Escuela de Frankfurt nos demuestra que en el fondo hay una cuestión cultural, una civilización que es la que hoy está en cuestión (crítica a la modernidad, crítica al "logos" occidental, crisis del "cogito" cortesiano).

Sin embargo, en esa perspectiva el problema del Ministerio Público tampoco tiene solución. Si por "solución entendemos que sobre esa crítica pueda "emerger" el nuevo Ministerio Público y si la construcción del nuevo Ministerio Público no puede proyectarse sobre la crítica radical al poder penal y tampoco puede proyectarse sobre la crítica al poder penal del Estado moderno, ¿cuál es la perspectiva político-cultural que nos permite pensar en un Ministerio Público sobre bases más profundas que las puramente organizativas.

Creo que ella no puede ser otra que -y este es un punto de discusión- la crítica al modelo inquisitivo de ejercer el poder penal. Modelo inquisitivo que, repito, no es solo un modelo procesal sino una forma global de ejercer el poder penal. Por supuesto esta perspectiva es modesta ya que, a los efectos de la instrucción de un nuevo Ministerio Público, no pone en cuestión el poder penal y ni siquiera trata de resolver muchos de los problemas de centralización al poder penal; pero de esa modestia nace su fuerza, su posibilidad de una crítica *concreta* a un pacto *concreto*.

Sobre esta perspectiva se abre a mi juicio la aparición básica frente a la cual nos encontramos: o un Ministerio Público reproductor del sistema inquisitivo o un Ministerio Público que ponga *en cuestión* y quizás ayude a disentir el modelo inquisitivo de ejercicio del poder penal.

Debe quedar claro que cualquier pretensión de preocuparse del Ministerio Público por fuera del contexto político-cultural (como a veces pretenden hacerlo ciertos programas de fortalecimiento institucional) está condenado a fortalecer muchos de sus vicios. Ahora bien ¿cuál es ese contexto político cultural? Ya lo hemos dicho, es el sistema inquisitivo. Pero dentro de ese contexto ¿qué función propia cumple el Ministerio Público penal? Pareciera que ninguna y eso es lo que llevó a algunos países -como Chile y Honduras- a suprimir sustancialmente esa institución. La reconocida frase de que el Ministerio Público es en el proceso penal la quinta rueda del carro, que solamente demora el proceso sin que aporte nada significativo es una realidad cotidiana. No sólo no aporta nada en la investigación, por ejemplo, sino que tampoco cumple alguna función importante en la preservación de la imparcialidad del juez. No olvidemos que la adopción del sistema acusatorio formal, tenía como su propósito fundamental evitar la contaminación del juez mediante la concentración de funciones. La irrelevancia de la actividad del Ministerio Público -aún en aquellos sistemas que le otorgan el monopolio de la acusación e, inclusive, en los sistemas que adoptaron el sistema mixto- ha hecho que no pueda impedir dicha contaminación que se filtra a través de los actos de instrucción jurisdiccional.

Inclusive en el proceso inquisitivo se ha invertido lo que debía ser la relación básica. Es el juez quien investiga (o hace que investiguen) y el fiscal "*dictamina*", es decir, opina sobre el valor de esa investigación. ¿Es el Ministerio Público un control sobre la administración de justicia? Esta idea no es tan alocada porque existen legislaciones que le han asignado al Ministerio Público la función de "vigilar si los tribunales aplican correctamente la ley" (¿?). La atribución de la tarea de "garante" de la legalidad, una de las opciones posibles en la construcción del Ministerio Público, también ha contribuido a oscurecer la misión y, paralelamente a oscurecer la misión de los jueces. "El Ministerio Público -señala Roxín- no fue concebido para cumplir una función unilateral de persecución, como es del caso con el acusador del proceso penal angloamericano, sino para ser "custodio de la ley. Ello significa: su tarea consiste en velar, a favor del imputado, porque se

obtenga todo el material de descargo y porque ninguno de sus derechos procesales sea menoscabado".

El Ministerio Público latinoamericano no ha hecho ni una cosa ni la otra; ni ha sido garante de la legalidad ni ha sido un investigador. Pero ello no es un problema de negligencia de las sucesivas generaciones de fiscales. Esta falta de funcionamiento se debe a que en la práctica Latinoamericana no se ha salido de la cultura básica del sistema inquisitivo. Ese suave deslizamiento que se produjo en Europa a partir del Código francés de 1808 y que en las últimas dos décadas ha dado otro paso importante (Alemania, Italia, Portugal, procedimiento abreviado español, etc.) ha sido casi imperceptible en nuestros países.

En América Latina, la cultura judicial es inquisitiva, tan inquisitiva como lo era en la España de Felipe II y dentro de ella el Ministerio Público no es un adolescente, es un extraño, un cuidado de piedra; el invitado a una fiesta (porque está allí, ha sido invitado) pero que nadie sabe para que está o que se espera de él.

Por supuesto el Ministerio Público se organizó sobre la base de esta oscuridad institucional y adquirió un tipo de *organización refleja*. Su identificación con el modelo de organización judicial fue completa y así tenemos fiscales de primera instancia, fiscales de cámara, aunque la idea misma de "competencia", ligada al principio de juez natural carezca de sentido para el Ministerio Público. Asimismo cada fiscalía se organizó según el modelo del juzgado y su fiscal pasó a formar parte de una carrera judicial.

¡Vaya paradoja! La institución extraña al sistema inquisitivo, la que según Roxín cobró vida como "medio de liberación ciudadana" frente a las arbitrariedades monopólicas del inquisidor, adoptó en nuestro continente los principios, modalidades y vicios de la cultura inquisitiva. Hoy todavía no sabemos, en qué medida, el Ministerio Público es también una reserva de cultura inquisitiva.

Frente a este panorama, vale hacerse esta pregunta ¿Puede el Ministerio Público aportar algo positivo a la crisis judicial? ¿Puede ayudar a derribar la cultura inquisitiva? ¿Puede existir continuidad entre el Ministerio Público penal actual (que siguiendo con la metáfora orgánico puede ser considerado, con sus más de cien años, un viejo decrepito que absorbió los vicios del "Ancien Regime" con el Ministerio Público que necesitan nuestros países? ¿Qué Ministerio Público, entonces?

No pretendo en este trabajo responder a esas preguntas, básicamente porque no tengo las re-

puestas, pero sí quiero llamar la atención sobre la necesidad de profundizar la reflexión, por lo menos profundizarle hasta el punto en que no se vuelva paralizante y nos excluya, por consiguiente, del proceso político de transformación, que tiene su propia dinámica y que no siempre puede esperar a que nos clasifiquemos para comenzar a actuar.

### III DISCUSION DE MODELOS VRS. DISCUSION DE PROBLEMAS

El título de esta sección pareciera contradictoria con la línea argumental de esta nota. Hasta aquí la preocupación principal ha sido la de tratar de determinar cual es el marco general sobre el cual elaborar un modelo de Ministerio Público apto para nuestras realidades políticas. ¿En qué medida una discusión de modelos se enfrenta a una discusión de problemas? Básicamente se enfrenta en la *forma* de construir un modelo.

Cuando hablamos de un modelo de Ministerio Público o un modelo de Justicia penal fundamentalmente estamos hablando de la *estructura básica* de esa organización: estructura básica que no se identifica con sus reglas organizativas sino que incluye desde los objetivos básicos, las reglas de funcionamiento, su perfil de personal y su cultura organizativa. Una vez más el enfoque de sistemas nos es útil para abarcar esa totalidad compleja que es una institución política.

Cuando hablamos de "discusión de modelos" no queremos darle un sentido peyorativo, ni desmerecer la función crítica o constructiva de los modelos menos aún, hacernos eco de cierto chouvierismo demagógico, que pretende "reinventar" el agua azucarada con un rasgo sello nacional, desconociendo el valor de la transferencia de experiencias entre los países. Sin embargo, ha existido una cierta tendencia en América Latina a superficializar las discusiones mediante la confrontación de ideas demasiado globales. Por ejemplo, la discusión sobre la estructura de las fases preparatorias -quizás la etapa más compleja del proceso- se ha convertido en un debate- muchas veces estéril- entre la "investigación a cargo del Ministerio Público" o el mantenimiento del juez de instrucción. Dicho debate es un debate necesario, siempre que sea un debate acerca de cómo una u otra forma de organización de la instrucción resuelve ciertos problemas procesales. Por ejemplo, la endémica sobrecarga de trabajo, la falta de control sobre la investigación, la formalización de los actos de investigación, la conversión automática del sumario en prueba, la dele-

gación de funciones, la defensa durante las etapas policiales, el acceso a la información, las relaciones con los medios de prensa, las medidas cautelares, las salidas procesales alternativas, el régimen de la acción, el control de la prisión preventiva, la duración del proceso; en fin, numerosos problemas que sin los verdaderos problemas procesales si la discusión de modelos no es un mecanismo para discutir como, por ejemplo, la entrega de la investigación el Ministerio Público permite solucionar esos problemas o como la permanencia del juez de instrucción los mantiene o repotencia, entonces esa discusión de modelos es contraproducente

Buena parte de la discusión ha girado alrededor del carácter jurisdiccional o uno de los actos de investigación y poco se ha esclarecido acerca de qué son sus actos de investigación y qué son sus actos de instrucción. O se ha discutido acerca de la constitucionalidad de la entrega de la investigación al Ministerio Público sin indagar con profundidad el modelo condicional de Administración de justicia y, en especial, la función de los jueces; el comentario cuando se pretende determinar el contenido de lo preferente jurisdiccional se recurre a los códigos inquisitivos para los cuales todo es jurisdicción, inclusive el más pequeño atestado en acto. "Quod non est in acto non est in mundo" y por lo tanto la creación de la realidad le compete el juez -creador-omnipotente.

La aparición entre discusión de modelos y discusión de problemas no es una oposición conceptual ni ineludible; es una manifestación de las características de la discusión en nuestros países. Por ello creo necesario recuperar la centralidad de los problemas procesales en la discusión política y retórica. Sola a partir de esta centralidad de los problemas considero posible construir un modelo de Ministerio Público penal que sirva de referencia para la transformación de esta institución.

Creo poder resumir las dos ideas básicas expuestas hasta ahora del modo siguiente:

1. El marco político-cultural adecuado para el diseño de un nuevo Ministerio Público no es la crítica a la forma inquisitiva de ejercer el poder penal y a la cultura que lo es propia, que en nuestros países contiene tanto elementos de la ilustración como viejos resabios monárquicos del "Ancien Regime".

2. La necesidad de actuar con uno o más modelos de referencia no nos debe llevar a olvidar la finalidad de la construcción de cualquier modelo sobre el Ministerio Público. Partir de los problemas y su situación para llegar nuevamente a esos pro-

blemas. En esta perspectiva la construcción de un modelo significa la estructuración, la armonización de un conjunto de soluciones o problemas concretos. Discutamos los problemas para construir un modelo: construyamos un modelo para mejor solucionar los problemas.

#### IV. PROCESO, POLICIA, SOCIEDAD. TRES DIMENSIONES PROBLEMATICAS PARA EL MINISTERIO PUBLICO.

##### a) La participación del Ministerio Público en la instrucción

El proceso penal se debe estudiar alrededor del juicio. Un juicio que responde a ciertas características culturales y políticas, que se manifiestan en los principios de inmediación, concentración, continuidad, publicidad, defensa y contradicción. La oralidad es el medio de preservar esos principios.

De la misma idea de la importancia del juicio nace la complejidad de las fases preparatorias. Del modo como se organicen esas fases preparatorias dependerá, en gran medida, la preservación del juicio. En la lucha entre el "sumario" inquisitivo y el juicio oral republicano que se manifestó en el sistema mixto francés hasta ahora ha ganado ampliamente el sumario inquisitivo.

Las fases preparatorias, más allá de la organización concreta que adopte cada sistema procesal, pueden ser divididos en dos etapas: una es la instrucción y otra la fase intermedia. La primera es la retarante preparatoria; la segunda es la fase de control, crítica instructoria, análisis de los fundamentos de la acusación.

La segunda etapa preparatoria es fundamentalmente un control sobre la acusación y por lo tanto en gran medida *actividad externa* al Ministerio Público o control sobre sus actos.

El problema queda reducido a la fase profiarante preparatoria, a la que comúnmente llamamos instrucción. Pero esa etapa es compleja. ¿Qué significa preparar el juicio? Significa diversas actividades:

1. Preparar la acusación del fiscal
2. Preparar la acusación del querellante
3. Decidir cuestiones incidentales (excepciones)
4. Preparar la defensa
5. Decidir sobre los medios cautelares
6. Preparar anticipos de prueba

Básicamente las actividades durante la instrucción se agrupan en esos rubros y podemos ver

que cualquier redefinición del rol del Ministerio Público poco tiene que ver o, a menos, no se relaciona directamente con las actividades señaladas. No está en discusión el que el Ministerio Público deba realizar por sí mismo actos irreproducidos -que por su esencia siempre requieren participación del juez, o que a él le corresponda tomar decisiones para resolver algún incidente y menos aun tiene una relación directa con las otras actividades ya que se podrá discutir sobre algunas facultades coercitivas del Ministerio Público, pero nadie sostiene que él deba dictar la prisión preventiva.

En consecuencia, el problema queda reducido (¿reducido?) a la preparación de la acusación del fiscal. El dilema es el siguiente: ¿el fiscal por sí mismo debe preparar su acusación o se la debe preparar el juez? Por supuesto este dilema tiene sentido si el proceso requiere la acusación para la apertura a juicio, porque si no es así el Ministerio Público no tiene razón de ser. Volviendo al punto, ¿debe preferir ser la acusación el fiscal u otro sujeto, por ejemplo el juez de instrucción?

Planteado de esta forma la cuestión parece tan sencilla, tan fácil de responder que no se explica cómo alrededor de este problema puede existir un gran debate en toda Iberoamérica.

¿Cuál es el problema que subyace a este problema? La clave del problema se encuentra en los fines no manifiestos, en los fines reales de la instrucción. En la lógica de la mayoría de las Constituciones existe una oposición básica: poder penal/juicio previo. Esta oposición ha pasado bastante desapercibida y de ese modo el poder penal "esquivó" al juicio previo. La instrucción es la etapa del proceso a través de la cual se ejerce la mayor (mejor dicho la casi totalidad) parte del poder penal. El fenómeno del "preso sin condena" o de la "condena sin juicio" es la indubitable demostración.

Vemos pues que el problema no es que el fiscal prepare su acusación sino tras esa aparente sutil idea se esconde la posibilidad de desmentir la instrucción como aparato del poder penal.

La tarea básica es, en consecuencia, desmentir la institución y rescatar la aparición básica del poder penal/juicio previo.

Esto nos demuestra que la discusión sobre el rol del Ministerio Público es una discusión derivada, que muchas veces verdaderamente se esconde. ¿De qué modo puede el Ministerio Público ayudar a desmontar la instrucción inquisitiva? Creo que la respuesta es compleja y en gran medida señala que el Ministerio Público puede ayudar *indirectamente*.



Su primera contribución consiste en *liberar al juez de la investigación*.

El problema se ha distorsionado y superficializado. ¿Por qué es que queremos liberar al juez de la investigación? Precisamente para que sea juez. El problema central no es quien investiga sino quien controla la investigación y allí la respuesta no puede ser otra que la judicial. No sólo porque políticamente ello es más sano sino, porque es claro en el diseño de las constituciones republicanas que dentro del concepto de jurisdicción se halla el control de ciertos actos que se sabe, por experiencia histórica, que pueden poner en peligro la seguridad de los ciudadanos.

Y si el juez no tiene que investigar ni las constituciones republicanas quieren que lo haga, ¿Quién podrá hacerlo? La respuesta es obvia: sólo el Ministerio público puede hacerlo. Hay quienes han dicho: Bueno, entonces establezcamos dos jueces, uno que investiga y otro que controla la investigación. Pero ello es sólo una cuestión de nombre, ya que el juez de investigación no sería otra cosa que un fiscal, que forma parte del poder judicial (como es el modelo de Costa Rica, por ejemplo).

Vemos pues que esta idea tan simple marca un cambio de perspectiva y le da otro "tono" a la discusión.

La segunda contribución del Ministerio Público es la **desformalización** de la investigación. El sistema inquisitivo es un sistema de registros. No porque otros sistemas no tengan registros sino porque el sistema inquisitivo se basa en registros (Quod non est in acta non est in mundo). El acceso a la información es siempre mediado por un registro. Esta mediación (que es un acto de poder, no olvidemos que históricamente la escritura ha generado fenómenos de poder e, incluso, su valor de centralización del poder penal a favor del monarca se cumple en gran parte porque el sistema escrito nace en el contexto histórico de una Europa analfabeta y de gran tradición oral). La formalización de la instrucción ha formalizado el juicio y la formalización del juicio es su muerte.

Esta formalización se da, tanto en la rigidez de las formas procesales, como en la secuencialidad absurda (recordemos, por ejemplo, que el "expediente" tiene que tener una hilación que no responde sólo a un criterio de orden sino que tiene un carácter sacramental, como si se tratara de un organismo vivo, que tiene que reflejar el hilo conductor de la vida) y una vigilancia estricta de las formas en cuanto tales. La función garantizadora de las formas procesales -que es su único sustento, ya que su

antigua contribución a la seguridad jurídica, como en el viejo procedimiento formulario ya no tiene vigencia- queda totalmente superada por la sacramentalidad del trámite.

El ingreso del Ministerio Público debe servir a la desformalización de la investigación como uno de los medios más eficaces de preservar el juicio. Si el mismo expediente judicial, con las mismas sacramentalidades ridículas, lo único que pretendemos es que ahora lo firme el fiscal en lugar del juez de instrucción, entonces carece de sentido una reforma procesal.

## b) El Ministerio Público y la Policía.

En la mayoría de los países de América Latina, la investigación policial es deficiente. Pueden existir cuerpos policiales mejor o peor preparados, pero lo cierto es que desde el punto de vista del aporte de una verdadera investigación al proceso, en todos los países existen problemas. Por supuesto, ello no es un problema autónomo, sino derivado de la crisis del sistema de instrucción.

Pero el problema no es sólo de eficacia de la investigación, sino de organización del cuerpo policial y de inserción de la policía dentro del contexto de las instituciones democráticas. Uno de los errores que, en general, hemos cometido hasta ahora dentro del proceso de reforma en América Latina es no preocuparnos intensamente por la incorporación de la policía a ese proceso así como el de no transmitirle valores positivos a esa institución. Todos reconocemos que no es posible prescindir de la policía en el contexto de la sociedad moderna, pero también le transmitimos señales de desprecio. Esta posición ambivalente ha ocasionado en muchas ocasiones que la policía busque sus valores positivos mirando al sector militar.

Una vez más el Ministerio público cumple un papel importante en este proceso. Por un lado, el proceso de profesionalización de las policías, que es un proceso permanente ya que debe acompañar la creciente complejidad de las conductas criminales, no se puede realizar sin que el Ministerio Público oriente esa profesionalización. Por supuesto, -y nuevamente nos hallamos ante el mismo problema- siempre que presupongamos la necesidad de un proceso penal que funcione correctamente. Si pensamos en una policía que entiende que un caso está "cerrado" simplemente cuando ella ha llegado a la convicción de que las personas imputadas son culpables entonces no será necesario el Ministerio público y la justicia cumplirá la función de

legitimadora de la "convicción policial". Pero si pensamos en un proceso donde es necesario **probar** esa responsabilidad, entonces el Ministerio Público se convierte en una institución necesaria.

Por eso se ha dicho que el Ministerio Público es una institución **bifronte**, con una cara mirando al **mundo policial** y otra cara mirando al **mundo judicial**. Esta función de puente, de interfase entre estos dos mundos -cada uno de ellos con sus reglas, sus costumbre y sus valores propios- es quizás la otra gran misión de este Ministerio Público penal que está emergiendo en América Latina. La mayoría de las legislaciones establecen normas sobre la subordinación de la policía a la justicia pero esas normas nunca se han convertido en una verdadera relación. Por supuesto los policías cumplen las órdenes de los jueces, pero existe cierta impermeabilidad de un sistema al otro, que no se puede relacionar sólo sobre la base del miedo mutuo y ni siquiera sólo sobre la base de la idea de control. En cualquier sistema procesal la policía cumple una función importante ya que ella es la que realiza las actividades concretas de investigación pero esas investigaciones policiales se vuelven insuficientes para hacer frente a la delincuencia no convencional. Frente a ella es necesario establecer estrategias de investigación de largo plazo, conformar grupos interdisciplinarios, diseñar mecanismos de recolección y recuperación de información y, además, lograr que toda la información acumulada durante la investigación ingrese válidamente al proceso a través de los medios de prueba establecidos y de las reglas de legalidad que rijan la prueba. Todo ello es una actividad compleja que necesita un alto grado de coordinación de distintas entidades.

La tarea consiste en reorganizar el sistema de investigación en su conjunto y dotarlo de eficacia para enfrentar situaciones complejas y dinámicas. Si esto significa que cierto sector de la policía deba pasar al Ministerio Público o se trata de una relación funcional es un problema diferente aunque importante. Muchas veces se ha superficializado la discusión y se ha olvidado que el problema principal no es la ubicación de la policía sino la reconstrucción del sistema de investigación. Desde esta perspectiva creo que es más importante una **dirección funcional** que una inserción administrativa de la policía dentro del Ministerio Público.

### c) Ministerio Público y sociedad.

La tercera relación que marca las grandes tareas de este Ministerio Público emergente es con la

sociedad. Muchas veces se ha discutido si el Ministerio Público es representante del Estado o de la sociedad pero creo que la pregunta correcta es **cómo** se relaciona ese Ministerio Público con la sociedad en su conjunto. Hoy día ella está desorientada, porque el modelo del juez de instrucción provoca esa desorientación. ¿Quién es el responsable del fracaso de una investigación? Rara vez se le atribuye esta responsabilidad a la policía. De este modo el modelo del juez de instrucción es un sistema que genera siempre desprestigio para la justicia. El juez de instrucción será benigno y se dirá, entonces, que "los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra" o será un juez inquisidor y entonces se le atribuirán violaciones a los derechos humanos. Creer que un juez puede llegar al equilibrio perfecto dentro de las atribuciones contradictorias que le asigna el sistema inquisitivo es un ideal nunca cumplido. De este modo, aquella institución que necesariamente tiene que tener un gran prestigio social se ve afectada no ya por su actuación sino por el diseño mismo de sus funciones.

El Ministerio Público debe romper este círculo vicioso asumiendo para sí parte de la responsabilidad. Concretamente él es el responsable del éxito o el fracaso de una investigación. De este modo la percepción social sobre la administración de justicia adquiere una especificidad que hoy no tiene.

Dentro del conjunto de relaciones entre el Ministerio Público y la sociedad se encuentra el problema de su relación con las víctimas. El proceso penal moderno, por lo menos desde la perspectiva latinoamericana, no confía plenamente en el Ministerio público y permite un ingreso cada vez mayor de la víctima al proceso penal. Esto significa un paso más en la ruptura de la idea del monopolio estatal que subyace al concepto mismo de la acción pública. De este modo, el querellante ya no debe ser un sujeto procesal secundario y se va abandonando incluso en los últimos proyectos la idea del querellante adhesivo del Modelo Iberoamericano.

De esto no se debe extraer la idea de que la víctima debe **competir** con el Ministerio Público. En primer lugar porque aún cuando se trate de un querellante conjunto, sin ningún tipo de subordinación, el Ministerio Público debe colaborar con ella, en especial ayudándole a recolectar la información que el querellante necesita para fundar su acusación. En segundo lugar porque existe una gran cantidad de víctimas que no desean asumir el rol de querellantes o no pueden hacerlo porque no están en condiciones de asumir las cargas que ello significa. En estos casos el fiscal debe asumir con claridad

su función de abogado de la víctima. Aquí se produce otra ruptura a la idea de monopolio estatal -recuérdese aquí el horizonte político sobre el cual sugerimos que debía proyectarse el problema de Ministerio Público-, ya que el concepto de acción pública no debe ser equiparado directamente a interés estatal, en el sentido de que el estado **asume** la ofensa. El concepto de acción pública significa también **servicio** del Estado a la víctima, servicio que se nutre de la intención que tiene el estado de controlar, de algún modo, la globalidad de la violencia social.

Es necesario, pues, volver a reflexionar sobre el concepto de acción pública en un contexto distinto, en el que se rompa la ficción del Estado-víctima. La víctima es la víctima y es discutible, incluso, si puede el Estado ser víctima, aún los llamados delitos contra la administración pública.

Un Ministerio Público que asume su rol frente a las víctimas debe ser un Ministerio Público que realiza acciones concretas frente a ellas. Los derechos de las víctimas en el proceso penal también se están ampliando del marco reducido de permitir su participación en el proceso. Derecho a la información, derecho a participar del juicio -no sólo como testigo-, derecho a realizar ciertas impugnaciones sin ser querellante, etc, van conformando poco a poco, un conjunto de exigencias distintas, muchas de ellas directamente vinculadas a la actividad del Ministerio Público.

## V. LA ESTRUCTURA DEL MINISTERIO PÚBLICO. ORGANIZACION REFLEJA vrs ORGANIZACION PROPIA.

Si, como vimos, el nacimiento del Ministerio Público penal está ligado a grandes problemas estructurales, que no pueden ser reducidos a simples problemas funcionales, entonces cabe preguntarse ¿Qué tipo de organización necesita el Ministerio Público?

Hasta ahora, incluso en la mayoría de los nuevos textos legislativos o en los proyectos de ley que se están estudiando en diversos países, la respuesta ha sido superficial. Más bien pareciera que ni siquiera se ha planteado como un problema profundo ya que se ha recurrido casi de un modo automático y, en todo caso, de forma acrítica, al modelo de organización judicial. De este modo el Ministerio Público se organiza de un modo **reflejo**, sin tomar en cuenta las características propias que deben surgir de sus finalidades sociales, de sus valores, de las exigencias funcionales y, en especial,

de su carácter de institución emergente. La organización refleja del Ministerio Público no sólo recurre a un tipo de organización piramidal -lo que no es el problema, ya que se entiende que uno de sus principios organizativos es, justamente, el de la jerarquización, sino que también reproduce otro tipo de relaciones propias de la administración de justicia. Cuando observamos que se habla de fiscales de primera instancia, o fiscales de Cámara, o de fiscales adscriptos a los juzgados, etc, estamos asistiendo a la transferencia de conceptos tales como el de competencia que no tienen ninguna relevancia en la organización del Ministerio Público sino que están ligados a garantías judiciales, tales como el juez natural o la imparcialidad.

Está pendiente, pues, una reflexión profunda sobre qué tipo de organización se debe construir a partir de la situación actual del Ministerio Público y de sus tareas futuras. Una organización dinámica, que permita la adaptación a las circunstancias políticas, una organización en transición porque la misma institución se encuentra en ese estado, una organización que lo torne eficaz en esas tres dimensiones problemáticas señaladas en el capítulo anterior.

No se debe confundir un problema organizacional con un problema administrativo. El problema organizacional es mucho más amplio y, entre otras cosas, nos enfrenta al tema de la cultura organizacional. Muchas veces, por ejemplo, hemos hablado de la ideología de los jueces, de su cultura jurídica y hemos prestado bastante poca atención al problema de la cultura organizacional. En este sentido el sistema inquisitivo -que repetimos no debe ser confundido con un sistema procesal sino que es un sistema cultural- ha generado una determinada cultura organizacional autoritaria cuya persistencia es notoria y que ya podemos vislumbrar como la gran enemiga de todo el proceso de transformación judicial. Por ejemplo, es esta cultura organizacional la que ha tenido la enorme capacidad de absorber todas las reformas parciales que se han realizado a lo largo de la historia de nuestros países. Es esta cultura organizacional la que verdaderamente establece el ritmo de la administración de justicia penal.

Entonces, el modelo de organización refleja del Ministerio Público penal no sólo condiciona su funcionamiento sino que reproduce la cultura organizacional de la justicia penal. Una organización refleja del Ministerio Público lleva dentro el virus del sistema inquisitivo y preanuncia nuestro fracaso.

## VI. EL MINISTERIO PÚBLICO EN CLAVE ESTRATEGICA.

Finalmente, cabe preguntarnos qué función cumple la emergencia del Ministerio Público en la perspectiva de la estrategia de reforma de la administración de justicia. El problema es el siguiente: si se modifica radicalmente el sistema procesal en la tendencia predominante hacia el sistema acusatorio, entonces es necesario contar con un Ministerio Público penal preparado para asumir esa tarea, sin reproducir los vicios del sistema inquisitivo. Pero la preparación de ese Ministerio Público no es sencilla y pareciera que los plazos promedio de "vacatio legis" no son suficientes. Entonces pareciera que es necesario comenzar por la modificación de la estructura del Ministerio Público, ya sea mediante reformas parciales o mediante una nueva ley del Ministerio Público pero aquí nos encontramos con el hecho de que los fiscales deben comenzar a actuar dentro de un contexto del sistema inquisitivo, dentro del cual no tienen verdadera cabida y se corre el gran peligro de que absorban la cultura inquisitiva -muchos más aun sabiendo el tiempo de varios años que insume una reforma procesal penal- de tal modo que luego se convierte en un adversario del modelo acusatorio en lugar de un pilar de la transformación. Este círculo vicioso plantea problemas que difícilmente se puedan responder en términos generales o abstractos. La dinámica política de cada país, la estrategia particu-

lar de reforma indicará el modo de resolverlo. Lo que no podemos ignorar es el grave peligro de este círculo vicioso que ya se está manifestando en los países que han avanzado en el proceso de reforma.

Es importante concluir, pues, que la transformación del Ministerio Público no puede ser un hecho aislado. Ella es sólo una parte de la estrategia global de transformación de la justicia penal, aunque plantee algunos problemas particulares que deben ser afrontados con especificidad, sin olvidar la globalidad del problema de la justicia penal y su multidimensionalidad.

Se está perfilando un nuevo Ministerio Público penal en América Latina y ello nos plantea grandes desafíos. La dinámica política del proceso de reforma no nos da la tranquilidad suficiente como para resolver acabadamente cada uno de esos desafíos. En este sentido es tan nociva, a mi juicio, una posición acrítica y superficial, que lleve a crear un Ministerio Público reproductor del sistema inquisitivo, como una posición de crítica paralizante, que anule nuestra capacidad de operar sobre la realidad. Hallar el nivel de problematización que exige el proceso real de transformación es la tarea más inmediata y el desafío intelectual que se nos presenta en esta hora en la cual la sociedad no sólo exige nuevas ideas, sino también cambios profundos en la estructura de una administración de justicia obsoleta, alejada de las necesidades sociales, reproductora de violencia antes que pacificadora y sobre todo, inhumana.

## DOCTINA NACIONAL

# DISCRIMINACION E INEFICIENCIA EN LA PERSECUSION DEL DELITO ECONOMICO: la inevitable perversión del sistema penal

*Dr. Fernando Cruz Castro*

Presidente del Tribunal Superior de Casación Penal

Profesor del Posgrado en Ciencias Penales, U.C.R.

## SUMARIO

- |   |   |
|---|---|
| I. Introducción   | a. Asociación diferencial                                 |
| II. Características del delito económico  | b. Perjuicios colaterales intangibles                     |
| III. Represión de la delincuencia económica                                       | c. Los delitos económicos y el sistema capitalista        |
| IV. Los graves perjuicios ocasionados por la delincuencia económica               | VI. Nuevas formas de criminalidad                         |
| V. La "etiología" de la delincuencia económica. Factores individuales y sociales. | VII. El delito informático y algunos tipos penales        |
|   | VIII. La estafa de subvención                             |
|   | IX. Las sanciones aplicables a la criminalidad económica. |

## I. INTRODUCCIÓN

Los sistemas penales evidencian una distorsión estructural fundamental: sólo persiguen, con cierto grado de eficacia, la delincuencia convencional, definiendo como infractor a las personas pertenecientes a las clases subalternas. Esta distorsión estructural fortalece la imagen estereotipada de un delincuente pobre y violento. Como bien lo señala Baratta, partiendo de la definición legal, la criminalidad es un comportamiento que podría atribuirse a sectores privilegiados de la sociedad y no una minoría estigmatizada y desviada, como se hace tradicionalmente.<sup>1</sup>

El positivismo criminológico, al negarle toda racionalidad a la acción criminal e interpretando ésta como patológicamente condicionada, es incapaz de explicar e identificar acciones delictivas racionalmente planificadas, tal como ocurre con la criminalidad económica. Respecto a esta modalidad delictiva, la teoría de la asociación diferencial de Sutherland, así como la teoría de la anomia de Merton, marcaron una importante transformación en el análisis de esta delincuencia.

Sutherland presenta el 27 de diciembre de 1939 ante la sociedad Americana de Sociología su tesis fundamental sobre la criminalidad económica, titulándola: "White Collar Criminality".<sup>2</sup> Su trabajo

provocó un impacto similar al que suscitó el hombre delincuente de Lombroso.<sup>3</sup>

## II. CARACTERÍSTICAS

Sutherland definió la delincuencia de cuello blanco como la violación de la ley penal por parte

1. Baratta, Alessandro. *"Criminología y Dogmática penal. Pasado y Futuro del modelo Integral de la Ciencia Penal"*. Rev.Papers. N- 13. España. 1980. p.21.
2. Este discurso se publicó con el título de "White collar Criminality en American sociological review, febrero 1940, pp.1-12; este mismo artículo fue reproducido en el libro "Crime and delinquency", ed. por C.A. Bersani, New York, 1970, pp. 25-34. Cfr. Fernández Albor y Martínez Pérez. *"Delincuencia y Economía"* Universidad de Santiago de Compostela. España. 1983, nota número dos de la p.23.
3. Gran parte del desmedido éxito de Lombroso se debe a la función sicosocial que cumplió y no a la bondad intrínseca de sus postulados criminológicos. Una parte de su planteamiento captó perfectamente la ambición epistemológica de la época, pues aportó una estructura conceptual con la que se pretendió lograr, con cierta ingenuidad, una eficaz prevención del crimen mediante su explicación científica. En este aspecto, su mensaje convenció y fascinó. Su planteamiento fortaleció la legitimidad del sistema socio-político, exculpando al orden social y atribuyendo la

de una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de una actividad profesional.<sup>4</sup>

El infractor en este tipo de delincuencia es una "persona respetable" o de nivel socio-económico elevado, lo que le permite ejercer, con mayor o menor éxito, suficiente influencia para impedir la intervención de la víctima o del aparato de persecución estatal. Aunque el status económico elevado es una característica que ha sido objetada por algunos autores,<sup>5</sup> sin embargo, es un indicador del que no puede prescindirse, ya que tiene, en la práctica, una importante influencia.

Además de estas características, se pueden agregar las siguientes:

1-Lesión de la confianza en el tráfico mercantil.

2-Comportamiento abusivo frente la ignorancia o ingenuidad de la víctima.

3-La planificación de la acción delictiva le permite al autor impedir o controlar su descubrimiento. En algunas materias la complejidad de los textos que la regulan le permiten a los asesores especializados, crear las condiciones con las que impiden la aplicación de la ley, obteniendo beneficios injustificados e ilegítimos.<sup>6</sup> La creciente intervención estatal en la economía y la utilización del capital anónimo facilitan la acción delictiva y dificultan notablemente su investigación.

También es una delincuencia ligada a una actividad profesional, lo que incluiría la delincuencia de "cuello azul", cuyos autores no siempre pertenecen a los estratos sociales privilegiados. Dentro de estas actividades delictivas se incluye, entre otras, la de los profesionales liberales, como los médicos, cuando suministran, ilícitamente, drogas o practican abortos; lo mismo ocurre con el asesoramiento que prestan los abogados en la ejecución de acciones ilícitas o delictivas. De igual forma se incluyen las acciones fraudulentas ejecutadas por los profesionales obreros, especialmente en la construcción de viviendas, reparación de autos, electrodomésticos, etc. Se podría hablar en este caso de un **delito ocupacional**, en lugar del delito de cuello blanco y que sería el que se comete en el ejercicio de una profesión civil o en estrecha relación con ella, tal como ocurre, con las actividades recién citadas y también con los delitos cometidos por las grandes corporaciones, las prácticas desleales de los comerciantes, así como la corrupción de funcionarios. Desde el punto de vista del objeto, también abarcaría la adulteración de alimentos y bebidas, los delitos fiscales, aduaneros y monetarios.<sup>7</sup> En realidad,

el delito ocupacional se integra dentro de la criminalidad económica, tal como la definió el mismo Sutherland, pues al fin y al cabo son actividades profesionales mercantiles en las que se realizan actos criminales o ilícitos.

Desde el punto de vista criminológico, la delincuencia económica se define como las infracciones lesivas del orden económico cometidas por personas pertenecientes a estratos altos en el ejercicio de su actividad profesional.<sup>8</sup> La trascendencia social de esta delincuencia se manifiesta, en primer término, por la cuantía de los daños ocasionados y en segundo lugar, por el reclutamiento del autor entre los miembros de la alta sociedad. En muchas ocasiones, por el poder político o económico que ejerce, el delincuente de cuello blanco logra que terceros o subalternos sean los autores materiales del hecho delictivo, lo que dificulta, sin duda alguna, la persecución del autor que realmente ha dominado la acción.<sup>9</sup> Estos son los rasgos criminológicos de mayor trascendencia. También debe destacarse,

criminalidad a factores individuales o patológicos. Quizás el gran mérito de Lombroso consiste en el hecho de haber resaltado el protagonismo del hombre real, concreto e histórico en el hecho criminal. Es decir, que no existe crimen sino el criminal. García-Pablos de Molina, Antonio. "Manual de Criminología"-Introducción y teorías de la Criminalidad. Ed.Espasa Calpe. España. 1988. p.262-263.

4. Supra nota 2, .p.27 y 28. Citando la obra de Sutherland-*White Collar Crime*. New York. Ed.de 1961. p.9
5. Newman le da preponderancia al procedimiento ingenioso que utiliza el delincuente de cuello blanco, restándole importancia a su nivel socio-económico. Cfr. Supra nota 2, p.30
6. Mediante estos procedimientos, en el año 1972 en Francia los fraudes fiscales alcanzaron la cifra de 25.3511.350.000 francos, recuperándose sólo por la vía judicial la suma de 6.028.000.000 francos. Cifras similares se han podido determinar en Bélgica. Versele, Severín-Carlos. "Las cifras doradas de la delincuencia". publicado en ILANUD AL DIA- AÑO 1, N-1- 1978. p.22.
7. Middendorff, W. "Sociología del delito". (Traducción de J.M. Rodríguez Devesa). Ed.Revista de Occidente. España. 1961. p.61-62.
8. Bajo Fernández, Miguel. "Derecho penal económico". Ed.Civitas. España. 1978. p.49.
9. En este aspecto es muy útil la teoría objetivo-subjetiva o del dominio del hecho. De acuerdo con esta teoría, autor es el que tiene realmente el poder sobre la realización del hecho descrito en el tipo penal aplicable. Este planteamiento distingue muy claramente autor y

aunque en un segundo plano, que en este tipo de infracciones se lesiona, en muchas ocasiones, la confianza, explícita o implícita, en la economía.<sup>10</sup>

### III. REPRESIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA. OBSTÁCULOS

La indulgencia generalizada frente a la delincuencia económica es uno de los obstáculos más importantes al desarrollar una política represiva frente a estas infracciones. El legislador, los jueces<sup>11</sup> y la opinión pública tienden a menospreciar la trascendencia socio-política de estos delitos. Los estereotipos dominantes sobre la criminalidad y el delincuente propician la exclusión directa o indirecta de la delincuencia económica. La teoría del etiquetamiento o del "labelling approach"<sup>12</sup> explican muy bien la inactividad del sistema penal frente a la delincuencia de cuello blanco, así como la elevada

cifra negra que la caracteriza.<sup>13</sup>

La planificación e ingenio que requiere este tipo de delitos, así como la circunstancia de que su autor posee, en muchas ocasiones, conocimientos especializados que le permiten ocultar hábilmente su acción fraudulenta, plantea obstáculos insalvables a las autoridades judiciales y policiales que deben investigar estos delitos, pues además de los limitados recursos materiales a su alcance, no posee los conocimientos especializados que sí posee el autor de la infracción. Los jueces, los fiscales o los agentes policiales, generalmente no comprenden los fenómenos económicos y el proceso penal tradicional no se adapta a los procesos cuyo objeto fundamental es de carácter económico.<sup>14</sup>

La internacionalización de la criminalidad económica es otro obstáculo en la investigación de estas acciones delictivas. Las diversas fases de los fraudes millonarios se realizan en distintos países,

ejecutor, incluyendo, sin dificultad, al autor mediato; también permite una mejor comprensión del coautor. Bustos Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal- Parte General" Ed. Ariel. España. 1989. p.284.

10. En muchas de las actividades que caracterizan la criminalidad económica, no existe abuso de confianza, tal como ocurre, por ejemplo, con los controles que ejercen las autoridades estatales para evitar las manipulaciones de precios y las distorsiones del mercado. Lo mismo puede decirse respecto a los fraudes que se realizan en perjuicio del Fisco. En estos casos el Estado desarrolla una política preventiva y unos controles en los que, por definición, se desconfía de las actividades realizadas por las empresas o los particulares. Kayser, Günther. "Criminal Justice". Ed. Espasa Calpe. España. 1978. p.22.

11. En investigaciones hechas en Alemania se ha podido verificar empíricamente la notable influencia que posee la procedencia social del acusado en las sentencias judiciales. Stein, Schuman y Winter demostraron una definida tendencia de los jueces a ser más severos en la aplicación de las leyes con los miembros de las clases sociales inferiores que con los que provienen de estratos altos. Fernández Albor, Agustín y Martínez Pérez, Carlos. Supra nota 2, p.41.

12. Al labelling approach también se le denomina criminología interaccionista o de la reacción social. Asume un criterio relativista del conocimiento. Es decir, que la realidad existe en la medida en que se la identifica y se la define. La realidad es una construcción social que se determina a través de las relaciones interpersonales y grupales. Para esta escuela no interesa tanto determinar por qué razón una persona se convierte en delincuente. Lo que interesa es saber quién define y cómo se define la delincuencia, así como el procedimiento mediante el que una persona se adquiere la condición de delincuente. La delincuencia

y el delito son una construcción social. (Becker y Luckman). Desde esta perspectiva, la criminalidad de los poderosos no es en realidad delito, porque no han sido criminalizados (criminalización primaria o secundaria), o si lo han sido, los autores no serían delincuentes en virtud de que no han sido "etiquetados" como tales. Este es el enfoque de una criminología que concentra su atención sobre los "procesos de criminalización". Aniyar de Castro, Lola. "El movimiento de la teoría criminológica y evaluación de su estado actual". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. España. T.XXVI-FAS.III. 1983. p.553.

13. La teoría del etiquetamiento o del "labelling approach" ha evidenciado muy claramente la distribución desigual del status de delincuente. La posibilidad de ser seleccionado como delincuente se concentra en los estratos sociales más bajos, por esta razón resulta muy difícil que en el proceso de criminalización primaria (creación de la norma) y en el de criminalización secundaria (persecución policial y judicial), se definan las acciones realizadas por la criminalidad económica como un hecho delictivo que amerite la intervención represiva del Estado. El aparato represivo estatal se concentra en la delincuencia convencional e ignora la criminalidad cometida al amparo del poder político y económico. "Son precisamente aquellos que crearon las normas los que con más comodidad se aprestan a infringirlas siempre que convenga a sus intereses. Es frecuente observar en los delincuentes de cuello blanco una duplicidad ética que les permite, por una parte, ser delincuentes y, por otra, aparecer como ciudadanos perfectamente integrados en la sociedad. De esta manera, estos delincuentes no llegan, aún cuando se encuentran sometidos a una sanción, aceptar el rol de delincuentes o desviados...". Mapelli Caffarena, Borja. "Destiación social y resocialización". Cuadernos de Política Criminal. España. N-23- 1984. p.375.

14. Ibid. p. 42.

tal como ocurre, por ejemplo, con la recepción de fondos privados para inversión. Esta situación plantea serias dificultades en la investigación; se requiere más tiempo para determinar las características y los elementos típicos del hecho criminal, así como una importante inversión de fondos públicos para poder localizar evidencias en otros países. La internacionalización facilita aún más el fraude, ya que al ciudadano común le resulta muy difícil evaluar las atractivas ofertas de una empresa que aparenta tener el sólido respaldo de un capital transnacional.

Los Tribunales o los representantes de la Fiscalía en la mayor parte de los sistemas judiciales centroamericanos, carecen de recursos humanos y materiales para desarrollar una eficiente investigación en los delitos económicos, pues no se cuenta con un personal auxiliar especializado y numeroso, que es lo que se requiere en estos casos. Si no se cuenta con este auxilio, el Fiscal no puede plantear su acusación o el juzgador no puede determinar la verdad sobre los hechos. Tampoco se ha planteado la posibilidad de crear jurisdiccionales especializadas en el conocimiento del delito económico, ocurriendo lo mismo respecto a los fiscales del Ministerio Público.<sup>15</sup> Esta especialización es indispensable, pues de lo contrario la ineficacia del sistema penal frente a la delincuencia económica seguirá siendo un hecho inevitable, como ha ocurrido hasta el momento. La investigación de estos casos reviste especial dificultad, pues los indicios y rastros del hecho delictivo, a diferencia de lo que ocurre con los delitos contra la integridad física, como el homicidio, no son evidentes. La aparente legitimidad de la acción fraudulenta plantea, desde el inicio de la investigación, serias dificultades.

#### IV. LOS GRAVES PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA DELINCUENCIA ECONOMICA.

##### a. Los daños económicos. Algunas cifras.

El perjuicio económico provocados por la delincuencia económica, *es cuantiosa*. En Alemania se ha considerado que el valor de los daños ocasionados por la delincuencia económica se puede estimar en unos diez mil o quince mil millones de marcos por año. Esta cifra permite afirmar que los daños ocasionados por la criminalidad económica superan la totalidad de los ocasionados por el resto de la delincuencia.<sup>16</sup> De igual forma, en 1965 en los Estados Unidos, el robo con allanamiento ocasionó per-

juicios económicos por valor de 284 millones de dólares, mientras que en ese mismo período la Comisión Presidencial, estimó que las ganancias provenientes del juego eran de siete mil millones de dólares, y sin embargo, la proporción de recursos estatales dedicados al combate del delito no convencional y del crimen organizado, siguen siendo escasos en los Estados Unidos<sup>17</sup> y con mayor razón en los países subdesarrollados. En este punto el sistema político asume una posición convenientemente contradictoria, ya que se pregona la necesidad de perseguir por igual la delincuencia convencional y la no convencional, pero a los órganos de persecución y a al poder judicial no se le brinda la independencia y los recursos materiales que requieren para poder desarrollar una acción eficaz frente a la delincuencia económica.

En un trabajo titulado "Wealth and Power in America", se determinó que en el año 1957 las omisiones en las declaraciones sobre ingresos ascendieron a \$ 27.700 millones de dólares; la mayor parte de esas economías ilícitas quedó en manos del 10% de la población más acaudalada. Esos ingresos evadidos, habrían representado noventa centavos de impuesto por cada dólar, lo que significa que de un ingreso de once mil millones, el Estado habría obtenido nueve mil millones de dólares, aproximadamente.<sup>18</sup>

En el año 1961, en el famoso caso denominado: equipos eléctricos pesados, la General Electric, mediante la violación de las normas que regulan el funcionamiento del mercado, obtuvo cincuenta millones de dólares en ganancias indebidas, lo que no constituye una práctica ilegítima excepcional, sino que son procedimientos a los que usualmente recurren las grandes empresas. Estas prácticas empresariales ilegítimas son usuales y cuidadosamente planificadas, por eso es posible considerar, sin pretender ser catastrofista, que tales actividades ilícitas

15. En Argentina se ha creado una Fiscalía que se encarga de investigar las acciones irregulares y fraudulentas realizadas por funcionarios públicos en perjuicio de la Administración. Ver Molinas, Fernando H. "Delitos de cuello blanco en la Argentina". Ed. Depalma. Argentina. 1989. p.59 y ss. También en Costa Rica el Ministerio Público ha designado fiscales que se encargan, exclusivamente, de la investigación y supervisión de los delitos económicos.

16. Bajo Fernández, Miguel. Supra nota 8, p.51

17. Pearce, Frank. "Los Crímenes de los Poderosos". Ed. Siglo XXI- México. 1980. p.106.

18. Ibid. p. 107.



constituyen, en su acepción más amplia, una manifestación del crimen organizado.<sup>19</sup> El perjuicio económico ocasionado por la criminalidad económica y por el crimen organizado, superan notablemente las pérdidas provenientes de todos los robos y hurtos cometidos por la pequeña y mediana delincuencia, sin embargo, la persecución del sistema penal<sup>20</sup> y la atención de la prensa se concentra, generalmente sobre la delincuencia convencional, ignorándose y minimizándose los efectos nocivos ocasionados por la criminalidad económica y en los casos excepcionales en que se impone una sanción, ésta es leve y poco significativa.

#### b. Perjuicios colaterales intangibles.

Los perjuicios inmateriales provocados por la delincuencia económica se determinan en la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, las deformaciones en el equilibrio de los mercados y la grave distorsión o eliminación de la competencia. Estos efectos no se pueden determinar de inmediato, sino que se producen a corto o mediano plazo. Sin duda alguna, quien se beneficia con las ganancias ilícitas provenientes de las maniobras fraudulentas con las que evade impuestos y otros controles estatales, obtiene una posición ventajosa respecto a otros agentes económicos o frente al mismo consumidor, lo que le podría permitir, dependiendo de la magnitud del fraude, alcanzar posiciones ventajosas en el mercado, eliminar la competencia e incluso lograr el control monopólico del mercado.<sup>21</sup> Otros perjuicios intangibles ocasionados por la delincuencia

económica, son: el efecto resaca o espiral,<sup>22</sup> la reacción en cadena<sup>23</sup> y finalmente el fortalecimiento y profundización de la corrupción en la Administración pública, pues en este tipo de delitos casi siempre se requiere la participación, por acción u omisión, de algún funcionario público. Dentro del efecto corruptor debe destacarse la financiación clandestina e ilegítima de los partidos políticos, ya que tanto el crimen organizado, como los narcotraficantes o las empresas que desarrollan una actividad sistemática de violación al ordenamiento jurídico económico, obtienen importantes "beneficios" al neutralizar la acción estatal mediante la financiación de las campañas políticas de los partidos mayoritarios. Esta financiación clandestina o ilegal, le asegura al "generoso contribuyente", una poderosa influencia política con la que neutraliza la acción estatal. En estos casos, la generosa contribución a la campaña política se "retribuye" con el "trato privilegiado" que el partido le brinda, desde el aparato de poder político, al delincuente económico que ha asegurado su inmunidad mediante una generosa contribución a la campaña.<sup>24</sup>

#### V. LA ETIOLOGÍA DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA. FACTORES INDIVIDUALES Y SOCIALES.

Es muy difícil establecer una explicación patológico-individual sobre el delincuente económico, tal como se pretendió, sin éxito<sup>25</sup>, a través del famoso Psicograma de Mergen, cuyo objetivo fundamental era identificar las características que defi-

19. Ibid. p.108-130. Las actividades ilegítimas o delictivas pueden constituir un comportamiento "normal" entre los sujetos o empresas que desarrollan una actividad económica, convirtiéndose en una especie de "crimen organizado", ya que la acción ilícita se planifica y se practica sin aprehensión alguna.
20. Estructuralmente, ni el sistema judicial, ni la policía, están diseñados para perseguir o investigar a los grupos que ostentan el poder político o económico. ver Sandoval Huertas, Emiro. "Sistema penal y Criminología Crítica". Ed.Temis. Colombia. 1985. p.72 y ss.
21. Bajo Fernández, Miguel. Supra nota 8, p.51
22. El efecto resaca o espiral consiste en lo siguiente: en un mercado de vigorosa competencia la deslealtad en la competencia se produce al agotarse las posibilidades legales que permiten mantener una lucha leal en el mercado. En estas circunstancias, quien primero delinque presiona a los otros para que éstos también realicen otros hechos delictivos similares, (efecto de

resaca). De esta forma, cada participante se transforma en el objeto de una nueva resaca. (efecto espiral). Este efecto contagioso se fortalece aún más porque el autor potencial es consciente del alto porcentaje de delitos económicos que no son descubiertos (escasa eficacia en la persecución y alta cifra negra) y de la intrascendencia de las penas que se imponen en estos delitos, lo que refleja, en gran medida, la imagen positiva y simpática que se proyecta del delincuente económico. Ibid.p.52.

23. El delito económico provoca una reacción en cadena, ya que multiplica el número de víctimas. Los perjuicios se transmiten de un sujeto a otro, ocasionando dificultades de pago, crisis y quiebras de las empresas, despido masivo de trabajadores, alza en el tipo de interés, etc, agravándose esta cadena de víctimas y perjuicios en los períodos de recesión económica.
24. Pearce, Frank. Supra nota 14, p.172-173
25. El método empleado en la investigación no es fiable, pues no brinda ninguna evidencia concreta sobre la realidad del análisis que dice haber efectuado. Por otra

nen la estructura síquica de este tipo de delincuente.<sup>26</sup>

Algunas teorías sociológicas explican mejor la delincuencia económica, pues se parte del principio de que el crimen es un hecho social normal, según lo estableció, con acierto, E. Durkheim.<sup>27</sup> La delincuencia económica difícilmente responde al esquema conceptual patológico que caracteriza la criminología tradicional.

Dentro de los enfoques sociológicos más importantes sobre la delincuencia económica, debe mencionarse la teoría de la asociación diferencial y la teoría de la anomia.

#### a. La asociación diferencial

La asociación diferencial fue propuesta por Sutherland en 1939,<sup>28</sup> como ya se mencionó, manteniéndose con modificaciones por Sutherland y Cressey en su obra titulada: Principios de Criminología. (1966). Se rechaza en esta teoría las explicaciones siquiátricas del comportamiento criminal, sin que tampoco se tome en cuenta la condición económica del infractor, lo que constituye una transformación conceptualmente significativa.

Este planteamiento se encuentra dentro de las

parte, sus conclusiones, así como la terminología empleada, es imprecisa y vaga. La variada tipología delictiva que caracteriza el delito económico impide trazar un perfil psicológico común del infractor. Bajo Fernández, Miguel. Supra nota 8, p. 55.

26. Según Mergen, el síntoma fundamental que caracteriza este sujeto es su avidez incontrolable de obtener un beneficio material. Esta no parece ser una característica exclusiva del delincuente económico, sino que es el valor predominante en la sociedad contemporánea. Se le atribuyen otras características, como el egocentrismo, narcisismo, audacia, inteligencia, peligrosidad, hipocresía y neurosis. La característica más importante es la peligrosidad, ya que el delincuente de cuello blanco presenta una vigorosa adaptación social y al mismo tiempo una definida capacidad criminal. Se quiebra de esta forma el concepto clásico de peligrosidad de la Escuela Positiva italiana.
27. Según establece Durkheim, el delito es normal porque una sociedad exenta del mismo es del todo imposible. Lo normal es que exista criminalidad, siempre y cuando ésta no alcance niveles muy elevados. En algunos casos, según Durkheim, las acciones desviadas pueden anticipar las transformaciones de la sociedad. ver *"Las reglas del método sociológico"*. Ed. Morata. España. 1978. p.84-85 y ss.
28. Las presiones que recibió Sutherland de su editor Dreyden y de la misma Universidad de Indiana, le hicieron introducir algunas modificaciones en su

teorías de las subculturas y parte del principio de que la delincuencia es el producto de un proceso de aprendizaje y de interacción.

Esta teoría se resume en nueve postulados:

- 1- La conducta criminal es aprendida.
- 2- La conducta criminal es aprendida en interacción con otras personas dentro de un proceso de comunicación.<sup>29</sup>
- 3- La parte principal del aprendizaje de la conducta criminal se produce mediante la interacción en grupos personales íntimos.
- 4- Cuando la conducta criminal se aprende, el aprendizaje requiere:
  - i- Técnicas para cometer el delito, que son algunas veces muy complicadas, algunas veces muy simples.
  - ii- La dirección específica de los motivos, impulsos, racionalizaciones y actitudes.
- 5- La dirección específica de los motivos e impulsos es aprendida de las definiciones de los códigos legales como favorables y desfavorables.
- 6- Una persona pasa al acto delictivo debido a un exceso de definiciones favorables a la

investigación. Por esta razón siempre insistió en la idea de que su trabajo no tenía ninguna motivación política, excluyendo también, los nombres de todas las corporaciones aludidas en su investigación como delincuentes y suprimiendo, de paso, tres historias en los analizaba casos específicos. Bergalli, Roberto. *"Criminalidad económico-social: Una digresión sobre la tipología del discurso jurídico-penal"*. A.D.P.C.P. Enero-abril, 1986. p.63.

29. Sobre este aspecto Sutherland cita el siguiente ejemplo: "...Mientras era estudiante en la escuela comercial, aprendí los principios de contabilidad. Una firma de contabilidad obtiene su trabajo de las firmas comerciales, y, dentro de ciertos límites, debe hacer los informes que esas firmas desean. La firma de contabilidad para la cual trabajo es respetada y no hay ninguna mejor en la ciudad. En mi primera asignación descubrí algunas irregularidades en los libros de la firma, que conduciría a cualquiera a poner en duda la política financiera de ésta. Cuando le enseñé mi informe al agente de nuestra firma, me dijo que eso no era mi cometido y por lo tanto, lo debía dejar fuera. Aunque sabía que la firma comercial era deshonesto, tenía que ocultar esta información. Una y otra vez he sido obligado a hacer lo mismo en otros casos. Me disgustaban tanto estos casos que desearía poder dejar la profesión. Pero supongo que debo continuar ya que es la única ocupación en que estoy preparado...". Sutherland, Edwin. *"El delito de cuello blanco"*-traducción de Rosa del Olmo. Ed. Biblioteca Central de Venezuela. Venezuela. 1969. p.183.

violación de la ley sobre las definiciones desfavorables a la violación de la ley.

- 7-Las asociaciones diferenciales pueden variar en frecuencia, duración, prioridad e intensidad.
- 8-El proceso de aprendizaje de la conducta criminal por asociación con patrones criminales y anti-criminales comprende todos los mecanismos que están involucrados en cualquier otro proceso de aprendizaje.
- 9-Aunque el comportamiento criminal es la expresión de un conjunto de necesidades y valores, no se explica por tales necesidades y valores, puesto que el comportamiento no criminal es también expresión de las mismas necesidades y valores.

Según esta teoría, la conducta criminal es la culminación de un proceso de aprendizaje en el que no se detectan necesidades y motivaciones diferentes al aprendizaje de una conducta respetuosa de la ley.

Los valores fundamentales en nuestras sociedades son el consumo y el enriquecimiento y el aprendizaje que se recibe pretende proporcionar los instrumentos para alcanzar esos valores. Se aprende el comportamiento criminal mediante la interacción personal en medio de grupos en los que prevalecen las interpretaciones favorables a la violación de la ley.

La tesis de Sutherland requiere un enfoque transnacional en virtud de la internacionalización del capital.

Variadas críticas se le han hecho a esta teoría,<sup>30</sup> sin embargo, una de las más graves limitaciones de esta teoría consiste en el hecho de que no toma en cuenta la influencia decisiva que tienen,

para el ser humano, las elecciones racionales con las que define sus propósitos y proyectos, de manera que bien puede elegir entre diversos modelos de comportamiento. El peligro de esta teoría es que bien puede sustituir el determinismo biológico por un determinismo social. Desde esta perspectiva la acción individual, el acto desviado como simple expresión de una personalidad rebelde, no encuentra respuesta dentro de esta teoría<sup>31</sup>; predomina el concepto de que es la estructura organizativa de la asociación diferencial, con su capacidad de transmitir valores antagónicos, la que se convierte en el centro del análisis del fenómeno criminal. Es importante destacar, en todo caso, que la teoría es útil en la explicación de las nuevas formas criminales que surgen con el gansterismo norteamericano de las décadas de los veinte y treinta.<sup>32</sup>

#### b. La teoría de la anomia.

El término "anomia" se refiere a ciertos estados de vacío o carencia de normas en una sociedad, que provoca, entre otras consecuencias, la conducta desviada de algunos de sus miembros. Esta situación de crisis guarda estrecha relación con la estructura, organización y el grado de desarrollo social.<sup>33</sup>

Durkheim es el primero que desarrolla, desde un punto de vista criminológico, la teoría de la anomia, replanteando posteriormente su contenido, el sociólogo norteamericano Robert Merton.

Merton parte de la misma idea propuesta por Durkheim en el sentido de que el delito es un fenómeno social normal, aportando a esta teoría un concepto fundamental: *La ruptura entre fines sociales y medios para alcanzarlos.*<sup>34</sup> La conducta delictiva refleja la discrepancia entre las expectativas<sup>35</sup> culturalmente preexistentes y los medios determinados por

30. Sutherland plantea la acción de dos clases de culturas que actúan sobre el individuo y éste se adhiere más a una que a otra, sin embargo, este enfoque reproduce, indirectamente, las mismas debilidades que se hacen a la teoría del conflicto cultural. Por otra parte, debe destacarse que el concepto de cultura es vago e impreciso. López-Rey y Arrojo. Manuel. "Criminología". Ed. Jurídica Aguilar. España. 1975. p.155. También se le critica su déficit empírico y un excesivo nivel de abstracción. García-Pablos de Molina, Antonio. Supra nota 3, p.560.

31. Cressey, discípulo y colaborador de Sutherland, reconoce que la asociación diferencial no explica por qué una persona expuesta a la influencia de patrones criminales, los asume, mientras que otra, en condiciones idénticas, los rechaza. Tampoco es correcto presumir que todo comportamiento criminal responde

a un aprendizaje de patrones racionales y sistemáticos de conducta; no puede ignorarse que muchos crímenes absurdos expresan el aislamiento y el anonimato de su autor. García-Pablos de Molina, Antonio. Ibid. p.560.

32. Pavarini, Massimo. "Control y Dominación". Ed. Siglo XXI. México- 1983 p.123-124.

33. García-Pablos de Molina, Antonio. Supra nota 3, p.510.

34. Merton propone su teoría en 1938 en un trabajo titulado "Estructura social y anomia: revisión y ampliación", que se publicó en el American Sociological Review-3, páginas 672 a 682. García-Pablos. Antonio Supra nota 3, p.515.

35. Según lo expone muy claramente Merton, su hipótesis central es "...que la conducta anómala puede considerarse desde el punto de vista sociológico como

la estructura social para satisfacer tales expectativas. Merton introduce muy claramente la variable estructural<sup>36</sup> al proponer una teoría general del comportamiento desviado, señalando que su primer propósito "...es descubrir cómo algunas estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas de la sociedad para que sigan una conducta inconformista y no una conducta conformista...".<sup>37</sup> El comportamiento desviado, como expresión de una conducta inconformista, tiene, según Merton, causas sociales y culturales, ya que, como se expuso, tal conducta se origina en la discrepancia entre las aspiraciones culturalmente determinadas y los medios socialmente aceptados para obtenerlas. La estructura social le facilita a los grupos dominantes la obtención de los valores culturales, pero se lo hace difícil o imposible de alcanzar a los demás. La estructura social actúa como una barrera o como una puerta abierta para la acción impuesta por los mandatos culturales. Si no existe una adecuada integración entre la estructura cultural y la estructura social exigiendo la primera una conducta y unas actividades que la segunda impide, surge una definida tendencia que va desde el quebrantamiento de las normas hasta su abolición. Así, la estructura cultural convierte la acumulación de riqueza material en un valor su-

premo para todos los ciudadanos, mientras que la estructura social restringe a ciertos grupos sociales el acceso efectivo a los procedimientos legítimos que permitirían lograr tal meta. Esta es la situación que Merton define como uno de los procesos favorables al estado social de anomia.

La presión de la estructura social sobre el individuo propicia cinco "tipos de adaptación" y que Merton denomina de la siguiente forma: 1-Conformismo;<sup>38</sup> 2-Innovación; 3-Ritualismo;<sup>39</sup> 4-Re-trainamiento;<sup>40</sup> 5-Rebelión. Todos estos tipos de adaptación, excepto el primero, representan modalidades de conductas "desviadas" aunque no necesariamente "criminales".<sup>41</sup> Al asumir una actitud innovadora, el sujeto conserva las metas culturales, pero rechaza los medios institucionales para lograrlas. Esta adaptación la asumen las personas de estratos sociales altos y bajos, manifestándose, de igual forma, en la delincuencia de "cuello blanco". El delincuente económico casi siempre presenta las características que definen la reacción innovadora, aunque si se trata de una sofisticada defraudación en las altas finanzas, no será fácil determinar que lo que parece un "negocio genial", en realidad es un procedimiento ilegítimo y socialmente reprochable. También este planteamiento es aplicable a la delin-

un síntoma de disociación entre las aspiraciones culturalmente prescritas y los caminos socialmente estructurales para llegar a dichas aspiraciones...". Merton, Robert. *"Teoría y Estructura Sociales"* Ed.Fondo de Cultura Económica. México. 1970. p.143.

36. La estructura social la define como el contexto organizado de relaciones sociales en el cual los miembros de la sociedad o grupo se encuentran vinculados diversamente. Respecto a la estructura cultural, la define como el contexto organizado de valores normativos que gobiernan el comportamiento de los miembros de una determinada sociedad y grupo. Merton, Robert. *"Sozialstruktur und Anomie"*, en: F.Sack, R.König (ed). *Kriminalsoziologie, Frankfurt a/M.* p.162. cfr. en Bergalli, Roberto. *"La recaída en el delito: Modos de reaccionar contra ella"*. Ed.Sertesa. España. 1980. p.195.
37. Merton, Robert. Supra nota 35, p.140-141.
38. Es la actitud de quien se conforma con las metas culturales y los medios institucionalizados. Representan la adaptación que adopta la mayoría, si no fuese así, la sociedad no podría conservar su estabilidad y continuidad. Ver Merton, Robert. Supra nota 35, p.150. Difícilmente coincide con una conducta desviada.
39. El tipo ritualista se reconoce fácilmente. Implica el abandono o la reducción de los altos objetivos culturales del enriquecimiento y de la movilidad social en la medida en que uno pueda satisfacer sus

aspiraciones. Este rechazo o reducción de los objetivos culturales se acompaña de un respeto casi compulsivo de las normas institucionales. Ibid. p.159. Según dice Bergalli, esta adaptación ritualista se refleja muy bien en la clase media argentina, "...la cual, reduciendo continuamente el nivel de aspiraciones, podía llegar a compensar la ansiedad que generaban los afanes de la lucha competitiva en busca del "status" que sólo el suceso procuraba. Hoy, los resultados están a la vista. La adaptación ritualista provocó un sometimiento paulatino y con la irrupción ilegítima de un liderazgo conformado por grupos minoritarios, en la sociedad argentina se está consumando la desaparición de amplios sectores de esa clase media...". Bergalli, Roberto. Supra nota 36, p.197.

40. Es la adaptación menos frecuente, así como la más frecuente es la conformidad. Rechazan las metas culturales y los medios institucionales. Los individuos que se "maladaptan" de esta manera, en realidad están en la sociedad pero no son de ella. A esta categoría pertenecen los sicóticos, los egotistas, los parias, los proscritos, los errabundos, los vagabundos, los vagos y los drogadictos. Este abandono de la búsqueda del éxito, puede desencadenar la persecución de estos disidentes, ya que difícilmente la sociedad admite que algunos de sus miembros renuncien al "éxito económico" o que no luchan por conseguirlo. Merton, Robert. Supra nota 35, p.162-163
41. Merton, Robert. Supra nota 35, p.184 y ss.

cuencia común, pues cuando existe poca movilidad social y los valores predominantes son el éxito económico y el ascenso social, la conducta desviada se convierte en una "reacción normal" de las clases subalternas.<sup>42</sup> También el comportamiento desviado o delictivo se podría manifestar a través de la rebelión. En este caso son comportamientos en los que no sólo se rechazan los fines culturales, sino que también se rechazan los medios institucionalizados para obtenerlos, proponiéndose, en último término, un cambio total. El revolucionario es el ejemplo que mejor sintetiza las características que definen la rebeldía. La delincuencia de cuello blanco casi siempre presenta las características que definen la adaptación innovadora, ya que la "rebelión" supone una ruptura que difícilmente asume la criminalidad económica. Es en los niveles económicos superiores en donde puede apreciarse la presión hacia la innovación, que en muchas ocasiones parece borrar "...la diferencia entre esfuerzos a manera de negocios del lado de acá de las costumbres y prácticas violentas más allá de las costumbres. Como observó Veblen, -...no es fácil en ningún caso dado-en realidad, es imposible a veces hasta que no han hablado los tribunales-; decir, si es un caso encomiable del arte de vender o si es un delito punible.- La historia de las grandes fortunas norteamericanas está llena de tendencia hacia innovaciones institucionalmente dudosas, como lo atestiguan los numerosos tributos pagados a los Magnates del Robo. La repugnante admiración expresada con frecuencia en privado, y no rara vez en público, a esos *-sagaces, vivos y prósperos individuos, es producto de una estructura cultural en la que el fin sacrosanto justifica de hecho los medios-...*".<sup>43</sup> En un sistema social en el que el valor cultural dominante es el éxito económico, la presión estructural es intensa hacia la conducta desviada, ya que los medios legítimos para lograr tal enriquecimiento, están limitados por una estructura de clases que no le brinda, en todos los niveles, iguales oportunidades a los individuos capaces. La presión dominante se orienta hacia la utilización creciente de los procedimientos ilegítimos, ya que los legítimos resultan, generalmente, ineficaces.<sup>44</sup> La actitud innovadora y los procedimientos legítimos limitados para lograr el enriquecimiento, constituyen las características más sobresalientes del delito de cuello blanco dentro de la teoría de la anomia planteada por Merton. A esta teoría se le han hecho diversas críticas,<sup>45</sup> señalando, especialmente, que la desviación innovadora de las clases más desfavorecidas, no puede tener la misma función explicativa respecto a la criminalidad de cuello

blanco. Es decir, que cuando se trata de personas pertenecientes a los grupos económicamente más poderosos, tal como ocurre con la criminalidad económica, difícilmente puede admitirse que sean sujetos que no tengan fácil acceso a los medios legítimos para obtener el éxito económico. En este punto el planteamiento de Merton se resquebraja, sin que identificara el nexo funcional objetivo de la criminalidad de cuello blanco y la gran criminalidad organizada, dentro de la estructura del proceso de producción y del proceso de circulación del capital; es decir, que existe, según se ha puesto en evidencia en diversas investigaciones sobre la gran criminalidad organizada, una relación funcional objetiva en la sociedad capitalista, entre los procesos legales y los procesos ilegales de acumulación. Por ejemplo, una parte del sistema productivo legal obtiene importantes beneficios de las actividades delictivas de gran estilo. Este vínculo estructural entre la delincuencia dorada y el sistema político económico, no permite considerar a la primera como un mero problema de socialización y de interiorización de normas, como lo sugiere Merton.<sup>46</sup>

### c. La delincuencia económica y el sistema capitalista.

A pesar de que existen vínculos innegables entre la delincuencia económica y el sistema capitalista, no es posible, científicamente, considerar que la criminalidad económica es un comportamiento exclusivo de las sociedades occidentales. También en los sistemas socialistas existe una criminalidad económica específica, cuya impunidad se garantiza

42. García-Pablos y Molina, Antonio. Supra nota 3, 518-519.

43. Merton Robert, Supra nota 35, p.150-151.

44. Ibid.p.154-155

45. Se le señala, entre otras, la relatividad del concepto de sociedad competitiva que asume; la ingenua fe en las reglas de juego; es una teoría de alcance medio, ya que es un modelo teórico que sólo le puede dar fundamento a algunas investigaciones empíricas y de cierto tipo, que estarían referidas a la criminalidad contra la propiedad cometida por las clases subalternas en una sociedad como la norteamericana; significa una absolutización de la ideología de la clase media. Pavarini, Massimo. Supra nota 32, p.112 ss. Ver también Bergalli, Roberto. Supra nota 36, p.201, quien se refiere a las críticas planteadas por Cohen y Lemert.

46. Baratta, Alessandro. *"Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal"*. Ed. Siglo XXI- México. 1986. p.64-65.

mediante el abuso de poder y la corrupción.<sup>47</sup> Así como en occidente la delincuencia económica se caracteriza por los acuerdos monopolísticos, la competencia ilícita, el espionaje industrial y los delitos societarios, en los países socialistas, esta criminalidad se expresa en la corrupción administrativa,<sup>48</sup> las falsedades económicas, el mercado negro y la lesión de los planes económicos o las normas de producción.<sup>49</sup>

## VI. NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD. EL DELITO INFORMÁTICO

Según investigaciones hechas por el Instituto de Criminología de la Universidad de Friburgo (Freiburg), la criminalidad informática constituye una grave amenaza que potencia los graves perjuicios económicos y sociales ocasionados por la actividad delictiva.<sup>50</sup> En esta investigación se determinó el amplio desconocimiento de los

usuarios de computadores (banqueros, industriales, comerciantes, administradores, etc) respecto al peligro que les amenaza ante el posible comportamiento fraudulento o defraudatorio de los expertos en computación.<sup>51</sup> El delito informático presenta dos modalidades fundamentales: en primer término, la acumulación, archivo, asociación y divulgación de los datos obtenidos mediante la informática, permite a los funcionarios públicos y a los particulares, una abusiva intromisión en la esfera privada de los ciudadanos; en segundo término, también puede convertirse en un eficaz instrumento con el que se facilitan los fraudes masivos que caracterizan la criminalidad económica.<sup>52</sup> Las acciones fraudulentas en las que se utiliza la informática se expresan mediante las manipulaciones en el "input"<sup>53</sup> o el "output", la instalación de datos que distorsionan el funcionamiento del sistema,<sup>54</sup> el espionaje con fines

47. Kaiser, Supra nota 10, p.227-228. El sistema comunista no ha erradicado los conflictos entre el propio interés y el bienestar general, especialmente en los delitos económicos, como tampoco ha vencido la resistencia contra la homogeneidad ideológica. López-Rey y Arrojo, Manuel. Supra nota 30, p.91.

49. Según lo describe Zemtsov, en Azerbaiján la milicia no investigaba muchos delitos, ya que, por ejemplo, en el 62% de los casos se le entregaba algún "reconocimiento económico" a las autoridades por su inactividad. La corrupción en Azerbaiján era una "tradición" tan arraigada que había dejado de causar conmoción. Zemtsov, Iliá. "La corrupción en la Unión Soviética". Ed. Plaza & Janés, S.A. España. 1977, p.160

50. Dentro de la criminalidad mediante computadoras debe incluirse todos los comportamientos antijurídicos según la ley penal vigente o socialmente perjudiciales (que habría que penalizar en un futuro), que se ejecutan mediante la utilización de un equipo automático de procesamiento de datos. Tiedemann, Klaus. "Criminalidad mediante computadoras", publicado en la obra titulada: "La droga en la sociedad actual", publicado por C.A.P. Guipuzcoa-España. p.321-322.

51. El sistema bancario ofrece innumerables posibilidades de acción a la criminalidad mediante computadoras. Los riesgos aumentan notablemente en este aspecto cuando se utilizan sistemas de transferencias sin comprobantes; de igual forma, el riesgo crece al centralizar y trasladar los equipos de contabilidad al extranjero. Ibid. p.322

52. Tiedemann, Klaus. Supra nota 50, p.322.

53. "Como ejemplo de manipulación en el "input" se puede mencionar el primer caso que, en Alemania Federal, llegó a conocimiento judicial. Su autor trabajaba como empleado técnico en la "Sección de Asignaciones Familiares" de una "oficina de trabajo" en

el Estado Federado de Baviera. Tras falsificar las iniciales de otro empleado técnico, transfirió ilegalmente asignaciones familiares por hijo, por un monto entre 5.000 y 10.000 marcos alemanes, a diversas cuentas bancarias suyas o de miembros de su familia. La computadora efectuó las transferencias de acuerdo con sus instrucciones. En un período aproximado de diez meses, realizó veintinueve manipulaciones de este tipo, mediante las cuales él y sus abuelos- de más de ochenta años- se beneficiaron con más de 250.000 marcos. En 1973 fue condenado a pena privativa de libertad de tres años por abuso de confianza continuado, falsificación de documentos y falsificación en el ejercicio de un cargo público. Las manipulaciones fueron descubiertas por casualidad: el director del banco en el cual el autor de hecho tenía sus cuentas, conía regularmente con el superior jerárquico del implicado y en alguna oportunidad le mencionó la posibilidad de enriquecerse por el hecho de tener numerosos hijos." Tiedemann, Klaus, Supra nota 50, p.323.

54. La manipulación en el programa puede realizarla un sujeto que lo conozca y sirviéndose del mismo, tal como ocurrió en el sur de Alemania, introducir datos falsos sobre personas ficticias, logrando de esta forma que las sumas giradas a esas personas inexistentes se depositaran finalmente en una cuenta personal. Para evitar que esta manipulación fuese detectada, su autor modificó el programa de pagos de salarios con el fin de respecto al pago a las personas ficticias no se emitieran formularios ni que constaran en las listas de control. Mediante otra manipulación en el programa que emitía los resúmenes contables y los balances de la empresa, logró que las sumas escamoteadas fuesen finalmente deducidos del impuesto de salarios que se debía al Gobierno y de este modo no era posible detectar, contablemente, el faltante. Este caso se descubrió, por casualidad, logrando el autor un beneficio económico de 193.000 marcos. El autor de estos hechos fue

económicos<sup>55</sup> o políticos,<sup>56</sup> así como la utilización fraudulenta de datos acumulados en los sistemas computadorizados. La especial peligrosidad de estos delitos es evidente en la sociedad moderna,<sup>57</sup> ya que la criminalidad la utilización de las computadoras presenta características que dificultan mucho la investigación de estos delitos; a diferencia de lo que ocurre con los delitos patrimoniales clásicos, en el delito informático, la acción y el efecto se realizan por separado, lo que plantea serios problemas en su investigación. Por otra parte, son delitos en los que si se obtiene éxito en la primera maniobra, su ejecución se vuelve continua y su descubrimiento generalmente es casual. Respecto a estas acciones fraudulentas, los controles posteriores pierden sentido, pues resultan, en la práctica, de difícil aplicación, al requerir un elevado número de procesos que hacen perder el efecto racionalizador que se obtiene con el empleo de los sistemas computadorizados.<sup>58</sup>

## VII. EL DELITO INFORMÁTICO Y LA REFORMA DE ALGUNOS TIPOS PENALES

### a. Hurto de tiempo:

La utilización indebida de instalaciones de

cómputo, especialmente la sustracción del "tiempo de la máquina", podría subsumirse en el tipo penal que prevé el hurto, tal como ocurre en Costa Rica, cuyo artículo 208 lo define como: *el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble*. El apoderamiento, como verbo rector del tipo, no exige, necesariamente, un comportamiento humano sobre un bien absolutamente tangible, por esta razón, el hurto del "tiempo de la máquina" podría calificarse como un hurto, según lo prevé el artículo 208 del Código Penal costarricense. También podría catalogarse como hurto el apoderamiento, mediante la audición o la simple lectura, de datos que se encuentran en la pantalla o que se reproducen sin autorización. Situación similar ocurre respecto al objeto material, es decir, que la información, el fluido, sí constituye una "cosa mueble ajena". Así lo ha interpretado la Corte de Casación francesa, al establecer que en el hurto no es necesario distinguir entre cosas tangibles e intangibles, extendiendo este concepto a bienes como el agua, la electricidad, etc. (fallo del 3 de agosto de 1912)<sup>59</sup> En todo caso, aunque bien podría admitirse que el hurto de tiempo en la computadora es una conducta subsumible en el tipo penal del hurto, según lo previsto por el artículo 208 del Código Penal, sin embargo, esta interpretación es polémica, por esta razón es conveniente introducir

condenado a una pena privativa de libertad de dos años de prisión por defraudación y abuso de confianza. Mediante las manipulaciones en los sistemas computadorizados, se pueden ocultar pérdidas y mantener aparentemente bajos el volumen general de operaciones, tal como ocurrió en Alemania con el caso del banco privado "Herstatt", en el que mediante una hábil manipulación del programa, se evitó que los registros computadorizados consignaran una importante operación de divisas. Tiedemann, Klaus. Supra notas 50. p.323.

55. Se han dado casos en el que el autor es responsable del hurto de "software", ya que por tratarse de un empleado sin relación de dependencia con una empresa de cobranzas, "...había desarrollado en dicha firma y en colaboración con otros empleados, un complicado sistema de programación en el cual se incluyó también un archivo de datos elaborado por la empresa luego de largos años de esfuerzos y único en la República Federal de Alemania. Para poder realizar el trabajo de programación, el empleado tenía acceso libre al centro de cómputos de la empresa, especialmente durante los fines de semana. A fines de 1979 se descubrió por casualidad,..." a raíz del control ordenado por el nuevo jefe del centro de cómputo, que el empleado en mención había copiado, suprepticamente, los segmentos más importantes del programa, así como los archivos de la empresa. Posteriormente, el sujeto citado, fundó una empresa que ofrecía servicios

diversos para las computadoras, utilizando, casualmente, toda la información que había obtenido fraudulentamente, como ya se mencionó. Tiedemann, Klaus. Supra nota 50, p.325.

56. El espionaje puede también tener una finalidad política, tal como se evidenció en un proceso que se realizó en Alemania Federal en la década de los setentas. Se determinó la existencia de una red de espionaje mediante computadoras por parte de la República Democrática Alemana. El plan pretendía darle una formación básica en computación a los futuros agentes, perfeccionándose posteriormente en la industria procesadora de datos de la República Federal Alemana. Tiedemann, Klaus. Ibid.
57. Tiedemann, Klaus. "La criminalidad económica como objeto de investigación". Cuadernos de Política criminal. N-19 1983- España. p.173.
58. Tiedemann, Klaus. Supra nota 50, p.324
59. Cancino Moreno, Antonino José. "Es necesario crear en el código penal un capítulo para los denominados delitos informáticos". Rev. de Abogados Penalistas del Valle. Colombia. Vol. XI. N-19. p.114. Rodríguez Devesa, aunque no considera determinante el concepto de cosa del derecho privado, sí considera que sólo pueden incluirse en el hurto los bienes que puedan "tomarse", excluyendo de tal concepto las cosas incorpóreas. Se

una reforma que contemple, específicamente, el hurto de tiempo.<sup>60</sup>

#### b. Estafa informática.

La estafa siempre supone una maniobra con la que se pretende engañar a una persona. Pero en los casos en que la acción fraudulenta no incide sobre la voluntad de ningún sujeto, es decir, que no se ocasionó el engaño a ninguna persona, resulta inaplicable la fórmula clásica de la estafa. Es una conducta atípica que requeriría un tipo penal específico como el que se prevé en el apartado segundo del artículo 248 del proyecto de código penal español (1992): "**También cometen estafa los que, con ánimo de lucro, realizaren una manipulación informática que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos, y así ocasionaren un perjuicio a otro.**"<sup>61</sup> Se resumen en esta fórmula todos los elementos que caracterizan la estafa informática. c-Falsedad documental.

Los datos y programas de las computadoras difícilmente pueden catalogarse como un documento, pues los datos acumulados en el computador no son reconocibles visualmente; por otra parte, la falsedad documental exige, en todo caso, que el documento sea la expresión tangible y probatoria de un pensamiento humano, lo que no ocurre con los datos acumulados en el computador. Este problema se trató de resolver en el derecho alemán mediante la introducción de una figura delictiva específica a la que se denominó: **falsificación de reproducciones técnicas.** (art.268). El texto de la norma citada, es el siguiente:

- 1) El que para engañar en el tráfico jurídico:
  - 1.Haga una marca técnica falsa o adultere una marca técnica, o 2.use una marca técnica falsa o adulterada, será penado con una pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa.
- 2) Marca técnica es una graficación de datos, valores de medida o cuenta, estados o cursos de acontecimientos, que se efectúa con un instrumento técnico total o parcialmente automático, destinada a permitir el reconocimiento del objeto de la marca al común o a entendidos y a probar una circunstancia fáctica de relevancia jurídica, sea que la determinación esté dada en la fabricación o posteriormente.
- 3) A la colocación de una marca técnica falsa equivale que el autor influya en el resulta-

do de la marcación mediante ingerencia perturbadora del proceso de marcación.

4) La tentativa es punible.

5) El artículo 267, párrafo tercero, es de aplicación.<sup>62</sup>

A pesar de la amplitud de este tipo penal, la corriente mayoritaria en la doctrina alemana considera que las modificaciones efectuadas en el programa de una computadora no constituyen, por sí mismas, grabaciones técnicas. Debe admitirse, también, que las manipulaciones que afectan el "input", el autor realmente no modifica "...el resultado de la grabación mediante interferencias perjudiciales sobre el proceso de grabación...", como lo requiere el artículo 268 del código alemán.<sup>63</sup>

El código penal colombiano prevé una norma que quizás resuelva este problema. Se trata de una disposición muy amplia en la que para efectos de falsedad se asimila como documento, "...siempre que puedan servir de prueba, las expresiones de persona conocida o conocible recogidas por cualquier medio mecánico, los planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, radiográficas, fonópticas, archivos electromagnéticos y registro técnico impreso...". Con esta definición se incluye como objeto material de falsedad, las informaciones y registros magnéticos.<sup>64</sup>

### VIII. LA ESTAFA DE SUBVENCIÓN

Las manipulaciones millonarias de las sub-

---

requiere la corporeidad, aunque es indiferente el estado físico de la materia.(gaseoso, sólido o líquido.). Ver Rodríguez Devesa, José María. "*Derecho Penal Español*". Parte especial. Artes Gráficas Carasa. España. 1983. p.394.

60. En el caso de Costa Rica, el problema se puede complicar si se aplica el tipo penal del hurto, ya que al establecer éste un límite cuantitativo al valor de la cosa hurtada, se suscitarán muchos problemas al determinar el valor que tiene la información sustraída.
61. Si se introduce la estafa informática, se resolverían muchos de los problemas que surgen con el abuso de las tarjetas para "cajeros automáticos" o "bancoautomatas".
62. Se refiere a la siguiente disposición: En casos especialmente graves la pena privativa de libertad no es inferior a un año.
63. Tiedemann, Klaus. Supra nota 50, p.329.
64. Cancino Moreno, Antonio José. Supra nota 59, p. 117.



venciones económicas estatales, es otro procedimiento fraudulento que en muchas ocasiones resulta atípico, en virtud de las omisiones y limitaciones de los elementos que caracterizan la estafa clásica. La estafa de subvenciones requiere un tipo delictivo específico, como lo prevé el código penal alemán. Las defraudaciones se realizan tanto con las subvenciones económicas, como con las subvenciones sociales. Las acciones fraudulentas respecto a estas prestaciones estatales alcanzan tal magnitud, que en algunos casos provocan la supresión radical de la ayuda estatal. En este aspecto, es importante mencionar la investigación hecha sobre la criminalidad en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, en la que se estableció que más de la mitad del total de los pagos por subvenciones destinadas a la adquisición de chatarra provenía de solicitudes fraudulentas, determinándose, además, que un tercio de las importaciones de chatarra, no habían existido. Por esta razón el caso se denominó como la "chatarra de aire". Este tipo de actos lo tipifica el artículo 264 del código alemán y se le denomina **ESTAFA DE SUBVENCIONES**.<sup>65</sup> Las subvenciones estatales provocan una criminalidad que obtiene ganancias ilícitas millonarias, tal como puede

ocurrir, por ejemplo: con las subvenciones de exportación para posibilitar la venta de los saldos internos en el mercado mundial a precios de éste, los premios de desnaturalización, reembolsos de producción, pagos compensatorios de transporte y otras medidas de apoyo financiero, que no sólo promueven negocios económicamente irracionales, sino que el mismo tiempo provocan un enriquecimiento ilícito impresionante. Similares peligros se enfrentan cuando el Estado ignora las fuerzas del mercado y fija unilateralmente los precios de algunos bienes. En estos casos el que se beneficia con la comisión recibe un importante estímulo para presentar cuentas incorrectas o fraudulentas.<sup>66</sup>

#### IX. LAS SANCIONES APLICABLES A LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA.

El delincuente económico no es un marginado, tal como ocurre con el delincuente común. Más bien pertenece a los sectores dominantes de la sociedad, por esta razón las sanciones que se le podrían imponer no cumplirían los mismos objetivos político-criminales asignados a la pena impuesta al

65. La estafa de subvenciones la define el artículo 264 del código penal alemán, en los siguientes términos:

1) Será penado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa, quien:

1-a una autoridad competente para el otorgamiento de subvención o a otro ente o persona conectado al procedimiento de subvención (otorgante de subvención), dé datos falsos o incompletos, para sí o para otro acerca de hechos relevantes para la subvención, que sean beneficiosos para sí o para el otro.

2-En contra de prescripciones sobre la dación de subvenciones, deje al otorgante en el desconocimiento de hechos relevantes para la subvención, o

3-use en un proceso de subvención un certificado obtenido mediante datos incorrectos o incompletos sobre la justificación de una subvención o sobre hechos relevantes para ella.

2)En casos especialmente graves, la pena es de privación de libertad de seis meses hasta diez años. Hay por regla un caso especialmente grave si el autor:

1-por grosero interés personal o con documentos falsificados o imitados, ha obtenido para sí o para otro una subvención no justificada de gran cuantía.

2-ha abusado de sus funciones o de su posición como funcionario, o

3-se aprovechó de la complicidad de un funcionario que abusó de sus funcionarios o de su posición.

3)Quien haya actuado negligentemente en los casos del párrafo 1 ó 2, será penado con pena privativa de libertad hasta tres años o con multa.

4)No será penado conforme a los párrafos primero y tercero quien voluntariamente impida que la subvención

sea otorgada en razón del hecho. No siendo otorgada la subvención sin intervención del autor, quedará exento de pena si se ha esforzado voluntaria y seriamente por impedir el otorgamiento de la subvención.

5) Junto a una pena privativa de libertad de como mínimo un año por un hecho penal conforme a los párrafos primero y segundo, el tribunal puede privar de la capacidad para ocupar cargos públicos y de obtener derechos de elecciones públicas (45, párrafo segundo). Los objetos que se relacionan con el hecho pueden ser confiscados; el 74-a es de aplicación.

6) Subvención es, en el sentido de este precepto, una prestación por medio público conforme al derecho federal o estadual, o conforme al derecho de la Comunidad Europea, a establecimientos o empresas que, al menos parcialmente,

1-se le otorgue sin contraprestación comercial, y  
2-deba servir a los requerimientos de la economía Establecimiento o empresa en el sentido del período 1 es también la empresa pública.

7-Relevantes para la subvención en el sentido del párrafo primero son los hechos

1-que por una ley o en razón de una ley son señalados por el otorgante de la subvención como de relevancia para la misma, o

2-de los que depende legalmente el otorgamiento, la concesión, la reclamación, la prórroga de la concesión o la permanencia de una subvención o de una ventaja subvencional.

66. Tiedemann, Klaus. Supra nota 51, p.175.

delincuente convencional. Reaccionar frente a ambos con los mismos criterios, sería ilógico e inconsecuente, ya que la sociedad adopta actitudes totalmente diferentes frente a uno y otro tipo de delincuente.<sup>67</sup> Los delincuentes económicos no requieren resocialización, sino que el objetivo primordial de la pena frente a estos infractores es la intimidación. En este caso es aplicable el efecto "shock" de la pena de corta duración. En cuanto a la criminalidad económica, la pena de corta duración, es eficaz, ya que su efecto preventivo-especial es exitoso frente a los autores provenientes de los niveles sociales más altos.<sup>68</sup> También pueden ser eficaces otro tipo de sanciones como: la amenaza de publicidad del proceso, en el que evidentemente se aprovechan las secuelas negativas de la estigmatización ocasionada por la acción represiva estatal; el

cierre de la empresa; la inhabilitación profesional, que implica, según sea el caso, la prohibición temporal para cumplir funciones como gerente de una sociedad a la persona condenada por un delito concursal. Respecto a las subvenciones estatales, se puede imponer la inhabilitación temporal para solicitar subvenciones o para tomar parte en concursos. En el caso de la empresa condenada por un delito contra la competencia, se le podrían imponer limitaciones temporales en su propaganda.<sup>69</sup> Todas estas sanciones tienen un claro objetivo "contramotivador" y disuasorio, que bien podrían aplicarse indistintamente a personas físicas y jurídicas. Estas sanciones pueden resultar más eficaces, dependiendo del tipo de infracción, que la pena individual, sea corta o larga.<sup>70</sup>

---

67. Quintero Olivares, Gonzalo. "Economía y otros instrumentos represivos". publicado en PAPERS. Rev.de Sociología. España. N-13. 1980. p.213.

68. Tiedemann, Klaus. Supra nota 51, p.179.

69. Ibid. p.180.

70. Quintero Olivares, Gonzalo. Supra nota 54, p.214.

# EFICACIA DEL SISTEMA PENAL Y LA PROTECCION FRENTE AL NUEVO ORDEN MUNDIAL

*Dr. Luis Guillermo Herrera Castro*  
Letrado de la Sala de Casación Penal  
Profesor de la Facultad de Derecho, U.C.R.-

## I. LA CONSTRUCCION DE LOS SISTEMAS PENALES DEMOCRATICOS

### a. El equilibrio necesario.

Podemos afirmar que la búsqueda de un sistema de justicia penal democrático es y será la búsqueda de la democracia dentro del Estado. A lo largo de la historia del Estado moderno las sociedades han buscado el equilibrio adecuado entre el Derecho y el Poder. Ese punto de equilibrio como ha dicho Binder es el Estado de Derecho, en el cual se armoniza el poder y el derecho, de modo tal, que éste aparece como un límite al poder<sup>1</sup>.

No puede existir un Estado democrático sin una organización democrática de todos sus estructuras e instituciones. Por ello, todas aquellas instituciones que tengan que ver con la organización y el funcionamiento de la justicia penal, necesariamente deben transformarse en un proceso constante de democratización. Esto es esencial, por cuanto a través de ésta se somete al individuo al poder coercitivo del Estado con graves afectaciones de sus derechos constitucionales, y no es posible, que tal poder coercitivo quede sin los límites necesario al ejercicio del poder.

La búsqueda de ese equilibrio es una tarea difícil, por cuanto se trata de lograr un punto de estabilidad adecuado que requiere la sociedad a fin de que el ejercicio del poder no rebase los límites ni la acción de los gobernantes devenga arbitraria con grados de violencia a veces insospechados, como ocurrió y sigue ocurriendo en muchos países de la América Latina. El Derecho, al menos en el campo teórico, debe ser un instrumento a favor de la sociedad para limitar el ejercicio del poder. El Derecho

bien puede ser un importante instrumental para limitar la arbitrariedad y el abuso del poder, pero también puede ser el más importante instrumento de legitimación de las desigualdades sociales y del ejercicio desmedido del poder.

Tal equilibrio es una necesidad de orden social y cultural inevitable. Se trata de la supervivencia de la sociedad y del respeto al ser humano como individuo. Alrededor de estos dos puntos sociedad-individuo se han desarrollado las más diversas concepciones filosóficas, sociológicas, políticas y jurídicas. Precisamente se trata de la síntesis dialéctica más compleja, olvidada muchas veces por las visiones restringidas de los juristas que, han querido reducir el fenómeno penal a la simple concepción normativa. Al menos una importante corriente crítica ha venido desarrollándose en los últimos veinte años en la América Latina con un soporte importante del pensamiento crítico europeo, lo cual ha permitido una oxigenación importante en el campo de la teoría con importantes repercusiones en los sistemas de Justicia Penal.

Cuando hablamos de equilibrio no estamos pensando en un la estabilización social y en la búsqueda de justificaciones de las desigualdades sociales. Por el contrario es un punto de equilibrio pleno de energía y en constante ebullición, dado que al encontrarse derecho y poder, en él se concentran todas las contradicciones y la complejidad social. Es por decirlo así un equilibrio generador de nuevas contradicciones, de nuevas desadaptaciones, que requiere ser constantemente mantenido a través de un consenso real y efectivo, no formal ni meramente institucional.

1. BINDER, Alberto M. "Introducción al D.Procesal Penal "Ad.Hoc, 1993, ps. 33- 34.

### c. Las dos grandes respuestas

En la búsqueda de ese equilibrio y de la eficacia del sistema penal hemos encontrados esencialmente dos grandes respuestas: una estática, formal-instrumental o normativista-funcionalista, y otra, dinámica, crítica e integradora de las diversas visiones de las Ciencias Sociales.

El equilibrio debe ser la armonía del Derecho Penal, del Derecho Procesal Penal y de las Políticas Criminológicas. Esto depende al mismo tiempo de la capacidad de los Estados y de la teoría para armonizar adecuadamente tres sistemas complejos, constitutivos de una misma realidad social. Estos tres, dada su naturaleza social están llenos de contradicciones y sometidos al crecimiento de la complejidad de las relaciones sociales y de las ideas y conceptos producidos en el ámbito jurídico-penal, criminológico y procesal y en otras áreas del saber humano. Por ello, como decíamos anteriormente, el encontrarse estos tres sistemas, es decir sus teorías, sus concepciones sus prácticas judiciales y administrativas, los procesos de creación de leyes y reglamentos, todo se desarrolla dentro de un complejo juego de intereses que corresponde al juego del poder y al Derecho, del cual surgen el consenso y el disenso, la estabilización y la desestabilización, la construcción y la desconstrucción. De este movimiento asimétrico surge el sistema de Justicia Penal, el cual aspiramos a perfeccionar como una meta permanente de cualquier sociedad. Los modelos teóricos nos sirven de orientación, la práctica social nos da la experiencia. De ambos debe surgir el sistema basado en la reflexión y en comunicación de los sectores involucrados.

En otras palabras, en cada Estado, los resultados del equilibrio será la respuesta que cada sociedad da su organización y a sus concepciones del mundo. No se trata de un equilibrio basado en un consenso formal-institucional, sino esencialmente en un consenso real que incorpora las contradicciones sociales, económicas, políticas, culturales, religiosas, etc. a fin de que éstas sean ajustadas por los agentes encargados de realizar cada una de las tres políticas esenciales: la penal, la procesal-judicial y la criminológica. La simple institucionalidad por sí sola es incapaz de lograr ese punto adecuado por cuanto el intercambio de los agentes oficiales no garantiza por sí sólo la regeneración del sistema sino que, por el contrario los intereses limitados en juego tienden a legitimar sus acciones y al mismo tiempo autojustificarse como parte del aparato penal-oficial.

De la relación estrecha e inevitable entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal surge la responsabilidad en la configuración de la política criminal como ejes estructuradores de lo que se ha denominado el "Sistema de Justicia Penal"<sup>2</sup>. Esta relación no puede ser pensada ni decidida únicamente a niveles oficiales por cuanto éstos representan una parte del problema e implican una visión muy limitada de la problemática penal-criminológica. Es necesario que se amplíen los espacios de participación y discusión para que esa relación genere y regenere esa responsabilidad, que nos compete a todos los ciudadanos.

A lo largo de la historia las respuestas sobre la eficacia del mejor sistema se han situado entre dos grandes corrientes:

#### a. Respuesta estática.

Podemos afirmar que la respuesta estática, y en esto seguimos esencialmente el pensamiento de Max Weber y Jürgen Habermas, se ha sustentado en una visión instrumentalizada de la norma y de las funciones del sistema judicial, al concebir el sistema penal en base a una racionalidad funcionalista-instrumental. Qué quiere decir esto?. Significa concebir la norma jurídica, el orden, la organización política y las relaciones sociales desde una perspectiva parcializada y parcelizada y que ha sido uno de los caracteres esenciales de la sociedad moderna. Se ha parcelizado el conocimiento, se ha parcelizado lo social y se ha parcelizado la norma, aislándola de sus contenidos esenciales (sociológico, antropológico y biológico) y que corresponde a lo que Max Weber llamaba "politeísmo de valores" en la medida que la sociedad se esparce en diversas esferas autónomas<sup>3</sup>. La separación más importante ocurrida en el seno de la sociedad occidental, puesta de

2. BINDER, A.M. idem op. cit. p.37. Ver también la página 53 en donde el autor nos señala como se logra la síntesis dialéctica que es el modelo procesal de cada sociedad.

3. COLLIOT- THELENE, THELENE, "Le désenchantement de l'Etat de Hegel à Weber", *MInuit*, 1992, ps 157 ss. Habermas crítica desde esta perspectiva las posiciones sistémicas- funcionales listas en la medida en que dividen la sociedad en sub-sistemas, "Réplica de Habermas a las críticas formuladas por T.A.C. en 1986, en *CNET*, marzo, 1989, N. 34, ps.81,96, traducido por Louis Queré. Este carácter disociativo de la sociedad moderna ha sido muy bien explicado por ALAIN TOURAINE, "L'Etat et la question nationale" dentro del libro colectivo "Où va l'Etat", Ed. Le Monde, 1992, ps. 80- 84, y G. BERTHOUD, "La Modernité: vérité culturelle", *MAUSS*, N. 24, 1987, p. 33.

relieve por Weber y Habermas, fue entre la sociedad civil y el Estado, los cuales fueron considerados como entidades ontológicas diferentes, lo que dio como resultado su incomunicación real. Esta incomunicación fue suplida a través de la comunicación formal, controlada u oficial, es decir, a través de sistemas formales institucionales. Desde luego los sistemas penales no pudieron escapar a esta dirección.

Esta concepción sin la menor duda pesó mucho en la construcción de los sistemas penales, pues, no olvidemos que al fin y al cabo en el Estado se legitima el ejercicio del poder coercitivo. El sistema penal es de una u otra manera, la legitimación del poder de control social, necesario para la defensa y sobrevivencia de todo sistema social. Así se explica como los sistemas penales fueron concebidos para disciplinar los ciudadanos<sup>4</sup>, en la medida que los grupos que ejercen el poder requieren del sistema penal para legitimar ese control. Esto se logra en todos los niveles de los procesos de criminalización (primaria y secundaria), en donde el control opera no sólo a través de sistemas formales (institucionales) sino a través de una serie de actividades informales ampliamente desarrolladas y fundadas en hábitos, concepciones, ideas, prácticas y estereotipos que yacen en nuestra cultura y que en alguna medida influyen en nuestras acciones y desde luego en nuestras concepciones. El sistema Judicial Penal no ha escapado tampoco a esta actividad informal que muchas veces tiene más relevancia en el ejercicio del poder. Estas prácticas informales, ampliamente arraigadas en nuestras sociedades latinoamericanas entorpecen gravemente las metas democratizadoras de los sistemas judiciales y crean a veces enormes vacíos entre las políticas criminológicas y los sistemas procesales-judiciales.

#### b. El sistema dinámico o abierto

El sistema dinámico o abierto, para seguir las ideas de R. Horton<sup>5</sup> significa que los sistemas de Justicia Penal podemos explicarlos dentro de una perspectiva dinámica e integradora; es decir, sometiendo el fenómeno penal-criminológico y procesal al análisis crítico de las diversas áreas del conocimiento en las ciencias sociales. Desde luego en esta línea de pensamiento estamos siguiendo la herencia de la teoría crítica del Derecho de Michel Mialle y de los latinoamericanos Enrique Mari, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz y otros tantos más.

Esta perspectiva se sitúa desde luego dentro de una visión evolutiva de lo social que se resiste a

reducir el fenómeno penal o procesal penal a una simple normativa o a un simple fenómeno aislado de los demás componentes sociales, antropológicos y biológicos.

Dentro de esta perspectiva se enfoca la política criminal como un fenómeno social, para seguir las ideas de Binder<sup>6</sup> sin que ello implique el abandono del carácter descriptivo de los otros niveles en que tal política puede ser considerada. No podemos obviamente pensar que basta con enfocar tales políticas desde una perspectiva sociológica, para encontrar la menor respuesta. También es necesario considerar las creaciones teórico-positivistas en la medida que éstas son el resultado de un proceso social. Son parte del quehacer humano. Son las ideas sobre el Derecho, que no obstante su grado de abstracción han sido producidas dentro de un contexto social es decir, dentro de un complejo proceso de interacción objeto-sujeto.

Esta concepción la sustentamos además en algunas concepciones socio-antropológicas y biológicas<sup>7</sup> y en la necesidad de conceptuar todos los sistemas sociales dentro de una visión amplia, integradora y regeneradora, lo cual nos permite pensar en un sistema de Justicia Penal más dinámico, más eficaz con respecto a la obtención de sus fines y la protección de los derechos de los individuos.

#### d. Una nueva manera de pensar el sistema penal:

De la misma manera, es necesario buscar una nueva racionalidad que oriente los procesos de construcción de los sistemas penales, y que conduzca de manera efectiva a:

- Un mayor control del poder político;
- Un reforzamiento del Estado de Derecho que garantice mecanismos no solo formales, sino que éstos sean efectivos en la protección de los Derechos Humanos de todos los sujetos que intervienen en el proceso;
- Un equilibrio adecuado entre el sistema penal, el sistema procesal penal y la administración de justicia.
- Una nueva redefinición de las concepciones

4. FOCALUT, MICHEL, "La verdad y las formas jurídicas", GEDISA, 1986, ps. 91-98.

5. Citado por Habermas en su libro, "Théorie de l'agir communicationnel", t.I, ps.77,78 y 79.

6. Op. cit. ps. 40-41.

nes y principios penales que permitan concebir nuevas modalidades de resolver los conflictos penales acordes con las nuevas corrientes que propugnan por una redefinición de las políticas criminales y del Derecho Penal, especialmente las corrientes garantistas y abolicionistas.

Esta racionalidad debe impulsarnos hacia una mayor comunicación entre los agentes que participan en el proceso penal; y, entre éste como institución social y los agentes encargados de diseñar las políticas criminológicas. Tal racionalidad, y aquí desde luego seguimos a Habermas, debe basarse en una lógica que facilite esa comunicación activa y una reflexión en torno a tales fenómenos. Dentro de esta perspectiva la complejidad de la nueva sociedad globalizada y de nuevas manifestaciones de desorden, deben ser pensadas a la luz de nuevos principios integradores acordes con una nueva concepción de la democracia y del Derecho Penal.

El Estado se está transformando profundamente como consecuencia de una nueva recomposición de las relaciones mundiales y nacionales. No es posible separar los procesos de construcción de los sistemas penales de manera aislada con respecto a los procesos que pretenden reestructurar el Estado. Se habla mucho de la modernización de la administración de la justicia, pero se siguen conduciendo estos procesos dentro de aquellas vías funcionalistas-instrumentalistas y formales, sin darse cuenta que una nueva etapa en la historia del hombre ha comenzado desde al menos hace una década; etapa que desgraciadamente está siendo impulsada por una lógica totalizadora como es la del mercado, la cual produce nuevos comportamientos sociales, nuevas aptitudes, nuevas demandas sociales, nuevas organizaciones lícitas e ilícitas, etc. Entre las consecuencias más importantes de este fenómeno está la despolitización progresiva del ciudadano y la dispersión social, y por qué no decirlo, la fragilización o atomización de las democracias, especialmente de los países en vías de desarrollo<sup>8</sup>.

Pero además, otra lógica dinamiza de manera irreflexiva y totalizadora las relaciones sociales tanto a nivel nacional como mundial. Me refiero a eso que algunos han llamado la racionalidad técnico-científica<sup>9</sup> que conduce a una autonomización de la esfera científico-técnica de las otras esferas sociales, con graves riesgos para el Estado y para el individuo.

Esta nueva cultura que se perfila, impulsada por aquellas dos lógicas, obviamente promueve nuevas formas de dominación y de legitimación y nuevas manifestaciones de la delincuencia, cuyas consecuencias son inevitables para los sistemas penales. El mayor riesgo es para el Estado el cual comienza a ser sobrepasado por el desarrollo tecnológico y por las redes económico y financieras, extremadamente complejas e incontrolables, que como bien sabemos, están dirigidas por grupos provenientes de las sociedades dominantes; grupos que de una u otra manera, escapan al control democrático, especialmente nuestras frágiles democracias.

#### f. El sistema procesal-judicial frente a la nueva complejidad

Los sistemas procesales a lo largo de la historia han evolucionado entre dos sistemas:

- Uno, que se ha preocupado por establecer un sistema de garantías y resguardos frente al uso de la fuerza estatal. Su objetivo es esencialmente proteger la libertad y la dignidad de la persona.
- El otro, tiende a lograr una aplicación efectiva de la coerción penal. Su objetivo es lograr la mayor eficiencia en la aplicación de la fuerza estatal<sup>10</sup>.

7. Como por ejemplo los estudios de Edgar Morin especialmente en su dos libros "La Méthode. I. La Nature de la nature" ed. du Seuil, 1977 y "Les idées. Leur habitat, leur vie, leurs moeurs, leur organisation", t. 4, 1991.

8. En torno a este tema mucho se ha escrito. En cuanto a la despolitización es interesante el análisis de N. Tenzer "La société dépolitisée", PUF 1990 especialmente las páginas 22 ss. Este fenómeno es analizado profundamente por Habermas en su libro "Raison et légitimité", PAYOT, 1978 ps. 12 ss. Sobre los riesgos de la racionalidad económica ver ANDRE GORZ, "Capitalisme, Socialisme Écologique" Galilée, 1993, ps. 94 y 109.

9. El paso de una cultura humanista a una cultura científica es tratado por Edgar Morin en su libro "Les idées, op. cit. p. 66) así como el rompimiento de la comunicación entre la reflexión y el conocimiento, p.67. La progresiva autonomización de la ciencia ha sido analizada por Louc Roubañ en "L'Etat et la science", CRNS, Paris, 1988, p. 23.

10. BINDER, A.M., op. cit. p. 52.

La oposición entre estas dos perspectivas corresponde como lo ha señalado Binder, a la oposición entre poder y derecho. Sin embargo esta oposición puede tender a debilitarse en perjuicio del ciudadano en la nueva conformación que toma la sociedad. Nuevas formas de complejidad y de dominación surgen, cada vez más alejadas del control estatal. Esta nueva recomposición puede generar nuevos comportamientos, capaces de violentar los derechos humanos de toda generación y dejando así a los sistemas penales desprotegidos, que en última instancia recurrirán al endurecimiento de las penas.

La construcción de los sistemas jurídico-judiciales en el orden penal deben pues buscar una nueva recomposición y una nueva redefinición de sus principios y reglas dado que, los principios, reglas y métodos del Derecho tradicional resultan rígidos, impidiendo encontrar el equilibrio adecuado entre las dos visiones o entre el Derecho y el poder del Estado. Se requiere de un Derecho sumamente dinámico que sea impulsado por una nueva lógica capaz de integrar el respeto de los derechos del individuo, la eficacia procesal en cuanto al cumplimiento de sus fines y la democracia en general.

## CONCLUSION UNA NUEVA EFICACIA EN EL SISTEMA PENAL:

Por ello cuando se habla de la búsqueda de un sistema penal eficaz, como es el caso de Hassemer<sup>11</sup>, es porque existe la necesidad inevitable de dotar al sistema penal de nuevos métodos, nuevos principios y si se quiere un nuevo paradigma que movilice el Sistema hacia nuevas metas capaces de orientar el poder coercitivo del Estado dentro de una concepción democrática nueva. Desde luego, si la eficacia se pretende apoyar en las clásicas concepciones del Derecho ancladas en un positivismo de vieja cuña, estaríamos muy lejos de obtener tal objetivo.

Tenemos la misma preocupación de Hassemer en cuanto a que las corrientes disciplinarias o higienistas siguen proponiendo, pese a las exigencias del nuevo orden, las viejas fórmulas del endurecimiento de las penas, tal y como está ocurriendo en Costa Rica y en otros países de la América Latina. Este fenómeno puede ser explicado por:

- Una pérdida de legitimidad de las instituciones representativas y en general a la pérdida de la capacidad de regulación so-

cial del Estado;

- Una inadecuación del instrumental legal en el tratamiento del fenómeno criminológico y de las nuevas manifestaciones de la violencia social propias de una nueva complejidad. Esta ineptitud propicia una tendencia a un mayor control y a una mayor violencia de parte del Estado;
- Una inadecuación de los sistemas procesales penales que históricamente han conceptualizado de manera muy limitada y rígida los procedimientos para el enjuiciamiento de una sorprendente variedad de conflictos, surgidos en contextos socio-culturales diferentes;
- Una nueva recomposición de los grupos que dominan las sociedades nacionales e internacionales exigiendo un mayor control, producto del aumento de la inseguridad creada por el nuevo orden;
- En fin, una inadaptación del Estado al ritmo de los nuevos tiempos y una pérdida de control de los ciudadanos sobre las principales políticas del Estado, con lo cual las políticas criminológicas tienden a ser concentradas en grupos tecnócratas o en élites políticas- burocráticas.

La búsqueda de tal eficacia no puede quedar reducida a una concepción funcionalista o directivista, como lo ha señalado Hassemer. Es necesario comenzar a buscar tal eficacia a partir de una redefinición del Estado y de sus políticas criminológicas, en las cuales haya una verdadera descentralización del poder y una mayor participación de los ciudadanos. Desde luego no se trata de debilitar al Estado ni las políticas criminales, sino que, las comunidades puedan intervenir más en la resolución de cierto tipo de conflictos a través de una redefinición de los principios orientadores tanto en materia penal como procesal. Esto debe conducir a una reorientación de ciertas áreas específicas como por ejemplo:

- Una redefinición de conductas penales. Muchas de las actuales figuras deben desaparecer y otras deben ser trasladadas al ámbito administrativo;
- Una redefinición y reorganización del actual sistema de contravenciones, para que

11. HASSEMER, W. "El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz", Universidad de Santiago de Compostela, 1991, ps. 189 ss.

- muchas de éstas sean trasladadas a otras competencias administrativas o municipales o comunales;
- Una nueva organización de la llamada "Jurisdicción Tutelar de Menores" para que del seno del procedimiento desaparezcán las concepciones penalísticas. Esta debe ser reorientada hacia una justicia multidisciplinaria basado en un amplio poder de los cuerpos encargados capaces de lograr la integración social del menor;
  - Un replanteamiento de las estructuras procesales y de sus principios a fin de que los procesos en vez de aumentar la tensión social sean instrumentos de resolución efectiva, de recuperación, de orientación y de reeducación. La finalidad estrictamente punitiva debe progresivamente ser sustituida por nuevos nortes que hagan del proceso penal una vía apta para la integración social. Es necesario pensar en cierto de tipo de participación de las comunidades, al menos en algunos delitos muy particulares en que se protejan bienes colectivos, como es la materia ecológica;
  - Una autonomización del Ministerio Público y de la Policía Judicial como auxiliar de aquél. El Ministerio Público debe tener rango constitucional.
  - Una revisión del actual sistema de defensa pública que garantice una defensa efectiva.

También es necesario una mayor democratización de la administración de la justicia, tal y como ha sido ya expuesto, como única manera de convertir al juez penal en un garante activo, es decir, un sujeto reflexivo del fenómeno penal. No se pueden garantizar los derechos del ciudadano simplemente

aumentando los mecanismos jurídico- formales ni se puede lograr una mayor eficacia del sistema creando nuevas garantías constitucionales o legales o simplemente aumentando las penas. Muchas veces éstas terminan por convertirse en verdaderos obstáculos para alcanzar los fines de la justicia penal, en la medida que el proceso penal es sometido a una regulación desmedida de formalismos y tecnicismos. El propio sistema de justicia penal puede llegar a convertirse en el mayor obstáculo para el cumplimiento y la efectividad de los principios constitucionales, razón por la cual debe ser repensado en su totalidad a fin de que se adecue al nuevo orden y a una nueva manera de vivir la democracia que es a la cual aspiramos todos.

Frente al nuevo desorden y frente a la inseguridad que se produce como consecuencia de la complejidad de las nuevas relaciones internacionales es necesario seguir la vía de un Derecho más reflexivo y más comunicativo con las diversas ramas del saber humano. El Derecho no puede ser estático ni el Estado puede seguir ejerciendo el control social a partir de esquemas rígidos y verticales. El nuevo Derecho Penal y Procesal debe buscar los mecanismos que le permitan regenerarse dentro de un ambiente democrático y no quedar como un orden meramente estabilizador, defensivo o legitimador.

El equilibrio del que hablábamos anteriormente entre las políticas criminológicas, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal debe erigirse sobre la base de una nueva concepción del Estado democrático en el cual, la sociedad civil recupere el poder que progresivamente le ha sido sustraído. Solamente así podríamos entender la necesidad del Sistema de la Justicia Penal, cuya eficacia sea capaz, por un lado de proteger verdaderamente al ciudadano frente al abuso y a la arbitrariedad, y por el otro devolver el carácter social a las instituciones penales y procesales.



ser el papel de estos grupos desde una perspectiva abolicionista.

El énfasis de nuestro planteamiento se ha orientado hacia las comunidades indígenas, por ser la realidad más cercana que tenemos y porque en alguna medida, en nuestro país no han tenido gran desarrollo, en cuanto a efecto considerable, grupos religiosos o espirituales a los que pueda asignarse un rol determinante; aunque los mencionados factores sí juegan un papel importante entre los indígenas, y por otra parte, porque, en razón de circunstancias históricas y estructurales, los pueblos indígenas de toda América han sido tradicionalmente víctimas de los mayores abusos de sus derechos humanos, desde el genocidio hasta la exclusión política y la discriminación social y económica. Sin olvidar tampoco que las políticas indigenistas gubernamentales han declarado tradicionalmente tener dos objetivos: promover el desarrollo económico y social de los pueblos indígenas, y acelerar su "integración" a la sociedad nacional (es decir la sociedad dominante, definida en sus parámetros culturales por las clases gobernantes de cada país); y la anhelada "integración" ha significado, por lo general, la destrucción de sus culturas e identidades, a través de políticas asimilacionistas consideradas como etnocidas.

Debe reconocerse que, producto de las presiones y movilización de los pueblos indígenas, varios estados han adoptado nuevos textos constitucionales o legislativos en los que, por primera vez se hace referencia a los pueblos indígenas como tales,<sup>1</sup> reconociendo algunos derechos colectivos como el lenguaje, la cultura, el derecho consuetudinario o la costumbre jurídica, situación que no es la nuestra, y que creemos además debe ir reforzada por condiciones económicas, sociales y culturales que permitan el efectivo disfrute de esos derechos, por lo menos en la etapa en que todavía se considere que el sistema puede jugar algún papel en el control social.

Quizá nos ha motivado también la idea de considerar como válido el principio de que el acceso a nuestros propios deseos y angustias, y sobre todo, el conocimiento de nuestra realidad, influye decididamente sobre la manera que tenemos de comprender el mundo, y viceversa, como señala Louk Hulsman, utilizamos lo que aprendemos del exterior como clave para la aplicación de la experiencia interior, pues tener ideas falsas sobre la realidad de las estructuras que manejamos nos lleva siempre al fracaso, cuando se quiere influir sobre la realidad sin conocerla tal cual es, las cosas se vuelven contra

nosotros.

Finalmente, creemos también importante reflexionar en relación con algunas controversias que se pueden provocar en el manejo de los conflictos por parte de las comunidades, cuando éstas participan de valores o convicciones dogmáticas, que pueden en alguna medida resultar desproporcionados, o de consecuencias funestas, como la situación que se describe en un caso resuelto por nuestros tribunales, donde se produce la muerte de un menor al no haber sido sometido al tratamiento médico necesario, alegándose prohibiciones de carácter religioso. Vale la pena señalar algunas de las consideraciones del tribunal sentenciador en este caso, donde ponen en evidencia, cómo la subjetividad, también de sus convicciones religiosas, lleva a sus miembros a emitir un fallo condenatorio, partiendo de valoraciones morales que se pretenden hacer valer como pautas universales de conducta. Se consideró que no permitir a un infante que reciba tratamiento médico cuando lo requiere con urgencia, atenta no solo contra la "moral universal", sino contra las "buenas costumbres". Se rechazó el alegato de la defensa en cuanto a la libertad de culto y el respeto a las creencias religiosas de los padres del menor, quienes alegaron, con fundamento en sus convicciones, que Dios era el único médico capaz de sanar a su hijo. Señaló además el Tribunal, que les imponía seis años de prisión, por tratarse de personas muy humildes, fácilmente sugestionables, quienes, posiblemente pasado este asunto, "retomarán el camino de respeto a las leyes terrenales, las que por supuesto Dios ha creado y apoya conforme lo dicen las Sagradas Escrituras... Si Dios es sabio como lo es, seguros estamos que los alumbrará para sacarlos del error en que se encuentran usando su nombre como pretexto".<sup>2</sup>

Es evidente que lo descrito nos coloca frente a un problema que amerita una profunda reflexión, pues prácticamente se sopesaron dos valoraciones religiosas para resolver el conflicto originado, con la lamentable consecuencia de la muerte de un menor, aspecto que por supuesto merece una seria atención, pues es obvio que no puede desconocerse que la aplicación de ciertas pautas o el mantenimiento inflexible de ciertos principios, puede conducir a un grupo o comunidad hacia la producción de daños irremediables; pero igualmente puede

1. Ver Rodolfo Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, 1988
2. *Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón*, N° 148 de 16,30 hrs. del 7 de setiembre de 1992.

conducir a un tribunal de justicia, en algunos casos, a cometer verdaderas injusticias.

## II. LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL A LOS GRUPOS INDÍGENAS COSTARRICENSES

### A. Generalidades

Una seria y rigurosa investigación científica realizada por dos jóvenes profesionales de nuestro medio,<sup>3</sup> nos permitió el acceso a información, sumamente útil para nuestros propósitos, en tanto no se limita a un estudio teórico sobre la dificultad de la aplicación de la ley penal a los indígenas, sino que contiene una valiosa investigación de campo que le da gran solidez a sus posiciones. Ellos cuestionan la adaptación del principio de territorialidad consagrado en nuestro Código Penal, al permitir la aplicación indiscriminada de sus disposiciones punitivas a grupos étnicos que manejan su conducta, en muchos casos, por cánones opuestos a los requeridos y tutelados por algunos de los tipos penales descritos, con el consiguiente impacto y desajuste social, en la medida en que el sujeto sancionado ha actuado motivado por un modelo o patrón conductual introyectado y asimilado como correcto en su universo socio-cultural, tal y como se verá en la transcripción de algunas sentencias condenatorias, referidas sobre todo a hechos de connotación sexual. La comprobación de esta realidad, a partir de situaciones concretas, nos permitirá una primera reflexión: merecen estas personas un tratamiento penal particularizado, sea la aplicación de un régimen especial que contemple estos factores condicionantes?, o, finalmente, es tan difícil o imposible concebir la solución dentro del sistema y será mejor pensar en su total rechazo y buscar la salida en la implementación de controles impuestos por el propio grupo, de conformidad con sus valores, creencias y tradiciones?.

La construcción normativa generalizada, sin referencia a costumbres, motivaciones y valores de los sujetos que pueden ser afectados por ella, en aras del llamado principio de igualdad, ha conducido por el contrario, a una gran desigualdad y a una absurda ficción, tal y como se demostrará con el análisis de nuestra normativa penal.

### B. Población indígena costarricense:

La población indígena de Costa Rica representa aproximadamente un 1% de la población nacional y se identifican en 8 grupos, localizados en

21 reservas, de acuerdo a una definición cultural y a su lenguaje; Estos grupos son los Bribris, Guaymies, Borucas o Bruncas, Térrabas, Huetares, Guatusos, Chorotegas, y Cabécares, y se encuentran definidos de conformidad con 3 aspectos:

- a) los de auténtica identidad cultural, que conservan su modo de vida, su lengua y su organización tradicional, su habitat no ha sido alterado;
- b) los que aún conservan su lengua, sus costumbres y manifestaciones culturales, con cierta alteración de su habitat y ya influenciados por la cultura no indígena;
- c) los que han sufrido más fuerte la presión de la colonización, próximos a los centros urbanos, donde los trazados y las carreteras dividieron sus asentamientos, se han afectado por el establecimiento de pueblos no indígenas y sus costumbres se han desarraigado, han perdido su lengua y han emigrado a la ciudad.
  - b.1) *Los Borucas o Bruncas*: Se localizan en la reserva indígena de Boruca la cual está formada por varias comunidades, todas en el cantón de Buenos Aires de la Provincia de Puntarenas. Conservan muy pocos rasgos de su etnia; tienen una economía campesina con una agricultura de granos básicos y cría de cerdos y ganado. Su expresión artesanal es de tipo textil, siembran el algodón, preparan colorantes vegetales y elaboran artículos de buena calidad y muy llamativos.
  - b.2) *Los Térrabas*: Se localizan en la reserva Boruca Térraba, en el Cantón de Buenos Aires. Han sido muy afectados por la colonización agrícola, por lo que han asimilado y absorbido el modo de vida rural no autóctono. Cultivan maíz, frijoles y también plátano y cítricos.
  - b.3) *Los Huetares*: Su reserva está localizada en Quitirrisí, en la Carretera entre el Cantón de Mora y el Cantón de Puriscal. Conservan poco de su cultura y rasgos físicos, aunque mantienen algunas tradiciones como la fiesta del maíz y el uso de plantas medicinales. Cultivan casi únicamente el maíz, debido a la pobreza de sus

3. DOBLES OVARES (Víctor) y GUILLÉN GRILLO (Georgina), *Problemas en la aplicación de la ley penal a los grupos indígenas costarricenses*, tesis de grado, 1988, U. de C. R.

tierras. Su principal actividad es la artesanía de palma, zacate y fibras vegetales.

b.4) *Los Guatusos o Malecus*: Se encuentran localizados en las llanuras del Norte del país, en el Cantón de Guatuso, Provincia de Alajuela. Conservan sus rasgos físicos y sus expresiones culturales. Hablan la lengua malecu y el español. Su principal actividad agrícola es el cultivo de cacao, pejibaye y palmito, y se dedican además a la pesca de río.

b.5) *Los Chorotegas*: Se reducen a un pequeño asentamiento en la reserva indígena de Matambú, en el Cantón de Hojancha en la Provincia de Guanacaste. Han tenido gran influencia del medio rural campesino y no hablan su lengua. Se dedican a la agricultura, cultivo de granos básicos, hortalizas y frutos, también han desarrollado la apicultura.

b.6) *Los Bribris*: Constituyen uno de los grupos indígenas más numerosos e importantes del país. Se localizan en las reservas indígenas de Salitre y Cabagra en el Cantón de Buenos Aires, Pacífico Sur de la Provincia de Puntarenas y el norte de la reserva indígena de Talamanca, en el cantón del mismo nombre, Atlántico sur en la Provincia de Limón. Conservan su lenguaje, el bribri, en su forma oral y escrita, razón por la que los programas oficiales de educación en esa zona son bilingües. La actividad económica más importante es la agricultura, principalmente el cacao y el plátano, también cultivan maíz, frijoles y tubérculos, y la complementan con la cría de cerdos, aves y pesca. Su expresión artesanal es la cestería y la elaboración de instrumentos musicales, para lo cual utilizan elementos naturales cuidadosamente preparados.

b.7) *Los Cabécars*: Se encuentran localizados en Chirripó, en el Valle de Pacuare, Taymi y Telire en el Valle de la Estrella, en la Reserva de Talamanca, en la Provincia de Limón y la Reserva de Ujarrás en el Cantón de Buenos Aires. Conservan muchas de sus costumbres y tradiciones, hablan la lengua çabécar y el español. Cultivan básicamente café, cacao y plátano, complementando esta actividad con la pesca y la caza.

b.8) *Los Guaymíes*: Es un grupo indígena

numeroso originario de un movimiento migratorio producido hace más de 50 años en la frontera con Panamá. Se localizan en la comunidad Guaymí de Abrojos, en el Cantón de Corredores, Conteburica en el Cantón de Golfito y la de Coto Brus, en el Cantón del mismo nombre, todas en la Provincia de Puntarenas. Conservan sus características y rasgos físicos, costumbres, trajes y tradiciones, en especial las mujeres. Su lengua es el guaymí, pero algunos de sus jefes hablan también español, por lo que han iniciado un programa de alfabetización bilingüe no escolarizado. Cultivan cacao, frijoles, maíz, palmito y plátano, combinando la actividad agrícola con la cría de cerdos y aves así como con la caza y la pesca. En artesanía se destaca la confección de artículos de fibra y hojas naturales; con cortezas de algunos árboles confeccionan llamativos petates, chácaras y los característicos sombreros.

### C. Las reservas indígenas

La expansión de la colonización agrícola en nuestro país, alcanzó hace unos 50 años la zonas donde vivían los indios y allí comienzan a surgir los problemas de la tenencia de la tierra del indígena. Poco a poco fueron despojados de sus tierras, o las fueron abandonando, replegándose cada vez más hacia el interior del país. El acaparamiento de tierras se facilitó por la ausencia de respaldo legal, la fuerza de penetración de los no indígenas y su debilidad interna que no les permitió defenderse contra esta invasión.

Las tierras ocupadas por ellos, desde el nacimiento y asentamiento de su cultura, estaban consideradas como baldías y por la importancia de la tierra para su desarrollo humano, se hizo inminente la necesidad de crear reservas de propiedad comunitaria para asegurarles territorio permanente y definitivo.

Los primeros intentos no fueron satisfactorios y las reservas iniciales resultaron ser solo teoría y buenas intenciones, pero sin respaldo alguno. Posteriormente, comienza a notarse cierta acción gubernamental hacia estas comunidades, con el deseo más que todo de colonizar las tierras a donde habían sido relegados. Se crean las reservas como territorios asignados en propiedad a una comunidad indígena, demarcadas en mapas inscritos en el Registro Público de la Propiedad, a nombre de la

respectiva comunidad. Dentro de éstas cada familia tiene finca propia y solo la puede vender entre indígenas, para evitar la pérdida o especulación de las tierras. Sin embargo, la dotación de tierras les acarreó también un mayor sometimiento al orden jurídico vigente y especialmente una aplicación forzada del aparato represivo, al darse un mayor contacto con "las fuerzas del orden" y otros sectores interesados en imponer las normas del control social.

#### D. La desatención de la situación penal del indígena en la ley costarricense

La frecuente inspiración y a menudo copia de nuestras leyes, de la legislación extranjera, ha presentado siempre no pocas dificultades, dado el desfase evidente en muchos casos y sobre todo, por el desconocimiento y falta de correlación con la realidad hacia la cual se dirige. "Explicar por qué ocurre la importación de la ley, cuáles han sido sus efectos, se convierte así en una cuestión esencial para la comprensión científica del derecho dentro de nuestro proceso social. Es una manera de preguntarse por qué nuestro derecho no es propio y cuáles han sido las consecuencias de ello. La respuesta -como es obvio- interesa a un público mucho más amplio que el de los profesionales en derecho".<sup>4</sup> Sin embargo, como el punto escapa a nuestro objeto, nos limitamos a resaltar el por qué resulta obvio, la desatención de la situación penal del indígena que por supuesto conlleva a una imposición, discriminatoria y arbitraria de particulares y drásticos patrones de comportamiento a grupos étnicos, culturalmente diversos, poseedores de pautas conductuales y axiológicas muy diversas de las sustentadas por el legislador y por el derecho que importaba.

El primero de nuestros Códigos data de 1841 y fue de carácter general, conformado por tres grandes partes, destinadas al derecho civil, al penal, y la última al procesal. Las disposiciones penales fueron tomados del Código Penal Español de 1822. "...El Código General de 1841, en su parte penal, se tomó del Código Penal Español emitido en 1822 ..." y el redactor, apenas le introdujo las variantes indispensables para adaptarlo a nuestro medio "..."variantes (reiteramos) que ... son apenas las indispensables para adaptarlo a nuestro medio y (que) no son fundamentales, sino de apreciación".<sup>5</sup>

Entre otros principios se recepta el que estatuye que la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad, admitiendo así la *supuesta* igualdad de

todos los costarricenses, desconociendo la marcada diferencia antropológica así como la diversidad étnico-cultural del país.

Al señalar las circunstancias que agravan o disminuyen las culpas o los delitos (según la terminología empleada), no encontramos disposición alguna que haga referencia al indígena, ya fuere tomando en cuenta sus particulares costumbres en relación con determinados comportamientos prohibidos, o bien, estatuyendo una particular protección, en sede de inimputabilidad o de inculpabilidad; desconociendo así no solo la realidad de las particulares diferencias étnico-culturales, sino la realidad de su existencia como totalidad. Esta situación "es susceptible de explicarse en términos de estar los detentadores y beneficiarios del poder político, descendientes directos de los primeros colonizadores y conquistadores, solícitos en la consolidación de una nación; el fortalecimiento de un Estado, ya definido por una creciente integración económica, y en la consolidación de un mercado extranjero estable para el café, y no en la realidad del indígena; a la que responde con una política de suyo negadora, asimilacionista e integracionista."<sup>6</sup>

El Decreto XXI del 25 de julio de 1867 ha sido la única normativa que, a través de la historia de nuestro país se ocupó de regular la situación del indígena ante el derecho penal, aunque solo lo fuera de una de las comunidades, la de los indios talamancaños, asediados por las constantes invasiones de piratas ingleses y de los zambos-mosquito quienes los capturaban para venderlos como esclavos en Jamaica. Mediante este decreto se robusteció el mandato del cacique indígena, a quien se confiere propio y absoluto mandato resolutorio y se les permite la administración de justicia conforme a sus costumbres, respecto de los considerados delitos menores en aquella época, con sumisión a las disposiciones del gobierno; por supuesto que este último elemento implica un contrasentido, negador del reconocimiento a las normas de su cultura propia, aparte que fue prácticamente una legislación transitoria, pues regía hasta tanto el adelanto de aquellos pueblos talamancaños no permita equiparar su administración a la de los demás pueblos

4. HURTADO POZO (José), *La Ley importada, recepción del Derecho Penal en el Perú*, Lima, Edit. CEDYS, Primera edición, 1979, p. 9.

5. GUIER ESQUIVEL (Jorge), *Historia del Derecho*, San José, Editorial UNED, Segunda edición, 1981, p. 599.

6. DOBLES OVARES (Víctor) y GUILLÉN GRILLO (Georgina), *Op. Cit.* p. 73.

de la República. Su eficacia fue efímera y por situaciones de hecho, motivadas por intrigas de algunos jefes, se mantuvo quizá durante dos años, aunque nunca fue expresamente derogada.

El Código Penal de 1880 se copió casi de manera total del chileno, promulgado en 1875, que a su vez se había copiado y adaptado del español de 1870. Se consagró igualmente su aplicación indiscriminada, la cual no solo perjudicó a los indígenas sino a amplias mayorías de la población costarricense, poseedoras de rasgos culturales distintos de los del codificador y ajenos completamente al conocimiento y comprensión del derecho y de las leyes que regían la conducta de aquél. Podemos entonces asegurar que este segundo código represivo desatendió igualmente la situación penal del indígena en todo sentido, favoreciéndolo por una parte en tanto no lo redujo al medio jurídico nacional ni intentó moralizarlo en sus costumbres, pero perjudicándolo por otra, en cuanto no creó disposición alguna que lo protegiera de la aplicación mecánica e indiscriminada de la ley penal.

El Código Penal de 1918 y sus reformas en 1924 significaron la consagración legislativa en nuestro país de las doctrinas penales de avanzada en aquella época, defendidas por el positivismo y otra serie de innovaciones de gran envergadura, pero que no alcanzaron a considerar las diferencias étnico-culturales del país.

El nuevo Código Penal de 1941 fue inspirado en una serie de códigos considerados modernos y se dio también una importación del derecho, solo que más reflexiva y adecuada a las circunstancias, no obstante que también desatendió la realidad del indígena en cuanto a la aplicación de la ley penal, a pesar de que para esa época se conocía el Código Penal Peruano de 1924, el cual regulaba la situación del indígena ante la normativa penal.

Treinta años después se produce una nueva legislación que, sin sustanciales reformas, rige actualmente nuestros destinos en materia represiva. Este Código Penal de 1971, fue la recepción en nuestro medio jurídico del "Proyecto de Código Penal Tipo para la América Latina", y de él nos ocuparemos con más detalle en el aparte siguiente, en cuanto a su desajuste en la aplicación indiscriminada a las comunidades indígenas y en muchos casos, a otros grupos que rigen su conducta por distintos patrones culturales.

#### D. El Código Penal vigente:

La legislación penal, actualmente en vigen-

cia en nuestro país, fue diseñada de manera poco sensible al problema de las culturas indígenas. La tendencia del Código Penal Tipo, que pretendía incorporar soluciones dogmáticas desde la óptica de la ley, dejó poco espacio para pensar la aplicación que, eventualmente, habría que hacer de esa ley a estas culturas milenarias, las cuales, por otra parte, habían mantenido su idioma, su jerarquía de valores y sus formas de solución de conflictos a través del tiempo; muy a pesar del proceso de transculturación a la que fueron, son y siguen sometidos por la población criolla y ladina que ejerce presión económica sobre las zonas geográficas en las que viven.

Mucho se podría decir sobre los problemas que ofrece una legislación penal que escoge realizar una serie de propuestas dogmáticas en su articulado, sin embargo, ocupándonos del problema que concita nuestra atención, debemos indicar que, a pesar de ello, se abrieron una serie de puertas para una aplicación de la Ley Penal más acorde con estas culturas indígenas, puertas que han permanecido cerradas por una visión que pretende desconocer estas posibilidades reales que ofrece la ley. Desde este punto de vista, la legislación costarricense resultó más respetuosa de las comunidades indígenas que ciertas formulaciones latinoamericanas del problema que ubicaban a los indígenas como "inimputables" de pleno derecho, desechando cualquier posibilidad de aplicarles la legislación penal, haciendo gala de un enfoque neokantiano y hegeliano de su destino histórico como expropiados de cualquier futuro y de cualquier naturaleza humana.

De la Parte General del Código interesa en sobremanera aquella referida a la culpabilidad, donde, entre otros, se consigna una amplia posibilidad para la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado.

El error de comprensión puede ser "culturalmente condicionado" cuando el sujeto que actúa pertenece a una cultura diferente a la del grupo que genera la norma, ha introyectado valores y pautas diferentes a las de aquel grupo, y a pesar de que le es exigible conocerlos no podemos exigirle que las interiorice, que las haga suyas. Su razón de ser constitucional responde a la aceptación del principio de culpabilidad como parte de los contenidos derivados del artículo 39 de la Carta Magna. La reciente jurisprudencia constitucional recuerda la necesidad de este principio para justificar y legitimar el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado.

Por supuesto, que este problema del error es, en primer lugar un problema de prueba, y también de valoración judicial de una serie de factores como lo son la educación formal del sujeto, el tipo de legislación que ha de ser conocida (en cuanto a la oscuridad de su descripción), el grupo cultural al que pertenece, el grado de conocimiento (antropológico y sociológico) acumulado en relación a las pautas de conducta y a los valores de ese grupo, etc., todos estos aspectos vuelven a subrayar la necesidad de establecer el "concepto" de culpabilidad como un concepto altamente graduable, referido a las condiciones personales del sujeto que realizó el injusto.

No podemos tener el "elemento" cultura como la única posibilidad que genera un error de comprensión, primero porque puede generar otros tipos de error de prohibición invencible que no son el de comprensión, como también puede producir errores sobre la causalidad que desembocarían en un error de tipo.

Es posible sostener que de acuerdo a la redacción del actual artículo 35 del Código Penal, el error sobre la punibilidad del delito sí es posible aceptarlo en el sistema costarricense. En efecto, al referirse la redacción de este artículo al error invencible sobre si el hecho está sujeto a pena, podríamos aceptar que el legislador quiso referirse a los siguientes problemas:

- a) La falsa creencia o suposición que el delito no es punible porque se cree que concurre una exclusión de la condición objetiva de punibilidad<sup>7</sup> que la ley no reconoce.
- b) La falsa creencia o suposición que el delito no es punible porque se cree que concurren los elementos objetivos de una causa legal de exclusión de la pena que en realidad no concurren en el caso.

Sobre este tema, Zaffaroni, comentando el Código Penal Argentino sostiene que este tipo de error es inaceptable ya que la fórmula del error de prohibición escogida por el legislador argentino al referirse "al carácter criminal de la conducta" no está incluyendo los supuestos antes mencionados.<sup>8</sup> Pero el Código Penal costarricense dice simplemente que el falso conocimiento o ignorancia debe recaer sobre si el hecho está sujeto a pena. La palabra "pena" aquí, a diferencia de la palabra "criminal" en el texto argentino, daría la posibilidad de analizar errores de prohibición de esta especie ya que el sujeto tanto puede desconocer que el "hecho esté

sujeto a pena", como también que la "pena" no debe aplicarse tanto por un error indirecto de prohibición, como también porque existen causas de exclusión de la pena que en realidad no concurren o que la Ley Penal contempla.

Así expuesto el problema del error de comprensión notamos que tiene una enorme posibilidad de aplicarse a los problemas de las comunidades indígenas, donde, precisamente por ese problema de transculturación, principalmente religiosa, son objeto de denuncia -por ejemplo- muchas de las costumbres sexuales de estas comunidades que ya se encuentran criminalizadas en el Código como delitos sexuales y que llevan -inexorablemente- a la condena de estos sujetos, acarreado el efecto de la pena consecuencias irremediabiles para otros miembros del grupo indígena.

Sin embargo, esta solución, aplicando el artículo 35 del Código Penal, es solo una forma reparar algunas de las posibles intromisiones de la Administración de Justicia Penal en las comunidades indígenas costarricenses, aún haría falta encontrar un mecanismo para dar sentido a la reciente aprobación al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, muy especialmente a lo dispuesto en ese documento sobre el reconocimiento legal de las soluciones a los conflictos previstos por el derecho indígena.

### III. JURISPRUDENCIA QUE REFLEJA LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN INDISCRIMINADA DE LA LEY PENAL A LOS INDÍGENAS.

En esta sección nos ha parecido interesante transcribir una síntesis de algunos casos fallados por el Tribunal Superior Penal de la Provincia de Limón, lugar en el que reside una considerable parte de la población indígena costarricense, en los que se manifiestan claramente los desajustes de la aplicación irrestricta de la legislación represiva, considerando sobre todo el impacto social que ella representa, en la medida en que, generalmente, el responsable económico del hogar es el sujeto sancionado.

Cabe destacar como norma general en las sentencias que se transcriben, que en el encabezamiento no se menciona como calidades del imputado el ser un campesino indígena, lo que por supuesto no se valora tampoco en ninguna parte

7. Según la Teoría de la Imputación Criminal.

8. Zaffaroni (Raúl), *Manual de Derecho Penal*, Edición 1970, p. 480.

del fallo, como elemento que aporte alguna variación al razonamiento.

**a. Sentencia N° 81 de 19 horas del 1° de junio de 1977. Causa seguida contra D.S.S., por el delito de violación en perjuicio de Y. T. A.**

Se acusa y se tuvo por demostrado que cuando la ofendida se dirigía a su casa, después de haber salido de la Escuela de Amubri, y yendo acompañada por otros menores, el imputado D.S.S., les salió en el camino y en presencia de ellos, tomó a la menor y la llevó al monte, en donde tuvo acceso carnal con ella, teniendo en ese momento la ofendida trece años de edad.

El Tribunal consideró que no se estaba en presencia del delito de violación sino del delito de estupro e impuso al acusado la pena de dos años de prisión y denegó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

El razonamiento jurídico tiene por fundamento principal el siguiente: "El Tribunal determina que se está en presencia del delito de estupro y no de violación, como inicialmente se acusó, en vista de que la menor ofendida no presentaba signos de violencia física al ser reconocida por el médico, dos semanas después de los hechos, surgiendo de esta forma la duda, de si en la época del reconocimiento médico, los signos de violencia o no habían desaparecido por el transcurso del tiempo, o porque no fueron producidos. Ante esta duda sobre este hecho concreto, se debe interpretar a favor del imputado, sea, que no hubo violencia física ni moral en la consumación de la relación sexual, lo que hace variar la calificación al delito de estupro".

Nos preguntamos: si el Tribunal estimó que se estaba en presencia del delito de estupro, por qué no ordenó el peritaje antropológico cultural?

Desconocía acaso el Tribunal que en Amubri la mujer se inicia sexualmente a los doce años, a través de la unión de pareja; que en Amubri la mujer goza del derecho de disponibilidad sobre su sexualidad y que su aparato psicológico está perfectamente preparado para "amancebarse"; que en ese lugar es común que primero se tengan relaciones sexuales y luego se conviva; y, finalmente que, de acuerdo con sus valores y a la posición que ocupa la mujer, es poco usual que el hombre acuda al forcejeo para abusar sexualmente de ella?

De haber comprendido esto los señores jueces no se habrían sorprendido, entonces, de la realidad de no desear arrepentirse el acusado del hecho cometido, no le habrían denegado, por esta razón el

beneficio de la condena de ejecución condicional.

**b. Sentencia N° 47 de 18:00 horas del ocho de marzo de 1984. Causa seguida contra F.S.S. por el delito de estupro agravado en perjuicio de E.A.H.**

Se acusa y se tuvo por demostrado, que: F.S.S. vivía, en Amubri, en concubinato con la madre de la ofendida y que había con ella procreado cuatro hijos. Que la madre de la ofendida había convivido con anterioridad con otro compañero, quien había fallecido y con quien había procreado tres hijos, entre ellos la ofendida. Que el acusado sostuvo relaciones sexuales con la hijastra mayor desde que ella era menor de edad, procreando tres hijos. Luego, hizo lo propio con la ofendida, desde que ella tenía 13 años, procreando un hijo a quien legalmente reconoció como suyo.

En consecuencia, el Tribunal, consideró que el caso de marras configuró el ilícito de estupro agravado y, por ende, condenó al acusado a descontar cuatro años de prisión.

El fundamento principal del razonamiento esgrimido por los señores jueces está comprometido por los siguientes aspectos: Por haber el Tribunal tenido por demostrado que: a) la ofendida tenía trece años cuando sucedieron los hechos y no haber habido en ellos violencia, por lo que se está ante el ilícito de estupro y no de violación, b) por haber tenido el Tribunal por comprobado que F.S.S. era el guardador de la ofendida, jefe de familia y principal sostén económico del grupo familiar, por lo que el delito se agrava y se constituye el ilícito de estupro agravado.

No obstante lo anterior, otro habría sido el resultado de la sentencia de haber contado los señores juzgadores con un peritaje antropológico cultural, en tanto que prueba legalmente introducida al debate, que les hubiera elucidado entre otros aspectos que:

- a) El "estupro" es el modo natural y tradicional de vida entre los indígenas de Amubri;
- b) Que el mismo deviene impuesto por las particulares estructuras socio-económico-culturales del mundo indígena;
- c) Que la mayor parte de las mujeres se inicia, sexualmente en Amubri, a los doce años a través de la unión de pareja;
- d) Que primero se tienen relaciones sexuales, y, luego, se convive;
- e) Que el aparato psicológico de la mujer indígena, a los doce años, está perfecta-

- mente preparado para el "amancebamiento";
- f) Que entre los indígenas bribris de Amubri el hecho no adquiere connotaciones delictivas, cuando tampoco es socialmente desaprobado, de conformidad con sus valores y tradiciones;
  - g) Que no se vieron afectados los valores fundamentales de la comunidad ni tampoco el bien común;
  - h) Que no hubo tampoco afectación del bien jurídico penalmente tutelado, por lo que tampoco se configuró el delito de estupro;
  - i) Que se trataba de un sujeto perteneciente a otra cultura diferente de la de ellos, quien se había guiado por otras pautas normativo-culturales, y para quien el hecho, según su manera de pensar, era correcto y no era delictivo.

No existe en ninguna parte de la sentencia, tan siquiera la simple mención de tratarse, acusado y ofendida, de sujetos pertenecientes a otra cultura distinta de la de los juzgadores; máxime, cuando sabemos que ello era de su conocimiento.

Nos preguntamos, de haber contado el Tribunal Superior Penal de Limón, al momento de sentenciar a F.S.S., con un peritaje antropológico cultural contentivo de los consabidos aspectos, habría aplicado dicho Tribunal el artículo 35 del Código Penal, conceptuado en tanto que un error de comprensión culturalmente condicionado, y por ende, habría absuelto de toda pena y responsabilidad a F.S.S.?

**c. Sentencia N° 49 de 15:00 horas del 24 de noviembre de 1976. Causa seguida contra R.M.M. por el delito de lesiones graves en perjuicio de A.V.L.**

Se acusa y se tuvo por demostrado que un sábado, en una chichada celebrada en la casa de J.M., ubicada en Suap, Katsi de Talamanca, R.M.M. lesionó gravemente a A.V.L. "El hecho ocurrió cuando en la referida casa se celebraba una reunión de amigos en la cual estuvieron bebiendo "guarapito", sea guarapo de caña (chichada). Al parecer, por rencillas anteriores R.M.M. y A.V.L. discutieron y se fueron a las manos rodando por el suelo y en un momento determinado R.M.M., tomó una botella quebrada e hirió a su contrincante en la cara, dejándole una marca indeleble en la mejilla izquierda de su rostro".

De conformidad con el Tribunal, el hecho tenido por demostrado configura el delito de lesio-

nes graves, por lo que le impuso a R.M.M., una pena de un año de prisión y le otorgó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

El fundamento principal del razonamiento jurídico, en relación con la tipificación del hecho, está constituido por "haberse demostrado que el accionar del imputado causó marca indeleble en el rostro del agraviado".

Es de denotar que el encabezamiento de la sentencia, al enunciarse las calidades del imputado, no se dice que es "indígena"; condición ésta, en cuanto a lo cultural, que tampoco es tenida en cuenta a la hora de acordar la procedencia del beneficio de la condena de ejecución condicional.

Llama asimismo la atención el hecho de que los jueces no se hicieran cuestionamiento alguno del significado sociológico que en sí mismas entrañan las chichadas; cuanto quizás, lo más importante, del significado encubierto que entrañan las lesiones.

En verdad, son reservados y temerosos los indígenas, como lo consideró el tribunal en su razonamiento de fondo, o lo son en presencia del hombre blanco? o, más bien, participando en un debate, en un mundo que les es del todo ajeno e incomprensible?. Estuvo realmente la dificultad de recibir la deposición de los testigos en el hecho de ser los indígenas *reservados* y *temerosos* o en haber tenido un deficiente intérprete?.

En realidad somos del criterio que el acceso del indígena al sistema de justicia penal se agrava fundamentalmente en razón de la inexistencia de intérpretes idóneamente preparados que no sólo dominen la lengua indígena y la española sino, además, los tecnicismos propios del lenguaje jurídico.

En efecto, como bien se ha dicho: "La sentencia se imparte en español y el idioma del indígena es otro. Se le hacen acusaciones en un idioma que no entiende. El indígena no entiende de lo que se trata. Cuando le entregan una notificación, como no sabe leer ni escribir, lo que hace es simplemente guardarla".

Finalmente, por lo que a este caso respecta, no existe constancia secretarial alguna, en el Acta del Debate, acerca de la intervención de intérprete alguno.

Lo expuesto nos lleva a reflexionar que, el derecho, como manifestación de la cultura de un país, debe ser reflejo de su realidad y no estar nunca en conflicto con lo que pretende normar. Por consiguiente, es claro que debería positivizar un derecho realmente nacional, propio, que no pugne con la realidad indígena, con la realidad campesina, ni tampoco con la realidad costarricense, en general.



Pero, igualmente, deberían implementarse los mecanismos de capacitación necesarios para que, los funcionarios encargados de la Administración de Justicia, comprendan esta realidad y utilicen las posibilidades que la normativa les ofrece, para no cometer arbitrariedades ni injusticias, sobre todo que, como ha quedado señalado en el aparte referido al análisis del Código Penal vigente, algunos portillos se pueden abrir, con una correcta interpretación de la legislación, al menos mientras sea ésta la única posibilidad de solución de los conflictos para estos grupos.

#### IV. VIABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS ABOLICIONISTAS

##### A. Fundamento del abolicionismo

Se ha dicho que la corriente abolicionista incluye entre sus cimientos tanto al anarquismo como al neoliberalismo y al cristianismo, entre otros aspectos de interés. Sobre el influjo de la filosofía cristiana, resulta interesante lo señalado por Hulsman, en su respuesta a Alessandro Baratta, cuando éste le preguntara sobre temas religiosos perceptibles en sus escritos e intervenciones: "Mi proceso de liberación se ha desarrollado en el lenguaje y en las imágenes del cristianismo, luchando y adhiriendo a instituciones y movimientos que se refieren a aquella cosmología. He aprendido, en particular, el fenómeno de una instancia central que pretende tener un poder absoluto en la definición de aquello que es bueno y de aquello que es malo en el interior de la Iglesia Católica. Aquí he conocido el funcionamiento, la racionalidad y la legitimación de tal empresa; luego me he liberado de esa constricción recurriendo a la idea del Espíritu Santo que "vuela donde quiere" y a la idea de la fraternidad, evidentemente también cristiana".<sup>9</sup> También es importante advertir que el abolicionismo no es propiamente una teoría, sino una postura definida frente al control, que no busca extirpar en su totalidad los problemas constituidos y generados por el sistema penal, como tampoco persigue la desaparición de todas las formas de control social, pues está demostrado antropológica y sociológicamente la necesidad del orden. Por ello bien puede decirse que "importa no la desaparición del control, que equivale a orden, sino la eliminación de los controles represivos que actúan ideológicamente sobre la síquis y/o sobre el cuerpo humano... es capital, entonces, distinguir el control cuya génesis se encuentra en la constitución antropológica del

hombre, de aquel que es pura coacción y expresión de formas de dominación históricamente variables y por ello, en principio superables."<sup>10</sup> Igualmente debe quedar claro que el abolicionismo no busca sustituir por otro el sistema penal cuestionado, sino que lo que desea, entre otras cosas, es una sociedad en la que no se señale de antemano lo que es un hecho punible. Su planteamiento no ofrece "soluciones", sino una variedad de opciones para enfoques alternativos, y dentro de éstos, obviamente deben considerarse todas las variables y condicionamientos propios de los grupos y comunidades que toman las decisiones; de ahí que pueda pensarse en su viabilidad como instrumento capaz de permitir la solución de los conflictos que se producen en las poblaciones indígenas, respetando sus costumbres, valores, creencias y tradiciones.

##### B. El rol de las comunidades indígenas:

Es interesante notar como en los últimos tiempos se ha incrementado la preocupación por preservar la identidad de los pueblos indígenas, proporcionándoles instrumentos legales que les permitan mejorar, al menos, sus condiciones de subsistencia dentro de las llamadas sociedades "modernas" que a través de los tiempos impusieron sus propias reglas y quebrantaron sus formas de vida, en aras de una mal entendida "civilización" que no ha sido más que el producto de la dominación y del poder conjugados en el fenómeno socio-estatal donde estas comunidades poco o nada han tenido que ver. Bien afirma el Prof. norteamericano Pat Lauderdale que día con día aumentan las poblaciones penitenciarias en nuestras sociedades, que llamamos "civilizadas", pero -y esa es una de las tantas paradojas- cuando los historiadores y antropólogos excavan la tierra buscando la historia del hemisferio occidental, no han encontrado ninguna cárcel, ninguna prisión semejante a las actuales.<sup>11</sup> Lo anterior no significa que no existieran situaciones conflictivas como las que hoy día se presentan -de hecho ocurren desde que el hombre caminó sobre la faz de la tierra- entonces, ¿cómo es que estos

9. HULSMAN (Louk), citado por PÉREZ PINZON (Alvaro) en *La perspectiva abolicionista*, Bogotá, Edit. Temis S. A., 1989, pp. 10 y 11.

10. PÉREZ PINZON, Op. Cit. p. 15.

11. LAUDERDALE, (Pat), *Alternativas al castigo, una percepción indígena del derecho*. En revista *Opciones*, N° 20, octubre de 1992, p. 4.

pueblos, con idiomas a veces tan diferentes, podían vivir sin estas instituciones?

"A pesar de los muchos intentos, de proporciones de holocausto, por destruir a los pueblos indígenas, han perdurado. Su organización social y sus valores culturales, basados en miles de años de aprender de las lecciones de la naturaleza, son el núcleo de esta persistencia. Estas lecciones fueron ignoradas o sofocadas por los colonizadores, que prefieren ser llamados pueblos modernos."<sup>12</sup>

Resulta, pues, trascendente, que se hayan suscrito Convenios Internacionales que tienden a la protección de las comunidades indígenas, como lo es el adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en su septuagésimosexta reunión celebrada en Ginebra el 7 de Junio de 1989, ratificada por nuestro país según Ley N° 7316 de noviembre de 1992, donde se reconoce la aspiración de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, de su desarrollo económico, a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven, además de otros aspectos.<sup>13</sup>

Otros Estados también han incluido dentro de sus leyes comunes o en sus propias Constituciones, normas expresas que tutelan esa que podríamos denominar "autodeterminación" (aunque sea condicionada). Ese es el caso de Colombia, donde el artículo 246 de su Constitución Política dispone: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional". En el capítulo V de esta exposición se incluye el texto de algunas de esas disposiciones constitucionales que nos parecieron de importancia.

Esta tendencia a regular jurídicamente la situación de los indígenas, tomando en cuenta sus particulares condicionamientos, pone en evidencia la necesaria consideración de la entidad de estos pueblos, así como la inoperancia e injusticia de la aplicación indiscriminada, sobre todo del sistema penal. Desde esta óptica puede valorarse esa inclusión, en el régimen formal, como un paso muy positivo, pero teniendo claro que solo representa una etapa en el camino hacia lo que puede ser la solución definitiva, pues como señala Louk Hulsman, no podemos esperar que las leyes y las estructuras realicen la armonía social.<sup>14</sup>

### C. Las comunidades indígenas y los grupos religiosos en la perspectiva abolicionista:

No hay duda sobre el valor de las tradiciones o costumbres dentro de las comunidades indígenas, las que inclusive hoy día continúan manteniendo vigencia para resolver cierta clase de conflictos y de comportamientos antisociales en diversas comunidades latinoamericanas.<sup>15</sup> Podríamos afirmar que este modo de prestar atención a los problemas, en la búsqueda de soluciones menos dramáticas y sin la dosis de dolor que implica la aplicación del sistema penal, es un ejemplo real de que las ideas impulsadas por el abolicionismo sí pueden ser llevadas a cabo en la realidad. En efecto, puede observarse que normalmente en estas comunidades se procura (casi siempre a través de normas o reglas consuetudinarias) la vía del diálogo para obtener -entre el autor del daño y el ofendido- un acuerdo que satisfaga el interés del segundo sin sobrepasar los grados de represión en contra del primero. Igualmente suele acudir a los consejos y consultas como forma de evitar mayores confrontaciones entre los afectados y los causantes de los hechos en su perjuicio. Lo mismo puede decirse en relación con grupos religiosos organizados, donde -sin llegar a los fanatismos y excesos que en algunos casos han llevado a desvirtuar los principios en que debe desarrollarse la normal convivencia humana- se consiguen soluciones viables para la armonía social.<sup>16</sup>

Lo anterior alcanza mayor significado si reconocemos que la relación de los seres humanos en un sistema organizado de "premios y castigos" es -y ha sido- producto y resultado de una construcción social compleja,<sup>17</sup> donde evidentemente se impo-

12. LAUDERDALE, Op. Cit. pp. 6 al final y 7 al inicio.

13. Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Aprobado en Ginebra el 7 de junio de 1989.

14. HULSMAN (Louk) y BERNAT DE CELIS (Jacqueline), *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa*, Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1984, p. 44.

15. Ver al respecto el Informe Final de la Investigación Básica sobre Derecho Consuetudinario en tres comunidades Mayahablantes de Guatemala que realizó un grupo de expertos de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales de ese hermano país, encabezados por los investigadores John Schwank Durán y M. Guisela Mayén, especialmente en pp. 49 y ss.

16. Cfr. el Informe referido en la nota anterior en pp. 89 y ss.

17. PEGORARO (Juan S.), "Degradación y resistencia: Dos formas de vivir en la cárcel. Revista de Criminología y

nen "deberes de obediencia" que algunas veces exceden los límites de la libertad individual para hacernos incurrir en conductas que han sido artificiosamente construidas como ilícitas, en un afán de control político por parte de la clase dominante. En ese sentido la obra de Michel Foucault del año 1976, "Vigilar y Castigar", constituye un connotado esfuerzo por desnudar las vicisitudes del sistema, enmarañado entre lo que pretende (de modo oculto) y lo que pregona. No se trata, entonces, de someter a quienes piensan distinto sino de aceptar su modo de vida, su forma de expresión hacia el exterior con sus usos y costumbres, con sus propias normas comunitarias, en la medida en que todo ello tienda hacia la consolidación de los fines societarios. De ese modo podemos procurar la reducción del nivel de violencia en nuestras relaciones interpersonales, generado por las tensiones diarias a que se ve compelido el ser humano, y esforzarnos por construir un mundo mejor para las nuevas generaciones, a efecto de que no se pierdan en la lucha de teorías y de conformismos.

## V. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES REFERIDAS A LOS PUEBLOS INDIGENAS, ETNIAS O COMUNIDADES

Resulta de interés, para efectos de contar con una más amplia información sobre el marco legal que cubre a las poblaciones indígenas, transcribir las disposiciones de algunas constituciones latinoamericanas sobre el tema, extraídas de la obra "Indígenas de América Latina y El Caribe y Derechos Humanos"<sup>18</sup>

### A. Ecuador

La Constitución del Ecuador, cuya vigencia data del 1 de setiembre de 1983, contiene muy pocas disposiciones referentes a los indígenas.

Su preámbulo contiene una norma genérica, cuando reza:

*"el Estado ecuatoriano condena toda forma de colonialismo, neo-colonialismo y de discriminación y segregación racial, reconociendo el derecho de los pueblos a liberarse de los sistemas opresivos".*

Este texto se complementa con el que adjudica la nacionalidad ecuatoriana a "todo el que ha nacido en territorio nacional" (Art. 5.) y, por ende, es destinatario de los derechos y garantías políticas, socia-

les, culturales y económicas que consagran las normas de dicha carta.

Sin embargo, el aparente vacío de previsiones específicas, se suple con la norma que garantiza la aplicación de los pactos, convenios e instrumentos internacionales vigentes en relación con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (Art. 44.); esto es, se eleva a rango constitucional todo el elenco de instrumentos de ese carácter que hubiere suscrito Ecuador.

Los derechos reconocidos por la Constitución ecuatoriana refieren el uso de las lenguas aborígenes:

*"en los sistemas de educación que se desarrollen en las zonas de predominante población indígena, se establecerá como lengua principal de educación el quichua o la lengua de la cultura respectiva; y el castellano, como lengua de relación intercultural". (Art. 27.), consideradas todas como integrantes de las culturas (Art. 1.).*

Aunque no se disciplina respecto a la forma cómo se les impartirá justicia, consagra sin embargo la obligación de establecer defensores públicos para "el patrocinio de las comunidades indígenas", norma original, de gran importancia en cuanto significa el reconocimiento implícito de las "comunidades" como núcleos humanos, independientemente de sus integrantes individualmente considerados (Art. 107).

Se cuenta además con dos normas de carácter programático: la prohibición de toda clase de discriminación, Art. 19, inciso 5º y la prohibición de esclavitud o servidumbre en todas sus formas, Art. 19, inciso 7º, letra a).

### B. El Salvador

Con referencia a la Constitución vigente, de 15 de diciembre de 1983, se puede afirmar que son muy escasas las disposiciones referidas a indígenas. Sin embargo, estos deben considerarse salvadoreños por haber nacido en su territorio (Art. 9, No. 1) y son iguales ante la ley (Art. 3.) a la vez que las lenguas autóctonas se reconocen como patrimonio

Derecho Penal; N° 3-4, enero-diciembre, edit. Edino, Ecuador, 1993, p. 119.

18. MARINJ. (Carlos), *Indígenas de América Latina y el Caribe y Derechos Humanos*, 1 ed., San José, Costa Rica, ILANUD, Comisión de las Comunidades Europeas, 1992, pp. 110 a 126.

cultural, las cuales serán objeto de "preservación, difusión y respeto".

Es importante señalar, no obstante, que a través de la vigencia de los tratados internacionales, a los cuales se les atribuye fuerza de ley (Art. 144) se asegura para los grupos indígenas la protección de los derechos humanos mediante la acción de los organismos internacionales.

### C. Colombia

La Constitución de Colombia se encuentra en vigencia desde el 20 de julio de 1991. A esta Carta se le puede atribuir la interesante característica de ser eminentemente popular, por cuanto en su formulación se dio la participación de estudiantes, indígenas, campesinos, guerrilleros, políticos e intelectuales. En ella se refleja, a través de un conjunto muy importante de normas específicas, el protagonismo de las fuerzas marginadas de la multietnia.

Por otra parte, el valor que se le acuerda a los tratados internacionales sobre derechos humanos adquiere mucha significación: "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". (Art. 93).

En el aspecto político, se reconocen los territorios indígenas como "entidades territoriales" en la misma categoría que los "municipios" y "distritos", y se destina un capítulo especial a su regulación, del que surge la autonomía de que gozan dentro de su circunscripción: gobernarse por autoridades propias, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como participar en las rentas nacionales (Art. 287). Esta norma ratifica el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, atribuido por el Art. 40.

El reconocimiento de la diversidad étnica se ha erigido como un principio fundamental, por diferentes vías:

- a) Promoviendo las condiciones para que la igualdad entre todos los colombianos sea real y efectiva (Art. 7; Art. 13)
- b) Especificando, además, que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios y que la enseñanza se impartirá en sus propias lenguas, en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias (Art. 10).

c) Pregonando el derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (Art. 68).

De igual forma se asegura que el patrimonio cultural-arqueológico y los bienes que conforman la "identidad nacional" pertenecen a la Nación, pero la ley reglamentará los derechos especiales que pudieren tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica (Art. 72).

### D. Guatemala

La actual Constitución, vigente desde el 14 de enero de 1986, considera a los indígenas como guatemaltecos de origen (Art. 144). El idioma oficial es el español, aún cuando las lenguas vernáculas forman parte del patrimonio cultural de la Nación (Art. 143) y en las escuelas establecidas en zonas de predominante población indígena, la enseñanza deberá impartirse preferentemente en forma bilingüe.

Se dedica una sección especial dentro del Capítulo de Derechos Humanos a los derechos de la comunidad indígena, constituido por normas de contenido programático fundamentalmente, dejando librado a la ley la regulación de las materias que trata: respecto a sus formas de vida, lengua, religión, tradición, régimen de tierras, cooperativas agrícolas, trabajo.

### E. Nicaragua

La invocación que preside la normativa del texto constitucional, el cual se encuentra en vigencia desde el 19 de noviembre de 1986, exalta la lucha de los antepasados indígenas; en el capítulo sobre el Estado reafirma ese concepto al expresar que el pueblo es de naturaleza multiétnica (Art. 7), agregando que son nacionales "los nacidos en el territorio nacional", "son parte indisoluble del pueblo nicaragüense", que el poder "lo ejerce el pueblo directamente y por medio de sus representantes "libremente elegidos de acuerdo al sufragio universal, igual, directo, libre, y secreto" (Art. 2<sup>a</sup>). Su idioma oficial es el español, pero se reconoce a las lenguas de las comunidades de la Costa Atlántica el "uso oficial en los casos que establezca la ley" (Arts. 9, 90, 121).

En el Capítulo VI se trata específicamente el derecho de estas comunidades: desarrollar su identidad cultural, dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales "conforme a sus tradiciones" (Art. 89) lo cual es

reiterado por el Art. 180, el cual establece el reconocimiento de las formas comunales de propiedad de las tierras, y el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques.

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, se adoptó el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica, el cual desarrolla los principios constitucionales en un sano propósito de solucionar los múltiples problemas que se han planteado, especialmente con el pueblo Miskito.

Adquiere gran importancia el art 46, en cuanto consagra a favor de todos los integrantes de la comunidad, el reconocimiento y protección de los derechos humanos consignados en los instrumentos internacionales, a los que incorpora como integrando su Constitución Política y a los que cita expresamente.

Esta norma permitirá a los indígenas acudir a los órganos internacionales para hacer valer plenamente las acciones que allí se consagran en defensa de sus pretensiones, si no han sido contempladas por el derecho interno. Pero además, la fuerza vinculante de estos tratados y convenios, al emanar de la propia Constitución, resiste cualquier intento de cambio, a no ser por las vías establecidas para la reforma de la Constitución misma.

#### F. Panamá

De acuerdo con la Constitución de 1972 reformada por Acto Reformativo de 1978 y Acto Constitucional de 1983, la población indígena es panameña en cuanto nació en el territorio de la República (Art. 9). Aunque el idioma oficial es el español (Art. 7), se establece que las lenguas aborígenes serán objeto de especial estudio, conservación y divulgación, promoviendo programas de alfabetización bilingüe (Arts. 84 y 104).

En el aspecto político, aunque es muy escasa la normativa, se infiere que las normas programáticas le crean determinada protección a los pueblos indígenas: igualdad ante la ley (Art. 20); "no discriminación" (Art. 19); atención especial con el fin de promover su participación económica, social y política en la vida nacional (Arts. 120 y 121) y reconocimiento de las reservas de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de éstas (Art. 123).

#### G. Honduras

La constitución hondureña, vigente desde el 20 de enero de 1982, no contiene normas referidas

expresamente a los indígenas, pero es obvio que integran la población en calidad de nacionales por haber nacido en su territorio (Art. 23) y les alcanza por tanto, a título individual todo el elenco de garantías del Título III de la Carta.

Los tratados internacionales aprobados por el Estado "forman parte del derecho interno" (Art. 16) y, por ende, por esta vía se asegura la protección de los derechos que de ellos emanan, aún cuando puedan plantearse conflictos entre éstos y la ley, en cuyo caso prevalecerá el tratado (Art. 18).

#### H. Paraguay

La Constitución de Paraguay, la cual puede ser considerada como la más moderna de América, está vigente a partir del 20 de junio de 1992. Aparte del Capítulo referido en forma genérica a los derechos, deberes y garantías de todos los habitantes del país, dentro de los cuales se comprenden obviamente a los indígenas, se formula su expreso reconocimiento a "los pueblos indígenas", definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del estado paraguayo (Art. 62) y garantiza su derecho a preservar y desarrollar su identidad étnica, aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias (Arts. 63 y 65).

En relación con la protección de los derechos humanos se visualizan varias vías con posibilidad de promoción individual o colectiva:

- a) La del ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y aún de aquellos que aunque no estén consagrados expresamente, "son inherentes a la personalidad humana" (Art 45). Su custodia en vía no jurisdiccional ha sido confiada al Defensor del Pueblo, comisionado parlamentario, de carácter autónomo e inamovible, con funciones tales como "la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios" (Arts. 276 y 277).
- b) La de reclamar ante cualquier autoridad pública, la defensa de los "intereses difusos" (Art. 38). Es posible que en definitiva todas las acciones no jurisdiccionales se canalicen por intermedio del Defensor del Pueblo, pero la norma no distingue.
- c) El ejercicio de acciones contra la lesión de esos mismos derechos constitucionales en

vía jurisdiccional interna, tanto los expresamente reconocidos por la Constitución como los que no lo están expresamente pero son "inherentes a la personalidad humana", y en ambos casos, aún cuando no exista ley que los reglamente en forma expresa (Arts, 131 y siguientes, 38 y 45).

ch) Agotada esta vía, se abre la posibilidad de acudir al sistema internacional, haciendo valer en ese ámbito los derechos consagrados por los tratados, que no han recibido acogida en la vía interna.

El régimen de propiedad ha recibido un tratamiento especial: se asegura el derecho de propiedad "comunitaria", consagrando la obligación por parte del Estado de proveerlos gratuitamente de esas tierras, las que se declaran inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, exentas de tributos y no susceptibles a garantizar obligaciones contractuales, ni de ser arrendadas, (Art 64). Se trata de una norma original en cuanto no se les acuerda el goce pleno del derecho de propiedad sino el usufructo de las tierras, que se transforman en verdaderos "asentamientos" estables en las regiones de poblaciones autóctonas.

Paraguay es uno de los únicos países americanos que tiene reconocido constitucionalmente dos idiomas oficiales, el castellano y el guaraní (Art.240) y aún cuando deja librado a la ley las modalidades de utilización de uno u otro idioma, se disciplina que en el caso de las minorías étnicas cuya lengua materna no sea el guaraní, podrá optarse entre uno y otro idioma oficial en las exigencias de la enseñanza (Art 77).

## I. Perú

La constitución peruana, vigente a partir del 12 de julio de 1979, se inicia, como todas las constituciones americanas modernas, con la enumeración detallada de los derechos y deberes fundamentales de la persona humana, "fin supremo de la Sociedad y del Estado".

Considera peruanos sin distinción a "todos los nacidos en el territorio de la República (Art. 89), a quienes atribuye la titularidad de los derechos y deberes que consagran sus normas.

En el Título III relativo al Régimen Económico, Cap VIII, reconoce existencia legal y personería jurídica a las comunidades campesinas y nativas, entidades autónomas en su organización, trabajo comunal, uso de tierra, economía y administración,

dejando librado a la ley su regulación

En relación con la protección de los derechos humanos considerados en su concepción más amplia dentro de la normativa constitucional, se señala:

- a) La que brinda el orden jurídico jurisdiccional interno, expresamente confiado a los órganos jurisdiccionales, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley establecen (Art. 232).
- b) La que presta el Ministerio Público, órgano autónomo, (Art. 250), institución a la cual le corresponde representar en juicio a la sociedad y actuar como "defensor del pueblo" ante la administración pública.
- c) Agotada la vía en la jurisdicción interna, puede acudir a los tribunales u órganos internacionales constituidos según tratados de los que el Estado de Perú es parte (Art. 305). Se les ha acordado, además, a los tratados internacionales, un valor de excepción, en cuanto se les considera parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece siempre el tratado.

En el proceso de adhesión, si hubiera alguna norma que afecta una disposición constitucional, se incorpora al derecho vigente mediante el mismo procedimiento que rige el proceso de reforma constitucional (Art. 103).

Otra garantía de importancia fundamental es la que le acuerda a los preceptos de los tratados relativos a los derechos humanos, la misma jerarquía de la norma constitucional, lo que asegura que una vez incorporados, la simple denuncia del tratado no invalida sus normas si no se hacen sus modificaciones por el procedimiento de reforma de la Constitución (Art. 105).

En relación con el sistema de tierras, el Capítulo VII, relativo al régimen agrario, tiene suma importancia, no sólo por la prioridad que el Estado otorga a su desarrollo integral, garantizando el derecho de propuesta privada en forma asociativa o individual (Art. 157), sino en cuanto coloca a las tierras de las comunidades campesinas en un régimen de protección especial: inembargables, imprescriptibles e inalienables; en este último caso regulada por la ley, asegurando mayorías especiales de la Comunidad para su enajenación.

También en relación con la cultura, ha disciplinado normas protectoras y especialmente en relación con la lengua, garantiza el derecho de las

comunidades a recibir educación primaria en su propio idioma (Arts. 37 y 35).

#### J. Brasil

La Constitución de Brasil se encuentra vigente desde el 5 de octubre de 1988.

El Capítulo relativo a los derechos y garantías fundamentales es muy amplio, y regula en detalle los llamados "derechos individuales, colectivos y sociales", los cuales protegen por igual a "todos los nacidos dentro del territorio nacional" (Arts. 5 a 12).

Sólo se reconoce como idioma oficial el portugués (Art. 13) y aunque no contiene una normativa protectora específica, pueden señalarse algunas disposiciones de carácter programático muy importantes:

- a) La importancia que se acuerda a la prevalencia de los derechos humanos y a la autodeterminación de los pueblos en las relaciones internacionales.
- b) La defensa judicial de los derechos e intereses de las "poblaciones indígenas" a cargo del Ministerio Público (Arts. 129, N<sup>o</sup> 5, y Art. 232), la cual no es excluyente de la que puede ejercerse por terceros, o aún por los defensores públicos oficiales en beneficio de los integrantes de dichas colectividades.
- c) El reconocimiento "a los indios" de su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones y sus derechos originarios sobre las tierras que "tradicionalmente ocupan" (Art. 231) de carácter inalienable e indisponibles. El problema de la tierra, que se ha considerado uno de los más polémicos en las reivindicaciones de los pueblos indígenas, ha quedado librado a la competencia de la Unión Federal, Arts. 22, N<sup>o</sup> 14; 50 N<sup>o</sup> XVI y del Congreso Nacional.

No obstante lo anterior, se les reconoce constitucionalmente el usufructo exclusivo de las riquezas existentes en el suelo, los ríos y los lagos, salvo casos de autorización expresa del Congreso Nacional, en favor de terceros y con participación de los frutos provenientes de la explotación.

#### K. Venezuela

La constitución venezolana, vigente a partir del 23 de enero de 1961, consagra muy pocas dispo-

siciones al tratamiento específico del tema, de modo que habrá que atenerse a la normativa general en cuanto a la defensa de los derechos humanos de los indígenas, considerados éstos individualmente.

Aún cuando esta Constitución no excluye expresamente a los indígenas como personas con iguales derechos que el resto de la población, considera que su protección como "comunidad" y su incorporación progresiva a la vida de la nación requieren un régimen de excepción, que deja librado a la ley. Podría señalarse, sin embargo, el amparo irrestricto a cargo de los tribunales de justicia en el goce y ejercicio de los derechos y garantías consagradas por la Constitución. (Art. 49).

#### L. México

La Constitución mexicana se encuentra en vigencia desde el 31 enero de 1917. Ni esta Carta Fundamental, ni leyes posteriores han establecido cuál es la lengua oficial, en tanto que señalan los estudiosos del tema que existen 56 lenguas distintas agrupadas en otras tantas etnias.

Esto puede dar una idea de lo complejo que resulta abordar el estudio de su "status" social, político, económico y jurídico.

Llama la atención que el constituyente de 1917 le haya dedicado tan escasa atención a los grupos étnicos. Es cierto que el Capítulo II, al tratar el tema "De los Mexicanos" establece que "son mexicanos por nacimiento: "Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres", lo que conduce a inferir que, correspondiéndoles esa categoría por nacimiento, a los indígenas les alcanza la normativa relativa a los derechos y garantías consagradas para todos sus habitantes. Empero, los analistas del sistema son unánimes en afirmar que la población indígena ha permanecido completamente relegada de la vida política y social del país por lo cual "no se les ha reconocido personalidad jurídica en cuanto tales, ni se reivindicaron sus derechos y prerrogativas salvo en el aspecto propiamente agrario".

Además como señala Enrique Larios "por siglos han soportado embates culturales, religiosos, económicos, ideológicos y sobre todo jurídicos, continúan siendo una parte importante de la población mexicana que no ha podido obtener un mínimo de bienestar social".

En el marco de la normativa constitucional, interesa el comentario del Art. 27. Se afirma en principio que:





## BIBLIOGRAFIA

- Asociación de Investigación y Estudios Sociales, *Investigación básica sobre derecho consuetudinario en tres comunidades mayahablantes de Guatemala*, Informe final, Guatemala, 1993.
- DOBLES OVARES (Víctor) y GUILLEN GRILLO (Georgina), *Problemas en la aplicación de la ley penal a los grupos indígenas costarricenses*, San José, Tesis para optar el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1988.
- GUIER ESQUIVEL (Jorge), *Historia del Derecho*, San José, Editorial UNED, Segunda edición, 1981,
- HULSMAN (Louk) y BERNAT DE CELIS (Jacqueline), *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa*, Barcelona, España: Editorial Ariel S. A., 1984.
- HURTADO POZO (José), *La ley importada, recepción del Derecho Penal en el Perú*, Lima, Editorial CEDYS, Primera edición, 1979.
- LAURDERDALE (Pat), *Alternativa al castigo, una percepción indígena del derecho*. En *Revista Opciones*, Nº 20, octubre, 1992.
- MARIN J (Carlos), *Indígenas de América Latina y el Caribe y Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, ILANUD, Primera edición, p. 38
- MARTINEZ SANCHEZ (Mauricio), *La abolición del Sistema Penal*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis S. A., 1990.
- PEGORARO (Juan S.), *Degradación y resistencia: Dos formas de vivir en la cárcel*, *Revista de Criminología y Derecho Penal*, Nº 3-4, enero-diciembre, Ecuador, Editorial Edino, p. 119
- PEREZ PINZON, (Alvaro), *La perspectiva abolicionista*, Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A., 1989.
- SANCHEZ ROMERO (Cecilia) y HOUED VEGA (Mario), *La abolición del Sistema Penal: perspectiva de solución a la violencia institucionalizada*, San José, Costa Rica, Editec Editores S. A., 1992.

# SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS PENALES. UNA PROPUESTA DE MARCO TEÓRICO

*Henry Issa El Khoury.*  
 Profesor de Derecho Penal  
 Universidad de Costa Rica

## INTRODUCCION

El mundo penal contemporáneo planteó hace algunos años -sobre todo en los países nórdicos- una experiencia interesante: el abolicionismo penal. Cuando la idea llega a los países latinoamericanos, el asombro y, en algunos casos el enojo, se apoderó de aquellos juristas que nunca han oído la realidad del sistema de justicia penal. Y al contrario, parece haber señalado inquietudes importantes en otros colegas más sensibles al quehacer de la justicia penal en los grupos ciudadanos que más directamente toca el sistema de justicia penal. Así, en nuestro medio aparece la obra de Cecilia Sánchez y Mario Houed *El abolicionismo penal* y otro estudio de estos autores junto con Alfredo Chirino relativo al abolicionismo y las comunidades indígenas. Sin embargo el tema no ha dejado de ser parte de círculos de estudio muy reducidos.

Con el auge que han tomado las ideas de la resolución alterna de conflictos, se ha vuelto a pensar en el abolicionismo; sin embargo hay que señalar que las bases teórico filosóficas del abolicionismo, ni las del derecho penal mínimo, son las mismas que la solución alterna de conflictos. Sin embargo, hay una cercanía interesante que puede servir como dato para el abordaje de la solución no penal de conflictos tradicionalmente sometidos a la intervención penal. La solución alterna implica que aún el conflicto penal es posible verlo desde una perspectiva de negociación y por tanto de horizontalidad, en lugar del uso de la verticalidad que ofrecen nuestras leyes, en las que ni siquiera se encuentra la posibilidad de la participación de la víctima, a no ser como reclamante civil.

Abolicionismo, derecho penal mínimo, despenalización, penas alternativas, solución alterna del conflicto penal: ideas que van cobrando fuerza en nuestro medio. Esa fuerza es la motivación que llevan las páginas siguientes, que pretenden únicamente ser un marco teórico para tratar el tema del RAC en materia penal, pues a diferencia de otras materias, el derecho penal ha estado marcado por el prejuicio de que el poder punitivo estatal es indelegable e impostergable, máxime en un sistema jurídico-procesal como el costarricense claramente marcado por el principio de obligatoriedad de la acción y por una evidente recurrencia a la solución penal como única manera de enfrentar conflictos sociales.

Intentamos por ello, en este ensayo, buscar una justificación racional a los límites de la potestad punitiva del estado y enfrentar los fundamentos del derecho sancionatorio con la solución negociada de conflictos. En este intento pretendemos reconocer institutos fundamentales: el bien jurídico como objetivo racional de la norma penal, y la víctima como objetivo racional del "ius punendi".

Al acometer el tema pretendemos concluir en la posibilidad y en la necesidad de una solución negociada de algunos conflictos que tradicionalmente han sido confiados a los tribunales penales. Esta puede ser una saludable solución que enfrente la violencia del sistema penal; también un avance hacia una sociedad más solidaria.

Por último consideramos importante aclarar que, aunque temas distintos, solución alterna de conflictos en sede penal puede verse complementada con la aplicación de un sistema de penas alternativas a la prisión.

## I. EL DERECHO PUNITIVO Y SUS LÍMITES

### 1. Algunas características del derecho penal.

Comúnmente se sostienen varias posiciones sobre que la función social que cumple el derecho penal y la pena. Tomando en conjunto todas estas posiciones, la función del derecho penal es doble: por una parte debe lograr la seguridad jurídica, entendida como la protección de bienes jurídicos, y por otra, de defensa social; por su parte la pena va a tener un efecto de prevención general, en el sentido de disuadir del delito a aquellos que no han delinquido; y de prevención especial, en tanto que a la pena se le asigna un efecto sobre el delincuente: el que no vuelva a cometer delitos; por su parte para algunos la pena debe tener un efecto retributivo en tanto que para otros debe ser resocializador.

Como puede observarse, en el fondo de las posiciones se pide al derecho penal una seguridad. Esta especie de seguridad jurídica que, se supone, provee el derecho penal está acompañada de una función fundamental: la protección de bienes jurídicos. Ciertamente, en una sociedad organizada, los ciudadanos exigimos un orden y una clara protección de bienes que consideramos fundamentales. "El fin de proveer a la seguridad tutelando bienes jurídicos es lo que le asigna un límite racional a la aspiración ética del derecho penal..." (Zaffaroni, Manual, p.55).

Idealmente, por lo dicho, se parte de que hay una serie de bienes jurídicos, claramente señalados y diferenciados y que el derecho penal los protege, al someter a sanción penal a las personas que los lesionan o los ponen en real peligro. Sin embargo, este aserto merece una precisión. Por una parte, los estudios de criminología contemporánea dan cuenta de algunos datos de realidad que pueden sesgar ese planteo: la pena convencional, la prisión, no funciona como un readaptador social, pues sólo cumple una función de contención y únicamente en algunos casos. Por otra parte, un estudio sistemático de los bienes jurídicos protegidos en cualquier Código Penal y leyes especiales de Latinoamérica puede dar cuenta de que no todos los bienes jurídicos que merecen tutela penal están señalados en los tipos penales; además, que algunos tipos penales no cumplen bienes jurídicos, mientras que otros protegen zonas de la realidad que no deberían, por razones de importancia, estar confiados a la tutela penal.

Surge, así, una gran duda acerca de la función del derecho penal, sobre todo si se toma en consideración la opinión, fundada en investigaciones de

realidad, de que el sistema de justicia penal genera, en ocasiones, más violencia de la que trata de evitar. (Sobre el aspecto de la violencia del sistema de justicia penal pueden consultarse una serie de investigaciones y de documentos producidos por criminólogos Latinoamericanos y recomendamos leer la investigación realizada en la mayoría de los países de Latinoamérica y dirigida por Raúl Zaffaroni: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe final)*, Depalma, 1986.).

Desde este punto de vista, la potestad punitiva del estado deberá plantearse con una buena dosis de relatividad, relatividad que pudiera resultar inusual para el penalista tradicional, acostumbrado a sumar uno más uno, a tipificar y a dictaminar la pena.

### 2. Los límites del ius punendi.

Visto de esta manera, el ius punendi no puede ser un derecho absoluto del estado, primero porque la función del sistema de justicia penal no es generar la violencia sino evitarla y segundo porque existe un contenido que le da sentido al derecho penal: la protección de bienes jurídicos. Con lo anterior pretendemos mostrar que el ius puniendo tiene límites claros: la violencia institucionalizada -límite negativo- y los derechos humanos -límite positivo-.

Dentro de esos extremos, el ius punendi encuentra su justificación en la protección de aquellos bienes jurídicos respondan y correspondan a las necesidades vitales de una convivencia social armónica. De esta justificación derivan dos obligaciones fundamentales del poder público: la de llevar al sistema sancionatorio sólo aquellas conductas que verdaderamente resulten lesivas para las bases mismas del sistema y la de no producir violencia ni vulnerar bienes jurídicos cuando ejercita esa potestad sancionatoria.

Observadas desde un marco legal general, estas dos obligaciones no son sino los límites que impone al poder público la obligación del País de cumplir con las cartas internacionales sobre derechos ciudadanos que ha suscrito y de respetar los lineamientos plasmados en la Constitución política.

### 3. Reclamos ciudadanos al sistema de justicia penal.

Así, cuando el sistema de justicia penal, llamado por antonomasia a evitar la violencia, se torna violento, el problema social no sólo se agrava, sino que la justicia misma se pone en la picota y la

institucionalidad del país corre un gran peligro: la pérdida de confianza en la justicia penal es un mal que no puede tolerarse en ninguna democracia, porque es el lógico llamado a la dictadura.

En nuestras sociedades, la pérdida de confianza no ocurre solamente a causa de los casos de corrupción; se da también, por una parte, cuando el Sistema al que se le exige erradicar la violencia, se torna violento y, por otra, cuando las acciones tardadas de los tribunales de justicia generan, a los ojos de la sociedad un sentimiento de desprotección. (Aunque no sea cierto -ni por definición puede serlo- que el Poder Judicial sea el llamado a combatir la delincuencia).

Los grupos sociales parten de que el poder que imparte justicia tiene un encargo social fundamental: que la víctima individual se sienta resarcida y que la sociedad, víctima colectiva, se encuentre tranquila. De ahí que cuando se pide justicia pronta, como requisito constitucional, no se está hablando de ningún mito ni de ningún principio abstracto, sino de algo muy concreto que redundará en la tranquilidad social. Es la única garantía que solicitan los grupos sociales.

Violencia institucional y justicia tardada son, pues, dos fuertes problemas que deben afrontar los subsistemas del sistema de justicia penal; además, por su parte, el sub sistema judicial debe cargar con la apreciación popular de que él sólo es el sistema de justicia penal.

Haciendo esta aclaración es importante que nos detengamos para observar cuáles son los problemas que se han asignado al sistema de justicia penal.

Pueden resumirse así:

a. En cuanto al sub sistema legislativo, leyes mal elaboradas, desde el punto de vista del principio de legalidad/tipicidad; leyes sin bien jurídico tutelado; leyes que tutelan penalmente zonas de la realidad que deberían confiarse a otras ramas del derecho; y en lo procesal, la existencia de un principio rígido de obligatoriedad de la acción y la imposibilidad de participación de la víctima en el proceso, excepto como actora civil.

Lo anterior produce, en ese mismo orden: leyes que se tornan en inaplicables o le dan a la policía un arma no constitucional para actuar; leyes que al no cumplir ninguna finalidad lesionan la esencia misma del derecho penal, lo cual produce una injusticia para ciertos grupos sociales y además un clasismo del derecho penal; y leyes que producen una inflación penal sin sentido y llena los tribunales penales de bagatelas quitando tiempo,

esfuerzo y presupuesto, para la resolución de problemas que sí importan a los grupos sociales; por su parte, la carencia de un principio de oportunidad, impide discriminar hechos que no van a tener futuro en los tribunales de justicia y que sólo contribuirán a hacer más lento el trámite de los que sí necesitan del concimiento judicial; además, la falta de una clara participación de la víctima, impide en muchos casos la solución del conflicto por vías alternas.

En relación con los problemas que puede presentar para una sana justicia la redacción del tipo penal y los términos que utiliza el legislador, quiero utilizar el ejemplo del delito de estupro.

El artículo 159 del Código Penal impone prisión de a quien tuviere acceso carnal con mujer honesta mayor de 12 y menor de 15 años. Esto es lo que se llama estupro en Costa Rica. Dada la redacción del tipo, no se castiga, como pensamos se pretendía, la "estafa sexual", el "stuprum", esto es: la seducción de mujeres sexualmente inexpertas. En su lugar, de acuerdo con los términos utilizados por el legislador, si utilizamos el método de que sólo las palabras del tipo nos llevan al objeto protegido, podemos darnos cuenta que se protege solamente la honestidad, término que, de acuerdo con el diccionario es la condición de ser honesto, y de acuerdo con las resoluciones de los tribunales costarricenses, no se sabe a ciencia cierta qué es<sup>1</sup>. A consecuencia de lo anterior, la observación y el seguimiento de un proceso penal por estupro, además de permitirnos cuestionarnos su legalidad, por el uso de elementos polisémicos como el de "honestidad", es un ejemplo claro de como la justicia penal puede revertirse y victimizar a la víctima.

b. en cuanto al subsistema policial, la falta de capacitación de los policías y las leyes contravencionales sin objeto claro de protección permiten el establecimiento de una "moral policial" que permite reprimir sectores de bajos recursos únicamente por su forma de vestir, su apariencia, o por el lugar en donde se encuentran. Esto, además de sobrecargar el trabajo de las alcaldías de faltas y contravenciones produce un efecto de señalamiento y estigmatización que conduce a criminalizaciones posteriores de grupos de sujetos sometidos a ese poder. (En última instancia, un alcohólico que es recogido como contraventor, por deambular por las calles de San José,

1. Véase en: Vargas Chacón, María Gabriela. El delito de estupro. Tesis, Facultad de Derecho, U.C.R., 1992, una serie de citas de sentencias penales en donde se intenta definir el término honestidad. Allí pueden apreciarse más de veinte conceptos disímiles del término.

puede terminar como delincuente, a pesar suyo, engrosando las filas de los expedientes de los juzgados y tribunales penales).

c. En otras ocasiones hemos señalado que uno de los aspectos que más vulneran una sana administración de justicia (policial, judicial y penitenciaria) es el excesivo número de expedientes por resolver. En cuanto al subsistema judicial, este es uno de los aspectos que más interfiere en una sana administración de justicia y que es producto de varios aspectos, algunos de los cuales son los antes mencionados: desmedido uso del derecho penal en casos en que otras ramas del derecho podrían asumir el conflicto, exceso celo en que el estado deba intervenir en todos los conflictos cuando podrían resolverse por medios alternos, así como procedimientos que impiden la selección de los casos que sí ameritan elevarse a proceso y dificultan la participación de la víctima en la solución rápida del caso e impiden las posibilidades de conciliación como instancia procesal. Y quiero contar una experiencia personal: Como juez suplente, integré hace algunos años un tribunal penal. Debíamos conocer del robo de un reloj a un ciudadano costarricense, residente en Ciudad Quesada y ocurrido en San José, en una terminal de buses. El debate se desarrolló más de un año después de ocurridos los hechos. Todo estaba muy claro y probado y luego de la declaración del imputado, nos dispusimos a escuchar la del ofendido/testigo: "con todo respeto les digo que yo no quiero que le hagan nada a él -se refería al imputado-. Yo lo que quería era el reloj. En estos tres años nadie quiso dármelo. Con lo que he tenido que gastar en pasajes para venir aquí en otras ocasiones y en esta, ya me hubiera comprado otro reloj..." Dejo aquí, y adrede sin comentario, esta historia real.

## II. LA SOLUCIÓN NO JUDICIAL DE LOS CONFLICTOS PENALES EN COSTA RICA.

### 1. La afectación significativa al bien jurídico como fundamento para la aplicación de la pena.

"No hay delito si no se viola o se pone en real peligro un bien jurídicamente tutelado". Este aserto, máxima doctrinaria del un derecho sancionatorio racional y no autoritario ha sido a la vez limitada a partir de los estudios de la vilencia del sistema de justicia penal, producto de la sobre saturación de los subsistemas judicial y penitenciario.

Pero también la doctrina se ha encargado en algunos momentos de cuestionarse no la necesidad de que exista un objeto de protección para que haya

delito, sino de que ese objeto protegido sea lesionado con una magnitud correlativa a la magnitud de la respuesta estatal. Las doctrinas sobre la antijuridicidad material, la de la Adecuación Social de la Conducta y, en Latinoamérica, la atipicidad por insignificancia de la lesión, son ejemplos de cómo al pensador sobre derecho penal no le calza fácilmente que toda lesión enerve un movimiento estatal tan fuerte como el del tribunal penal. Sólo imaginemos a un profesor, o a un funcionario judicial enfrentando cargos por peculado al haber utilizado una barra de tiza o una hoja de papel menbrutado en asuntos personales.

En la práctica jurídica costarricense, legislativamente en una parte y por jurisprudencia de la Sala Costitucional, se ha ido limpiando el camino para que el daño nimio no pueda, por ejemplo ser sometido a pena de prisión. En efecto, actualmente, para que un hurto no sea una contravención el valor de lo sustraído debe ser mayo de...; los daños en el cuerpo o en la salud que califique como delitos deben importar una incapacidad de...(Obsérvese, al respecto, las reformas que han variado la cuantía del hurto y de las lesiones, así como la resolución de la Sala Costitucional referente a la prohibición de convertir la multa en prisión.)

Igualmente algunas resoluciones penales, en algunos casos y votos salvados en otros, han señalado la posibilidad de que esta perspectiva no sea una posibilidad vedada por nuestra práctica judicial.

### 2. Las formas incipientes de solución alterna en la legislación penal vigente y sus perspectivas.

De las salidas desinstitucionalizadoras más comunes que pueden observarse en nuestra ley, se encuentran los delitos de acción privada y la conciliación; la prevención que se hace al denunciado en los delitos de retención indebida y de libramiento de cheque sin fondo, entre otros; la no penalidad de los que se sometan a la autoridad en el delito de rebelión; el perdón del ofendido en las hipótesis del artículo 81; el perdón judicial, en las hipótesis del artículo 97. Todos estas formas dan cuenta de posibilidades significativas de la instauración de formas alternativas en la justicia penal costarricense, sin embargo no pueden señalarse de manera estricta como solución no judicial de conflictos. Al señalarlas queremos apuntar al hecho de que nuestro sistema sí prevee posibilidades.

Un examen a las reformas de los últimos diez años en materia de delitos contra la propiedad nos

muestra la tendencia legislativa a ir eliminando del elenco de los delitos "el bajo costo" del daño patrimonial. Ciertamente estos han sido periódicamente trasladados, por razón de la cuantía, a lo que se llama hurto menor, y que aparece en el libro III del Código Penal como contravención. De la última reforma legislativa ha quedado claro que año con año, y de acuerdo con el salario mínimo de... así será la cuantía para discriminar entre delitos y contravenciones. Igualmente el voto 260 F 91, de las 10:35 horas de 7 de junio de 1991 aclara el punto de que también el hurto agravado necesita de la cuantía mínima del hurto simple; así las cosas si se dan los supuestos del artículo 209, pero no la cuantía, hay hurto contravencional.

Este preámbulo nos permite señalar una tendencia de nuestra voluntad legislativa y jurisprudencial acorde con tendencias desinstitucionalizadoras cercanas al derecho penal mínimo (aunque la razón de fondo quizá no tiene este lineamiento teórico, sino más bien la urgencia de descargar los juzgados penales y de instrucción de un alto porcentaje de expedientes).

Sin embargo, lo anterior no podría tener un fin tan limitado, si legislativamente no se entendiera que en estos casos el daño social no es lo que el común de la gente cree, a partir de las informaciones cotidianas. De ahí que, pensamos, tanto para el ofendido como para aquella "vindicta pública" sería más prudente buscar formas alternas que atiendan a llevar a un acuerdo a la persona ofendida con la persona ofensora que crear un conflicto que podría, en muchos casos, ser artificial.

### III. EL TRATAMIENTO DE LOS DELITOS.

#### 1. Aspectos generales:

Es muy difícil partir de la nada y señalar aspectos de solución alterna de conflictos, tratándose de una materia en la que la opinión ciudadana ve como natural la cárcel. Es tan difícil, que aun la misma discusión sobre la implantación de sanciones alternativas a la prisión es vista con recelo por los grupos de ciudadanos, guiados, en general, por informaciones masivas que se asientan en el temor y en la falsa idea de que la pena -léase de prisión- lo puede todo.

Sin embargo esos sectores olvidan que la propia ley penal (léase aquí "ley penal" como derecho penal general, especial y procesal penal como un todo) presenta intentos de desinstitucionalización bastante cercanos a resoluciones de conflictos pena-

les no judiciales, y que ello no ha colaborado para agravar ni aumentar la delincuencia en el país, pues las causas de ello son otras muy diferentes.

a. Un grupo de delitos que puede ser susceptible de ensayo en esta temática es el de los delitos contra la propiedad. La solución negociada entre ofendido y ofensor pueden llegar a ser un requisito previo a la judicialidad del conflicto y permitiría tocar el tema más agobiante en lo que a número de expedientes judiciales se refiere. Obviamente hay que tener muchos cuidados, uno de ellos es que se trate de delitos en los que no haya habido violencia en las personas. Así, los hurtos, los robos con fuerza en las cosas, las apropiaciones indebidas, la apropiación irregular, las estafas, estelionatos y otras defraudaciones, las usurpaciones y aún el delito de daños pueden ser sometidos a una fase previa de conciliación.

b. En relación con otros bienes jurídicos, los llamados delitos contra la familia, como los tipos de matrimonios ilegales (Sección I, artículos 176 a 182) y los de atentados contra el estado civil (Sección II, artículos 182 y 183), son un ejemplo para tomar en cuenta en una experiencia de este tipo. Igualmente los tipos de Incumplimiento de deberes familiares (artículos 185 a 188), así como los Delitos contra el ámbito de intimidad.

Obviamente, en muchos casos no debería acudir a la solución negociada del conflicto, sino a la descriminalización, por ser absolutamente absurda o innecesaria la figura. Tal el caso del libramiento de cheques sin fondos (art. 143) y de la recepción de cheques sin provisión de fondos (art. 143 bis)

#### 2. Mecanismos posibles.

##### a. *Los delitos de acción privada*

En el procedimiento de los delitos de acción privada queda claro que la conciliación no sólo es posible en la convocatoria al efecto -art. 436 CPP- sino que puede ocurrir en cualquier estado de la causa -art. 438 ibidem-. Esta posibilidad es interesante de explorar y explotar al máximo.

Es necesario plantearse si tal y como está concebida la conciliación pueda servir como medida desinstitucionalizadora; de ser así no se necesitaría una reforma legal sino una capacitación judicial en ese sentido. Caso contrario, se debe fortalecer procesalmente la conciliación. De todos modos sí es importante pensar en la Conciliación como instancia previa a la presentación de la querrela.

El procedimiento en los delitos de acción privada permite pensar la posibilidad de que algunos hechos de acción pública se transformen en delitos de acción privada. Además, su existencia nos permite tener ya un camino ejemplificativo para poder establecer reformas en los delitos de acción pública que puedan aceptar la conciliación.

*b. Delitos de acción pública dependientes de instancia privada.*

En igual sentido pensamos con el caso de los delitos de acción pública dependientes de instancia privada, en donde se necesita de una denuncia formal. En este caso, la posibilidad de una conciliación como requisito previo a la denuncia puede ser un instrumento utilizable.

#### IV. EL CASO CONTRAVENCIONAL.

Dentro de las maneras que usualmente se buscan para descongestionar los tribunales está la de pasar los hechos que son delitos menores a las contravenciones. Este procedimiento, legislativamente fácil lo que hace es obstruir más el ya deteriorado sistema contravencional. Seguidamente nos referiremos al problema que plantea el sistema contravencional en relación con los principios constituciones de legalidad y de culpabilidad.

##### 1. Contravenciones y legalidad criminal.

El tema de la violación a las reglas del legalidad criminal y del principio de culpabilidad no es nuevo en Costa Rica. Desde que en los años 80 introdujimos el tema en nuestro curso de Derecho Penal, se produjeron algunos trabajos importantes, dos de los cuales son: la tesis de grado de Alfredo Chirino y Blanca Rodríguez que es un serio tratamiento sobre todo el problema contravencional y el trabajo de Alfredo Chirino y mío sobre la legalidad del sistema contravencional en algunos países de América Latina.

Las conclusiones que uno puede sacar sobre toda la temática contravencional pueden reagruparse así:

- Las contravenciones constituyen un buen ejemplo de lo que es un derecho sancionatorio autoritario, tanto por la forma de las descripciones típicas, como por la inexistencia, en muchas de ellas de un claro objeto de protección (bien jurídico tutelado),

como por carecer de los requisitos de un derecho penal de acto y constituye más bien un derecho penal de autor y de peligrosidad.

- El sistema contravencional, en relación con su fase procedimental, tiene mucho que resentir en relación con la aplicación clara de todas las reglas del debido proceso, derecho de defensa y principio de inocencia.
- Por lo anterior, el sistema contravencional apuntala un criterio de moral policial, pues permite al policía actuar a su antojo; es, como lo hechos dicho en algunas ocasiones, un batón cómodo para que la policía viole los derechos elementales de los ciudadanos.

##### 2. Consecuencias de las contravenciones en sede policial.

Siguiendo la tónica de la Ley 23 colombiana, de 1991, en la que se plantea en ese país todo el asunto de la solución alterna de conflictos, se ha hablado en Costa Rica de pasar las contravenciones a la sede policial, tal y como fue concebido por el Código de Policía de 1941, derogado por el Código Penal vigente, que judicializa las contravenciones.

Partiendo del supuesto de que quisiéramos seguir la tónica de la Ley 23 mencionada y de que queramos una solución alterna de conflictos en el caso contravencional, tendríamos que plantearnos una formación policial y una formación ciudadanas muy distintas a las que Costa Rica ha estado habituada.

##### *a. Policía y ciudadano.*

Como puede observarse, el tema de la policía es fundamental en la cuestión contravencional, máxime si se espera que como el el caso de la ley colombiana, Costa Rica opte por una posibilidad de contravenciones administrativas para que un agente policial pueda ser quien se encargue del caso.

(Antes de seguir adelante, es importante hacer un paréntesis para evidenciar una fácil y falsa premisa: "para poner orden, necesariamente hay que violar los derechos de los ciudadanos". De esta afirmación, que generalmente es publicitada, entre líneas, en muchos momentos por autoridades diversas y por oscuros ideólogos y repetida aparentemente con placer por los medios masivos, se derivan dos consecuencias falsas, en nuestro criterio:

- La primera, que también se le vende al

público junto con la noticia, es que los derechos humanos son alcahuetería; representan debilidad estatal, permisividad más allá de lo que un estado serio debe permitir, caos.

- La otra, que la única manera de poner orden es atacando los derechos ciudadanos, lo cual revela la imposibilidad de la justicia "sana" y del cumplimiento de la consititución...)

No es necesario hacer un esfuerzo mental grande para darse cuenta que, en nuestro medio, el policía no es persona, no es concebido como persona. Nuestra formación como ciudadanos ha sido omisa a todo lo que es vida ciudadana y seguridad pública; una de sus consecuencias es precisamente que la labor de seguridad es asunto de otros. Aun cuando la información de masas nos lleva a límite del temor, la figura de la autoridad pública como persona permanece ausente de nuestro pensamiento.

Pero además hay otra cara del asunto: para el ciudadano medio, el policía es ese raro personaje, -no persona- que interviene generalmente en negativo dentro de las actividades no importantes de la vida diaria, de la vida de la calle.

#### *b. Capacitación policial y ciudadana.*

Por lo dicho es fácil darse cuenta que si se intentara una solución negociada del conflicto contravencional teniendo como personaje fundamental a la policía se requiere un cambio radical en relación con dos aspectos: la capacitación policial en materia ciudadana y la capacitación ciudadana en relación con lo que es el la seguridad pública, la policía como institución y los policías como personas.

Sería absurdo que pretendamos que los habitantes de una comunidad se muestren dispuestos a ayudar a la policía si la policía de la que tienen conciencia es un abstracto o si sobre ella pesan conceptos negativos.

De esta manera, un primer punto que quiero dejar planteado para discutir es la capacitación de los habitantes de la comunidades, con el objetivo fundamental de que se interesen por asuntos de su comunidad y de que se interesen por quiénes y cómo velan por su seguridad. Este es el punto de partida para que el ciudadano ofendido pueda aceptar que sea el agente de policía quien medie en su conflicto.

Un segundo punto, que desde hace varios años se debe discutir en nuestro país es el hecho de que el mando policial no puede ser absolutamente

vertical. Yo entiendo que al ser abolido el ejército, la policía civil cumple también funciones de policía militar, pero la verticalidad de un ejército no puede trasladarse a algo que no es ejército, que no queremos que lo sea y que cumple funciones muy diferentes de las castrenses.

Una dosis de horizontalidad en las estrategias y en algunas decisiones para la seguridad pública son no sólo saludables, sino necesarias, e implicarían una actitud laboral y humana distinta; implicaría pensar que debemos capacitar más -pero no militarmente- a aquellas personas que van a ayudar a pensar al jerarca, pues son quienes se las tienen que ver todos los días con la delincuencia. La policía de corte vertical es la que tracionalmente hemos tenido y no ha dado frutos positivos; si ensayamos horizontalizar el ejercicio de la actividad policial, podremos encontrar sorpresas agradables.

Un último punto, todavía más polémico que el anterior: la policía deber ser electa en conjunto con las comunidades; el ministro respectivo es un contralor, un guía y un generador de políticas, pero no deberá ser el poder absoluto sobre el policía pues debe compartirlo con las comunidades.

### **3. Las contravenciones son delitos.**

A pesar de que participamos de un planteo como el que hemos hecho sobre la policía y el ciudadano, pensamos que es un proyecto a muy largo plazo que se debe buscar y tratar de lograr de manera independiente al asunto de la solución no judicial de conflictos.

En relación con el asunto contravencional es necesario tomar en cuenta un punto esencial: son delitos, tanto si se los observa desde su perspectiva de legalidad y de culpabilidad, como desde el aspecto criminológico de la criminalización; por lo tanto las soluciones que se le den a los delitos deberán ser, en principio, las mismas que a la las contravenciones. Así las cosas, las reglas que se puedan pensar para resolución alterna en delitos pueden pensarse, en igualdad de condiciones, para las contravenciones: acción privada, conciliación previa, etc.

## **V. LAS PENAS ALTERNATIVAS: UN COMPLEMENTO**

Cuando se habla de solución alterna de conflictos nos referimos sobre todo a la posibilidad de que el poder juzgador no intervenga en una serie de aspectos referentes a los conflictos entre particulares, en los que habitualmente sí interviene.



No obstante, por razones propias de la materia sancionatoria, esta separación del poder del juez es más difícil de pensar. De ahí que cuando pensamos en las soluciones alternas en materia penal nos referimos a formas legales que faciliten o minimicen el paso por lo judicial. Por eso, en muchos casos, como por ejemplo el de la "Probation", la idea de la existencia de penas alternativas a la prisión, como las que ya están propuestas en nuestra Asamblea Legislativa, vendrían a convertirse en un complemento fundamental.

El sentido de un sistema de penas utilizables como alternativa a la cárcel es evitar un deterioro innecesario en sujetos que no necesitan ser contenidos, para efectos de salvaguardar al grupo social. De esa idea, parte una serie de posibilidades tales como detenciones de fin de semana, multas reparatorias, prestación de trabajo de utilidad pública, limitación de residencia, prohibición de residencia, arresto domiciliario, cumplimiento de instrucciones (plan de conducta en libertad), compensación pecuniaria, amonestación y caución de no ofender que pueden ser muy útiles en una eventual transacción o conciliación.

## CONCLUSIONES

El tema de la solución no judicial de conflictos penales, al igual que el de las penas alternativas a la prisión, la despenalización y la descriminalización

son tema de muchas aristas que no pueden presentarse a grandes públicos en frío, porque producen una reacción negativa.

No obstante, por lo que hemos señalado en el desarrollo de este primer intento por acercarnos al tema, la viabilidad en Costa Rica de este tipo de solución deberá ir precedida de una clara educación ciudadana.

Hemos dejado para un segundo trabajo una serie de puntos más específicos en lo que se refiere a cómo abordar el asunto desde una perspectiva práctica: qué reformas habría que hacer a la ley procesal; la necesaria participación del ofendido como requisito indispensable, cuáles delitos y por qué deben ser objeto de este tratamiento; la posibilidad de reforzar la conciliación en los delitos de acción privada o la necesidad de que sea requisito previo a la querrela, la importancia de convertir en delitos de acción privada otros que ahora son de acción pública o de acción pública perseguibles a instancia privada, la posibilidad de instaurar la probation como medida auspiciadora de la solución negociada...

El tema, como se ve es vasto. Quisimos sólo hacer un ensayo para mostrar al público especializado las posibilidades que ofrece. Queda abierto el tema y su discusión.

## BIBLIOGRAFIA

- Chirino, Alfredo. "Política Criminal, Criminalización, Descriminalización y medios sustitutos de la prisión" en: *Ciencias Penales*, N. 1 Dic. 1989.
- Ferrajoli, Luigi. "Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales". En: *Ciencias Penales*, N.4, Marzo-Junio 1992.
- Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 1983.
- Hassemer, Winfried. "¿Alternativas al principio de culpabilidad?". En: *Ciencias Penales* N.3, noviembre 1990.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*, Ediar, 1985.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos. (informe final)*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA PENAL RECIENTE

*Cecilia Sánchez Romero*  
 Directora del Digesto de Jurisprudencia  
 Profesora de la Universidad de Costa Rica

CONTENIDO

RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

A- DERECHO PENAL

1. **ABUSOS DESHONESTOS** - Alcances de la descripción típica.
2. **ABUSOS DESHONESTOS** - Diferencias con la corrupción de menores.
3. **ADECUACION DE LA PENA** - Reincidencia y concurso real retrospectivo.
4. **ADULTERACION DE DOCUMENTO PUBLICO** - Necesaria posibilidad real de perjuicio que no se produce en una burda alteración.
5. **ALEVOSIA** - Características esenciales de la conducta alevosa.
6. **CULPABILIDAD** - Concepto normativo que implica una necesaria correlación entre culpabilidad y pena.
7. **DAÑO MORAL** - Necesaria fundamentación de los hechos alegados.
8. **EMOCION VIOLENTA** - Elementos.
9. **ESTAFA** - Responsabilidad civil de Mutual derivada de "culpa in vigilando".
10. **ESTELIONATO** - Derecho de retención como ejercicio legítimo de un derecho.
11. **ESTUPRO AGRAVADO** - Requisitos para que se configure la relación de "guardador".
12. **FALSO TESTIMONIO** - Juramento no es requisito sine qua non del tipo.
13. **FUNCIONARIO PUBLICO** - Amplitud del concepto en Derecho Penal.
14. **HURTO** - Desprendimiento de celosías no constituye fuerza en las cosas.
15. **ITER CRIMINIS** - Análisis de sus fases - Aplicación a complicidad en hurto agravado.
16. **LEGITIMA DEFENSA** - Alcances del concepto "racionalidad" del medio empleado.
17. **LEGITIMA DEFENSA** - La "racionalidad" no puede determinarse en forma abstracta, objetiva y general.
18. **LIBERTAD CONDICIONAL** - Existencia de dictamen desfavorable no implica necesario rechazo de su otorgamiento como único motivo.
19. **LIBERTAD CONDICIONAL** - Necesaria referencia a cada uno de los presupuestos para otorgarla - Cómputo de los descuentos por aplicación del artículo 55 del Código Penal.
20. **NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES** - Alcances de la acción punible.
21. **REINCIDENCIA** - Posibilidad de considerarla como una condición personal del sujeto activo.
22. **RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO** - Carácter objetivo de la responsabilidad independiente de la responsabilidad del servidor.
23. **ROBO** - Inaplicabilidad de la "cuantificación" del daño como elemento para diferenciarlo del hurto

24. **ROBO AGRAVADO** - Desprendimiento de lámina de zinc que implica "perforación" y no fractura de la pared.

25. **TRANSPORTE DE DROGAS** - Contenido del concepto "transporte" criminalizado en nuestra ley.

26. **VIOLACION** - Consideraciones sobre la tentativa.

27. **VIOLACION DE DOMICILIO** - Ingreso en centro educativo cerrado al público por razones de horario.

28. **USO DE DOCUMENTO FALSO** - Alteración de factura por importación de motor de vehículo - Imposibilidad de causar perjuicio excluye elemento del tipo.

#### B- DERECHO PROCESAL PENAL

29. **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - Consideraciones sobre su naturaleza - Titularidad partes y contenido.

30. **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - Existencia del hecho delictivo no releva de la necesaria demostración de los daños que se reclaman.

31. **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - Intervención de depositaria provisional como representante del menor, válida para reclamar solo renta alimenticia, según la Ley de Pensiones.

32. **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - Validez de la representación de menores delegada en Ministerio Público.

33. **ACTA DE DECOMISO** - Posibilidad de acreditar el hecho histórico por otros medios probatorios.

34. **ACTOR CIVIL** - Dudas sobre el alcance de su intervención en casación.

35. **CALIFICACION JURIDICA DEL HECHO** - Fundamento de la posibilidad de variación en sentencia.

36. **CORRELACION ENTRE ACUSACION Y SENTENCIA** - Dificultades para obtener identidad absoluta.

37. **DELITOS PERSEGUIBLES A INSTANCIA PRIVADA** - Consideraciones sobre la edad para efectos de validez de la denuncia.

38. **DELITOS PERSEGUIBLES A INSTANCIA PRIVADA** - Fundamento del requisito de la instancia privada.

39. **DERECHO DE ABSTENCION** - Omisión de advertencia que no provoca nulidad por declaración favorable al pariente.

40. **DERECHO DE DEFENSA** - Afectación por comiso de inmueble sin oportunidad de defensa al representante de la propietaria.

41. **DERECHO DE DEFENSA** - Potestades del juzgador no implican selección arbitraria de la prueba.

42. **EXCARCELACION** - Trámite inaplicable cuando existe sentencia firme.

43. **IN DUBIO PRO REO** - Corrección del criterio formal en cuanto a su control en casación.

44. **PRUEBA** - Cuando el imputado es fuente de prueba no existe obligación de formularle ninguna advertencia.

45. **PRUEBA** - Incorporación de prueba obtenida con violación a los derechos de defensa - Aplicación del método de supresión hipotética.

46. **PRUEBA** - Niveles de motivación probatoria.

47. **PRUEBA** - Prevalencia de la prueba recabada en el debate - Carácter excepcional del mayor valor probatorio asignado a la del sumario.

48. **PRUEBA SOBRE ESTADO CIVIL** - Posibilidad de que la Sala la ordene.

49. **RECONOCIMIENTO DE OBJETOS** - Facultades de la Policía Judicial.

50. **SENTENCIA** - Falta absoluta de determinación de la fecha de ocurrencia de los hechos es causal de nulidad.

51. **SENTENCIA** - Habilitación de hora para su dictado por simple prolongación del debate.

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

## A- DERECHO PENAL

## 1. ABUSOS DESHONESTOS - Alcances de la descripción típica.

"[...] la descripción típica del artículo 161 del mismo cuerpo legal no supone, solamente, la realización material de actos sobre el cuerpo de la víctima, pues a la letra dice «... el que sin tener acceso carnal abusare deshonestamente de una persona de uno u otro sexo, concurriendo algunas de las circunstancias del artículo 156...». De acuerdo a esto, son configurativos de abuso deshonesto tanto los actos realizados por el autor sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como aquellos realizados por la víctima cuando es compelida a hacerlos sobre el cuerpo de otra persona. Se señala al respecto que «...quedan comprendidos tanto los actos que el autor realiza en el cuerpo de la víctima, como los que hace que ésta ejecute sobre el cuerpo o sobre su cuerpo o sobre el de un tercero» (Fontán Balestra, Carlos: "Derecho Penal. Parte Especial.", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 196.)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 76-F de las 10,35 hrs. del 13 de abril.

## 2. ABUSOS DESHONESTOS - Diferencias con la corrupción de menores.

"Cuando la conducta del agente se dirige contra menores de dieciséis años de edad y consiste en una actividad de significado sexual diverso del acceso carnal, pareciera que concurren los delitos de Abusos Deshonestos y Corrupción de Menores; sin embargo, esta concurrencia es aparente y se desvanece al considerar las diferencias típicas que presenta cada una de estas figuras es decir, la distinción precisa entre esos delitos puede establecerse a partir del conocimiento y voluntad que manifieste el autor al realizar la conducta, en atención a los elementos objetivos de cada uno de estos tipos penales. **EL OBJETO DEL DELITO.** En términos generales, a nivel de tipicidad se puede afirmar que la primera diferencia fundamental entre ambas ilicitudes, estriba en el objeto sobre el cual recae la conducta delictiva. En efecto, en el Abuso Deshonesto la acción recae directa y necesariamente sobre la humanidad o corporeidad física de la víctima [así, LOPEZ BOLADO, Jorge Daniel: *Violación. Estupro. Abuso Deshonesto.*, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1971, págs. 145, 148, 162 y 168 a 169] y en todos los casos de contacto físico, deberá constatar que éste *objetivamente* importe un sentido sexual evidente que conoce y quiere el sujeto activo, quien con su obrar logra instrumentalizar el cuerpo de la víctima para abusar de él, accionando deshonestamente sobre el ofendido (tocándolo, besándolo, lamiéndolo, etc.) o recibiendo sobre su propio cuerpo -o el de un tercero- la acción de aquel, o induciendo a la víctima a actuar deshonestamente sobre sí misma. El abuso deshonesto también puede tratarse de acciones que no importen un contacto corporal directo, pero que tengan un contenido sexual objetivo respecto de otros sentidos diferentes al tacto como el de la vista, caso en el cual la conducta del agente provoca que el cuerpo de la víctima devenga en mero objeto de contemplación (p. ej. obligando a la víctima a tocarse impudicamente, desnudarla, levantarle la falda, etc.) [Cfr. BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: *Código Penal*, Buenos Aires, Editorial

Astrea, 1987, pág. 401; CUELLO CALON, Eugenio: *Derecho Penal*, Parte Especial, T. II, Barcelona, Editorial Bosch, 1961, págs. 521-522; FONTAN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal*, Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1978, pág. 196]. La comisión de este delito no descarta por supuesto, la posibilidad de eventuales alteraciones o modificaciones psíquicas que incidan en los sentimientos e instintos sexuales de la víctima a raíz del hecho, pero que no son consecuencias queridas ni previstas y aceptadas como posibles por el autor. Por el contrario, en la Corrupción la acción recae directamente sobre la psique del sujeto pasivo, pues lo que dirige la voluntad del autor es el propósito de "promover la corrupción" de la víctima (lo que no descarta la posibilidad de daños físicos, aparte de los psicológicos, a raíz del hecho corruptor). Aquí el contacto físico entre sujeto activo y pasivo no es indispensable para constituir el tipo, sino que es un suceso contingente, en tanto es una de las posibles formas que pueden asumir los actos de naturaleza perversa, prematura y excesiva de que se vale el agente para promover la corrupción, sin que tampoco sea necesario verificar la efectiva corrupción del ofendido -como resultado material- para configurar el ilícito, pues es un *delito de peligro abstracto*. **LA ACCION DEL DELITO.** Así, retomando la coincidencia fáctica de una actividad de carácter sexual -diverso al acceso carnal- entre el agente y un menor de dieciséis años, además de examinarse el objeto sobre el cual recae directamente la acción, deben verificarse las características que, según cada descripción típica, deberá reunir ese contacto sexual. En el Abuso Deshonesto la acción, disculpando la redundancia, deberá ser simultáneamente "abusiva y deshonesto", mientras que en la Corrupción el comportamiento deberá ser "perverso, prematuro o excesivo", correspondiendo al juzgador interpretar y designar con precisión, el significado de cada uno de los elementos normativos del tipo y los hechos o circunstancias particulares que en cada caso concreto, le dan contenido a esas expresiones. El significado de tales elementos normativos, atendiendo a cada descripción legal y al bien jurídico tutelado en ellas, es el siguiente: 1) *abusar deshonestamente* es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo desde un punto de vista *objetivo* (basta con que el acto sea objetivamente impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en una cultura dada, siendo irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor o que la víctima tenga o no conciencia de lo que el hecho significa)- contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello de *violencia corporal* sobre la víctima (cuando ésta es capaz de oponer resistencia seria, persistente, real o efectiva, sin que se requiera la resistencia heroica) o de *intimidación* (todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone), o de relaciones de autoridad, confianza o superioridad derivadas de cualquier situación, o de la poca edad, inexperiencia, ignorancia o inadvertencia de la víctima o de su incapacidad física o mental para resistir.

El autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del mismo autor, o cuando ella actúa, por obra del agente, sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero. La consumación o tentativa del delito de Violación excluyen el

de Abuso Deshonesto, atendiendo al plan del autor y por otra parte, la repetición de actos deshonestos en ocasiones o con personas diferentes, da lugar a un concurso de delitos [sobre la figura básica del Abuso Deshonesto véase BREGLIA: *Op. cit.*, pág. 402 a 403; CUELLO CALON: *Op. cit.*, págs. 521-526; FONTAN BALESTRA: *Op. cit.*, págs. 196-199; RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1983, págs. 181-183, y; SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, t. III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1976, pág. 297-303]. 2) Por la otra parte, *corrupción* es la acción y efecto de corromper, denota la deformación, alteración o vicio que se introduce al estado o desarrollo sexual natural y sano del menor, ya sea por lo prematuro de su evolución (con respecto a la edad y condiciones de la víctima) o porque el sujeto pasivo llega a aceptar o asimilar como normal -para su propia conducta- la depravación o excesividad de la actividad sexual [sobre la voz *corrupción* cfr. CREUS, Carlos: *Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, Parte Especial, t. I, segunda edición, 1988, pág. 215; NUÑEZ, Ricardo: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.*, Buenos Aires, Ediciones Lerner S.R.L., 1978, pág. 135, y; SOLER: *Op. cit.*, págs. 304-307]; *promover* sería iniciar, incitar, persuadir, convencer o procurar que quien no está corrompido llegue a ese estado de corrupción, distorsionando el sentido natural y sano de la sexualidad de la víctima al adoptar éste o inclinarse hacia una conducta sexual prematura, depravada o excesiva (la promoción mediante engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción agravan el delito) [sobre la promoción véase BREGLIA: *Op. cit.*, pág. 397; CREUS: *Op. cit.*, pág. 215; NUÑEZ: *Op. cit.*, pág. 136; SOLER: *Op. cit.*, págs. 307-310]; la promoción típica se logra a través de *actos sexuales*, los cuales son hechos, comportamientos o acciones *materiales* (p. ej. actos de bestialidad, sadismo, sodomía, coito, sexo oral, etc.) o *intelectuales* (enseñanza, consejos, exposiciones de imágenes, etc.) de significación sexual que el autor realiza con la víctima o que ejecuta solo o con un tercero ante ella, objetivamente eficaces o aptos para promover la corrupción y que según la descripción típica, deben ser perversos o prematuros o excesivos (la promoción puede producirse por un acto único o por una reiteración de actos, pues hay unidad de acción y única lesión si en un corto intervalo de tiempo se realizan varios actos de estas características sobre el mismo sujeto pasivo) [sobre los actos corruptores en general cfr. CREUS: *Op. cit.*, pág. 215 y FONTAN BALESTRA: *Op. cit.*, pág. 191]; así, *acto sexual perverso* es aquel que en sí mismo o cualitativamente es depravado o corrupto, porque implica un ejercicio anormal de la sexualidad (homosexualismo, coitos anormales, con manifestaciones de sadismo o masoquismo, etc.); *acto sexual prematuro* es aquel que ocurre antes de su debido tiempo, porque no está de acuerdo con el desarrollo sexual que es dable esperar según la edad, condiciones y entorno social y cultural de la víctima; no se sanciona aquí la naturaleza propia del comportamiento, sino el tiempo en que se produce (p. ej. la enseñanza de actos de onanismo a un niño de cinco años) y *acto sexual excesivo* es el que cuantitativamente implica una actividad sexual de desmesurada o extraordinaria lujuria, que va más allá de los límites ordinarios de la vida sexual (p. ej. intervenir en orgías) [sobre los actos perversos, prematuros o excesivos véase CREUS: *Op. cit.*, pág. 216; FONTAN BALESTRA: *Op. cit.*, pág. 192, y; SOLER: *Op. cit.*, pág. 307]. **EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.** En cuanto al bien jurídico

tutelado en ambos tipos penales, se nota otra diferencia fundamental. En los Abusos Deshonestos se tutela la esfera de reserva, decoro, pudor u honestidad sexual de las personas contra las acciones que puedan lesionarlo [cfr. BREGLIA: *Op. cit.*, pág. 400; FONTAN BALESTRA: *Op. cit.*, págs. 185-186; LOPEZ: *Op. cit.*, pág. 149; LLOBET, Javier y otro: *Comentarios al Código Penal*, San José, Editorial Juricentro, 1989, pág. 253; NUÑEZ: *Op. cit.*, pág. 142; RODRIGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, pág. 156; SOLER: *Op. cit.*, pág. 297], mientras que en la Corrupción se tutela el estado de desarrollo sexual espontáneo, natural y sano de las personas menores (por eso se dispone que el hecho no es punible si la persona menor ya es corrupta) [cfr. BREGLIA: *Op. cit.*, pág. 396; LOPEZ: *Op. cit.*, pág. 152, y; LLOBET: *Op. cit.*, pág. 265]. **EL DOLO.** Por otra parte, siempre a nivel de tipicidad, el tipo subjetivo que supone cada uno de estos delitos, también arroja criterios diferenciadores notables, pues en cada caso el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar los elementos subjetivos, normativos y descriptivos del tipo objetivo, los cuales presentan todas las diferencias supraindicadas, tal como lo ha indicado la jurisprudencia al decir que: "...la diferencia entre los delitos de corrupción y de abusos deshonestos no se reduce [...] a la efectiva causación de una alteración en la personalidad de la víctima en el primer delito citado, a causa del contacto sexual con el agresor, pues lo cierto es que en muchos casos puede consumarse la corrupción de la víctima sin que el corruptor le ponga un dedo encima (como por ejemplo sucede al proyectarse películas pornográficas a niños o al inducirse a dos infantes a tener relaciones sexuales entre sí).

La diferencia entre ambos delitos se infiere con claridad de los elementos objetivos que integra cada tipo penal, particularmente los elementos normativos culturales de cada descripción típica, así como del dolo específico que supone cada uno de esos ilícitos; la diversa forma de afectación del bien jurídico tutelado; las características particulares de la víctima, como la edad, entendimiento, capacidad para resistir, etc." (Sala Tercera, V-378-F de las 9:45 hrs. del 9 de julio de 1993). **EL ERROR DE TIPO.** El error sobre el conocimiento del hecho también puede ofrecer claros criterios diferenciadores. Por ejemplo, una distinción adicional se puede obtener tras la consideración de un error sobre el consentimiento de la víctima en cada uno de estos delitos, pues se excluye la tipicidad del Abuso Deshonesto si el agente -cuando no emplea fuerza o intimidación- cree que la víctima de doce o más años admite su acto deshonesto o si cree que no lo consiente, pero aquella -en realidad- así lo ha hecho [en este sentido LOPEZ: *Op. cit.*, pág. 173], mientras que ese mismo error respecto al consentimiento, no excluye el delito de Corrupción, pues este delito se configura aunque la víctima menor de dieciséis años, consienta en participar o en ver ejecutar los actos sexuales perversos, prematuros o excesivos con que se promueve su corrupción. **LOS SUJETOS.** Finalmente, debe señalarse que la diferencia entre los delitos de Abuso Deshonesto y Corrupción de menores no solo debe establecerse a partir de los hechos, es decir, de la consideración de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realice la conducta, sino además de las particulares características físicas, mentales, sociales y culturales de los sujetos activo y pasivo, quienes pueden ser personas de cualquier sexo. A diferencia de lo que sucede en el delito de Abusos Deshonestos, en la Corrupción la persona ofendida siempre será menor de dieciséis años y deberá ser

necesariamente incorrupta (artículo 167, párrafo segundo, del Código Penal). Además, en el Abuso deshonesto la capacidad para comprender la naturaleza del acto no es una condición exigible *sine qua non* para que una persona sea sujeto pasivo del delito, pues la acción es ilícita "aún cuando el sujeto pasivo no tenga conciencia del significado del acto (a diferencia de la corrupción); siendo suficiente que éste tenga un significado sexual para el autor..." [así LOPEZ BOLADO: *Op. cit.*, pág. 177], mientras que en el delito de Corrupción de menores, para la configuración del delito se requiere la comprensión primaria del sujeto pasivo de los actos que se sufren (es decir, la capacidad intelectual que le pudiera llevar a aceptar o asimilar como normal -para su propia conducta- la prematuridad, depravación o excesividad de la actividad sexual que se le propone), aun cuando esos actos no dejen huellas en él: "Al valorar la idoneidad de éstos [actos sexuales], cometidos en perjuicio del sujeto pasivo y su capacidad para producir un efecto corruptor, esto es para corromper, es preciso merituar si el menor o incapaz [...] puede ser receptor de la alteración moral que ocasiona el acto corruptor y ser desviada mediante ese acto su salud sexual. **La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la víctima debe ser capaz de comprender la naturaleza del acto de corrupción y que debe existir la posibilidad de su alteración moral, aún cuando dicha no se produzca en la realidad, es decir, aunque no deje huella en su psiquis**" [la negrilla no es del original, LOPEZ BOLADO: *Op. cit.*, pág. 211]. Como se ve, la determinación de las condiciones personales del sujeto pasivo -principalmente su grado de madurez psíquica- son de una trascendencia típica cuya magnitud, lastimosamente, no ha valorado a cabalidad en la práctica el operador jurídico (sea Juez, Defensor o Fiscal), pues comprobándose que el ofendido es un menor de muy corta edad, incapaz de comprender la naturaleza de los actos, o de un enfermo mental que tampoco pueda discernirlos, los actos sexuales no podrán tipificar la Corrupción, por la imposibilidad de incidir en la psique o salud mental o moral del sujeto pasivo, distorsionando el sentido natural y sano de la sexualidad. **COROLARIOS.**

Así, las anteriores diferencias explican contradicciones meramente aparentes o permiten dilucidar casos extremos tales como: 1) La posibilidad de que una víctima de Abusos Deshonestos -menor de dieciséis años de edad- se corrompa a raíz de esa experiencia, o de que el sano desarrollo sexual de una víctima de Corrupción, se mantenga incólume -a pesar del hecho delictivo-, sin que estas consecuencias posteriores incidan *per se* en la tipificación del hecho; 2) La posibilidad de que la Corrupción de menores se configure mediante actos sexuales lascivos y que implican una ofensa al pudor -característica del Abuso Deshonesto- pero que dadas las circunstancias, son además actos perversos, prematuros o excesivos y que el autor conoce y quiere realizar para promover la Corrupción; 3) La posibilidad de que el Abuso Deshonesto se configure mediante actos sexuales objetivamente prematuros, perversos o excesivos y que ofenden el pudor de la víctima, pero que no son realizados por el autor para promover la corrupción de la víctima, o que -por las condiciones particulares de la víctima- no son aptos para torcer el sentido natural y sano de su sexualidad; 4) La persistencia de ciertos actos sexuales semejantes puede ser el índice que distinga un delito de otro: si son fugaces, aislados o pasajeros, constituyen Abusos Deshonestos, pero si son habituales o frecuentes,

constituirán Corrupción si esa habitualidad puede producir una modificación corrupta del comportamiento sexual. Así, la repetición de actos deshonestos en ocasiones o con personas diferentes, da lugar a un concurso de delitos de Abuso Deshonesto, mientras que la promoción mediante reiteración de actos sexuales perversos, prematuros o excesivos sobre el mismo sujeto pasivo, implican unidad de acción y única lesión si se realizan en un corto intervalo; 5) La falta de madurez psíquica de la víctima, que le impida comprender el significado de los actos sexuales practicados en su contra, cuando excluye la posibilidad de que el hecho repercuta en daño de su desarrollo sexual natural y sano, puede dar lugar al Abuso Deshonesto, pero no a la Corrupción; 6) En todo caso y salvo prueba en contrario, se presume que las personas menores no son corruptas y no es obligatorio para ellos, demostrar su estado de incorrupción; presumir lo contrario presupone una condición en los ofendidos contraria al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, conforme a los artículos 33 de la Constitución Política y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (así, Sala Tercera V-378-F de las 9:45 horas del 9 de julio de 1993); 7) Los actos sexuales mediante los cuales se promueve la corrupción no deben ser en forma necesaria, simultáneamente perversos, prematuros y excesivos, sino que basta con que el acto reúna una cualquiera de esas calidades, o dos o todas; 8) La correcta distinción entre estos delitos es de vital importancia en lo que se refiere al ejercicio de la acción penal, pues la Corrupción de menores es delito de acción pública, mientras que el delito de Abusos Deshonestos simple (cuando no concurren las circunstancias previstas en los artículos 157 y 158 del Código Penal) es delito de acción pública **perseguido solo a instancia privada**, conforme lo dispone el artículo 81 bis del Código Penal. Por eso, a la hora de formular la acusación (lo mismo al momento de juzgar el hecho acusado) es imprescindible que se tomen en consideración todos los aspectos objetivos y subjetivos del hecho, las circunstancias de modo, tiempo y lugar del mismo, la calidad de los motivos determinantes y las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima, en la medida en que hayan influido en la comisión del delito, acudiendo -para ese efecto- a todos los medios probatorios pertinentes e idóneos para ello. **ANALISIS JURIDICO DEL CASO CONCRETO SOMETIDO A EXAMEN.**

Luego de estas consideraciones de carácter general, corresponde examinar la validez jurídica de la calificación dada por el Tribunal de mérito a los hechos que acreditó en la sentencia impugnada. En dicha pieza se indica que la ofendida [...] vive con su mamá en una casa de habitación sita en Tibás y que a poca distancia de esa vivienda, residía el imputado [...]. También se comprobó que en horas de la tarde de un día del mes de abril del año 1992, la ofendida -quien a la fecha tenía cinco años de edad- salió de su casa para ir a comprarse un helado a una casa de esa misma urbanización y que al pasar por la vivienda del imputado, éste la llamó con el pretexto de regalarle un banano y cuando se acercó el acusado, este la agarró de la mano y a la fuerza la introdujo en su casa, llevándola hasta una cama ubicada en un dormitorio y después de amenazarla con matar a sus hermanos si contaba algo, le bajó los shorts y el calzoncito que vestía y de seguido le lamio sus genitales, pero como la niña empezó a llorar, el acusado le regaló el banano y la dejó irse. También se acreditó que según dictamen psicológico practicado a la ofendida, ésta presentó mutismo efectivo asociado a un trastorno de estrés post-

traumático lo cual implica un severo disturbio emocional altamente consistente en secuelas de abuso sexual y que tal cuadro clínico constituye una alteración en el curso y evolución normal de su sexualidad en tanto no se asuma un tratamiento psicoterapéutico (cfr. Considerando I de la sentencia impugnada a folio 73 frente y vuelto). Para el Tribunal de mérito tal conducta configura el delito de Corrupción Agravada (y no el de Abusos Deshonestos, como se había acusado), pues considera que el solo acto de lamer los genitales a la menor, es idóneo para promover su corrupción, por ser una conducta prematura, perversa y excesiva ante la poca edad de la víctima y porque dejó una huella profunda en su psiquismo que alteró el curso y evolución normal de su sexualidad en tanto no se asuma un tratamiento psicológico.

Para esta Sala, dadas las características de la víctima, la experiencia a que ésta fue sometida tiene una clara significación sexual y también fue prematura (aunque dudosamente perversa o excesiva) y por ello, lamentablemente, vino a alterar la evolución normal de su sexualidad. Sin embargo, esa sola calidad de prematura de la acción (aún cuando admitiéramos que también fue perversa o excesiva) y el efecto que provocó en la posible evolución sexual de la menor, (si no se le da tratamiento psicológico), no son suficientes elementos para constituir el delito de Corrupción, pues de la consideración global de las circunstancias de modo, tiempo y lugar descritas, no se puede inferir que el conocimiento y voluntad del agente al cometer el hecho (dolo) fuera la "promoción" de la corrupción de su víctima, elemento indispensable para constituir el delito pero que, -como se dijo-, no fue acreditado, ni mereció mayor consideración en lo expuesto por el Tribunal sentenciador. Por el contrario, considera esta Sala que el imputado, al haberse valido de engaños para atraer a su ingenua víctima (menor de doce años), así como de fuerza física e intimidación para introducirla a un aposento de su casa y obligarla a soportar sobre su cuerpo los actos impúdicos que él realizó con el propósito de satisfacer torpemente sus apetencias sexuales, en realidad incurrió en la figura del Abuso Deshonesto. Esto es así, pues la conducta del encartado en realidad se dirigió contra la humanidad de la ofendida, en desprecio de su pudor o reserva sexual, pero no para inducirla o convencerla a aceptar o adoptar en su conducta habitual una actividad sexual prematura (si se quiere depravada o excesiva) como la que sufrió, sino solamente para hacerla instrumento de sus lascivas apetencias, que fueron el móvil que le llevaron a abusar deshonestamente y dolosamente de ella. Como se dijo anteriormente, las deplorables secuelas que dejaron los hechos en la psique de la víctima no pueden venir a posteriori a recalificar el hecho como Corrupción, no solo porque no se verificó en la sentencia el propósito doloso de "promover la corrupción", sino además porque el cuadro fáctico no permite afirmar que tales secuelas psíquicas fueran consecuencias queridas, previstas y aceptadas como posibles por el autor."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 50-F de las 14,35 hrs. del 16 de marzo.

### 3. ADECUACION DE LA PENA - Reincidencia y concurso real retrospectivo.

"El sentenciado [...] interpone recurso de casación

contra el auto de las ocho horas treinta minutos del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y tres, del Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección Segunda, mediante el cual se rechazó un incidente de adecuación de penas. Estima el recurrente violados los artículos 40 de la Constitución Política, 51 y 76 del Código Penal, así como también agrega que se incumplieron las resoluciones número 581-91 de 15:00 hrs. del 20 de marzo de 1991 y número 2865-92 de 15:00 hrs. del 9 de setiembre de 1992, ambas de la Sala Constitucional; porque en su criterio debe reducirse las penas que en diferentes fallos se le han impuesto, fijándolas en veinticinco años de prisión, lo que significa una reducción de casi cuatro años por descontar. El reclamo es improcedente conforme se dirá. En primer término debe observarse que la reciente reforma al artículo 51 del Código Penal (hecha mediante ley Nº 7389 del 22 de abril de 1994, publicada en La Gaceta Nº 83 del 2 de mayo de 1994) no es aplicable al caso por tratarse de ley posterior no favorable (artículos 34 y 39 de la Constitución Política, 11 y 12 del Código Penal). En segundo lugar, con base en la certificación del Registro Judicial (de fl. 31), de la constancia del Instituto Nacional de Criminología (de fl. 223) y de otras actuaciones del proceso, es conveniente señalar que el recurrente [...] ha sido condenado en varias ocasiones por distintos tribunales del país, pero las que interesan para esta resolución son las últimas cuatro condenas, ya que las anteriores las cumplió el 25 de noviembre de 1985, antes de ser condenado la cuarta vez, e incluso sólo las últimas cuatro se invocan en el recurso. En efecto, de acuerdo con esas constancias [el imputado] fue condenado, en las últimas cuatro ocasiones, a las siguientes penas: a) 10 años y seis meses de prisión por homicidio simple y lesiones leves, impuesta por el Tribunal Superior Segundo Penal de San José, Sección Segunda el 17 de abril de 1986, hecho ocurrido el 9 de diciembre de 1983; b) dos meses de prisión por el delito de evasión, impuesta por el Juzgado Penal de Puntarenas el 4 de enero de 1989; c) un mes de prisión por el delito de evasión, impuesta por el Juzgado Penal de Puntarenas el 16 de marzo de 1989, hecho ocurrido el 4 de diciembre de 1988; y d) dieciocho años de prisión, por los delitos de homicidio y suministro de marihuana, impuestas por el Tribunal Superior de Alajuela, Sección Segunda el 28 de noviembre de 1990, hechos ocurridos el 16 de diciembre de 1989 y el 13 de marzo de 1990.-

Como puede apreciarse, lleva razón el Tribunal Superior de Alajuela al afirmar que no estamos en presencia de un concurso real retrospectivo, como pretende hacerlo valer el gestionante, pues salvo en lo que se refiere a los dos delitos de evasión, los procesos no debieron tramitarse en forma acumulada uno de otro, ni correspondía darle el tratamiento de un concurso de delitos acumulados en un mismo proceso, sino que se trata de procesos independientes, razón por la cual los casos debieron tomarse -como en efecto ocurrió- como situaciones de reincidencia. Obsérvese que al ocurrir las evasiones y al dictarse sentencia por esos hechos (1988 y 1989), [el imputado] ya había sido juzgado por el primer homicidio y las lesiones (ocurridos en 1983 y juzgados en 1986); y en igual sentido cuando ocurren y se juzgan el segundo homicidio y el suministro de marihuana (diciembre de 1989 y 1990), para entonces ya había sido juzgado por los hechos anteriores. La reincidencia se produce cuando un sujeto comete un nuevo delito después de haber sido condenado por sentencia firme (artículo 39 del Código Penal), mientras que el concurso real retrospectivo, que se invoca en el

recurso como aplicable al caso, se presenta cuando el sujeto comete un nuevo delito antes de ser condenado por un delito anterior, de modo que al juzgársele por ese segundo hecho no puede ser calificado de reincidente, ni se podrá recurrir a las reglas de la reincidencia para aplicar la pena, sino que deberán tomarse las reglas del concurso real, pese a que los hechos hayan sido objeto de diferentes procesos y, consecuentemente, de diferentes sentencias (artículos 22 y 76 del Código Penal).- En todo caso, aún cuando no le asista razón al recurrente al alegar la aplicación de las reglas del concurso real retrospectivo, lo cierto es que al pretender que se le aplique un máximo de 25 años de prisión al momento de dictarse la última sentencia, tomando en cuenta las penas por descontar para entonces, resulta irrelevante si el caso se califica de concurso real o de reincidencia, pues cualquiera que sea la situación jurídica (reincidencia o concurso) en ninguna de ellas las penas podrán superar el límite de 25 años de prisión que estaba fijado en los artículos 51 y 76 del Código Penal antes de la reforma ya citada.

Por esa razón el argumento del Tribunal no es suficiente para rechazar la solicitud de adecuación de penas, y resulte necesario examinar en detalle la situación del sentenciado [...]. En tercer lugar, para determinar si la reducción de penas procede conforme al texto anterior del artículo 51 del Código Penal aplicable al caso, debe resaltarse que la Sala Constitucional, en la sentencia N°581-91 de 15:00 hrs. del 20 de marzo de 1991, señaló con efecto vinculante, que el límite máximo del artículo 76 y en consecuencia también el 51, ambos del Código Penal antes de la reciente reforma, establecen "...un máximo relacionado con las penas que en un determinado momento deba cumplir, sea que al momento de dictarse la última sentencia al recurrente no se le pudo imponer más de los años, meses y días que sumados a los que le faltaban por descontar de las anteriormente impuestas, dieran como resultado veinticinco años de prisión...". Igual criterio reiteró dicha Sala en la sentencia N° 920-92 de 15:10 hrs. del 8 de abril de 1992. Finalmente, en la sentencia N° 2865-92 de las 15:03 hrs. del 9 de setiembre de 1992, la Sala Constitucional afirma que "...ninguna sentencia puede válidamente ser dictada, si en ella se fija pena que, sumada a las que ya le han sido impuestas al condenado y que están en proceso de cumplimiento, sobrepase los veinticinco años señalados en el citado artículo 51, pues ello no sólo contraviene lo dispuesto en dicha norma sino también el principio que inspira la garantía constitucional del numeral 40 de la Carta Magna en el que se proscriben los tratamientos crueles y las penas perpetuas...".- En consecuencia, con base en todo lo expuesto, para establecer si deben reducirse las penas impuestas al sentenciado [...], debe examinarse cual era el monto de las penas pendientes de descontar al momento de dictarse el último de los fallos. En tal sentido debe señalarse que al día 28 de noviembre de 1990 (fecha en la que se le impuso la última condena por 18 años de prisión), el sentenciado [...] descontaba 10 años y seis meses de prisión por homicidio y lesiones (según fallo del 17 de abril de 1986), así como 3 meses de prisión por dos delitos de evasión (fallos de 1989); sin embargo, suponiendo que por el primer homicidio y las lesiones no se le hubiere aplicado ningún descuento, y que al momento de esa condena no hubiere descontado tampoco nada con prisión preventiva, al momento de la segunda condena por homicidio (al 28 de noviembre de 1990) habría descontado por el primer homicidio al menos la cantidad de 4 años, 7 meses y 11 días, sin tomar para nada en consideración la constancia del

Instituto de Criminología ya citada (de fl. 2239) que indica que si se le aplica el descuento por trabajo (art. 55 C.P.) esa pena la habría descontado el 18 de octubre de 1992, en cuyo caso el descuento al 28 de noviembre de 1990 habría sido mayor.

Esos 4 años, 7 meses y 11 días ya descontados en prisión deben restársele al total de la condena por el primer homicidio, quedando por cumplir 5 años, 10 meses y 19 días al día en que se impuso la pena por el segundo homicidio, sea al 28 de noviembre de 1990. Por consiguiente, en ese día últimamente citado, cuando se le impuso una pena de 18 años de prisión por homicidio y suministro de marihuana, debía sumársele la pena sin descontar de tres meses más de prisión por los dos delitos de evasión, así como 5 años, 10 meses y 11 días de prisión sin descontar a esa fecha por el primer homicidio, lo que en total suma 24 años, 1 mes y 19 días. Ello significa que al día en que se le impuso la última pena, el total de las penas de prisión por descontar, sin incluir ningún descuento ni beneficio tendiente a acortar la detención, pero incluyendo la nueva pena, no llegó a sumar el límite máximo de 25 años de prisión. En consecuencia, la reducción pretendida no es procedente porque las penas por descontar que se le llegaron a imponer al sentenciado [...] en ningún caso superó el límite máximo de 25 años de prisión antes aludido."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 175-F de las 9,20 hrs. del 27 de mayo.

#### 4. ADULTERACION DE DOCUMENTO PUBLICO - Necesaria posibilidad real de perjuicio que no se produce en una burda alteración.

"[...] se alega que no se cometió el delito acusado, pues como el Tribunal lo establece, la adulteración es burda y notoria, por lo que la potencialidad dañosa del documento es inexistente, además de que la alteración se realizó sobre un documento cuya fecha de vigencia era anterior a la data en que fue encontrado al imputado, de manera que cuando esto último ocurrió, ya no era idóneo para poner en peligro la fe pública. Para efectuar el correspondiente análisis del reclamo, debe indicarse que se tienen como hechos probados que "sin precisarse fecha exacta, pero al inicio del año mil novecientos noventa y tres", el imputado [...] se apoderó del carné emitido por la Dirección Nacional de la Guardia de Asistencia Rural, N° [...] que identifica a [...] como Delegado Cantonal de [...], el cual se encontraba en la gaveta de un escritorio, en esa Delegación. Con dicho documento en su poder, el imputado procedió a adulterarlo sustituyendo la fotografía original por la suya, portando dicho carné entre sus documentos personales. Con fecha veinticinco de marzo del año pasado, el encartado fue detenido, decomisándosele el documento adulterado. A la fecha de los hechos, [...] se desempeñaba como Guardia Rural de [...]. Agrega la sentencia que "el documento por sí mismo y que esta cámara tiene a la vista, establece sin lugar a duda que fue alterado, pues se aprecia a simple vista la inserción de una fotografía que no corresponde por su tamaño y por la ausencia de una parte del sello". Dos problemas, entonces, plantea el recurso: la burda y notoria adulteración del carné y el decomiso de ese documento adulterado, cuando ya había expirado su vigencia. En cuanto al primer aspecto, la mera observación del documento (visible a folio 1), acredita lo burdo de la



alteración, pues la fotografía que se insertó en lugar de la original, aparece con irregularidades en sus bordes, es de mayor tamaño y no tiene parte del sello correspondiente, y así lo tuvo el Tribunal, conforme a la transcripción efectuada líneas atrás. "Una falsedad no puede causar perjuicio sino en tanto presente alguna vestidura que le dé apariencia de verdad. Cuando fuere absolutamente imposible, por el grado remoto de imitación que alguien pudiera tomar por verdadero el documento falsificado, parece que la posibilidad de dañar desaparecería...un criterio queda absorbido por el otro". (Rivarola, Exposición y crítica del Código Penal, Tomo III, p. 211, citado por Carlos Creus, Falsificación de documentos en general, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, página 77). (La negrilla no es original).

El último autor citado expone: "La apariencia de lo verdadero, configuradora del documento falso por el procedimiento de imitación, no necesita ser perfecta. El grado de idoneidad de la imitación no se mide con un criterio propiamente material (p. ej., requerir la imitación copiativa de la letra de aquel a quien se atribuye el tenor), sino en los términos de la *apariencia de genuinidad*, es suficiente que los rasgos objetivos del documento falso y la coherencia de su contenido lo hagan aparecer como genuino, "según los cánones de la experiencia". Estaremos al margen del tipo cuando lo burdo de su exterioridad o la incoherencia de su contenido, resten a la pretendida imitación toda posibilidad engañosa para cualquier sujeto; si sólo la tiene para uno determinado en razón de sus circunstancias o calidades, estaremos en presencia de otros delitos de fraude, pero no de los de este capítulo". (Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, página 425). Debe recordarse que en casos como el presente, la alteración debe efectuarse "de modo que pueda resultar perjuicio", como indica el artículo 357 del Código Penal, sea no se exige que el perjuicio se concrete en daño, pero tampoco que la posibilidad de perjuicio sea abstracta. "Su sola falsificación no alcanza jerarquía penal si no logró, por lo menos, poner en peligro la relación de disponibilidad, representada por el documento, pero que reside en la relación jurídica que opera en distintas esferas de lo jurídico. No es admisible que la posibilidad de perjuicio se determine como entidad abstracta que venga a surgir de la simple pérdida de autenticidad y veracidad del documento". (negrilla no original). (Creus, Carlos. Derecho Penal, página 429). "Pero es necesario que la falsedad sea capaz de producir perjuicio. Si no existe la posibilidad de perjuicio la falsedad no es punible. En este sentido es particularmente ilustrativa la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891, en la que se dice: "La posibilidad del perjuicio y no sólo el perjuicio realmente producido, da lugar en este delito a su consumación; pero es indispensable y esencial que esa posibilidad exista; porque en el caso contrario se trataría de una acción que siendo totalmente inocua, no habría que reprimir". (Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, 8ª Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, páginas 662-663). Si la alteración es burda la posibilidad engañosa para cualquier sujeto desaparece y por ende la posibilidad de perjuicio no sería concreta sino abstracta. Y ello es lo que ocurre en el presente asunto. Respecto a la segunda cuestión que plantea el recurso (decomiso del documento cuando ya había expirado su vigencia), es un punto trascendente, pues lo único que se tiene por demostrado es que cuando se efectúa el decomiso, ya había caducado el carné, sin que se haga constar fecha en que tal alteración ocurrió. "El

documento, para serlo típicamente en estos delitos, debe tener una significación jurídica actual, o sea, tiene que producir o ser capaz de producir efectos jurídicos, ya por constituir la prueba de un acto ocurrido y por medio del cual se hayan extinguido obligaciones, facultades, etc., ya por expresar la voluntad del sujeto otorgante de obligarse en el futuro, o crear derechos u otorgar facultades a otro sujeto. Todos tienen que ser efectos jurídicos actuales, de los que alguien puede prevalerse para reclamar algo o ejercer la defensa de un interés. No son, pues documentos en el sentido de los tipos, los que sólo tienen valor histórico " (negrilla suplida). (Creus, Carlos. Falsificación de Documentos en general, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, página 23; Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2ª edición actualizada, 1988, página 411; Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo V, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, página 323; Breglia Arias, Omar y otro. Código Penal, Comentado, Anotado y Concordado, Tomo III, 2ª edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, página 989).

En la causa que se examina no existe ninguna determinación sobre la fecha en que el imputado insertó su fotografía en lugar de la original y como se repite, cuando se efectuó el decomiso del documento ya había caducado, no pudiendo entonces establecerse la actualidad de la significación jurídica del carné. Y ello incide, como es lógico, en la posibilidad de perjuicio, pues ésta es abstracta y no concreta, al finalizar el período de vigencia del carné, dado que no acredita ninguna situación o status, como sí lo hacía antes del arribo de la respectiva fecha. Por todo lo expuesto, se declara con lugar el recurso por el fondo, absolviéndose de toda pena y responsabilidad [al imputado] por el delito de Adulteración de Documento Público, sancionado por el artículo 357 del Código Penal, que se le ha venido atribuyendo en perjuicio de la Fe Pública."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 331-F de las 14,50 hrs. del 29 de agosto.

5. ALEVOSIA - Características esenciales de la conducta alevosa.

"A diferencia del Código Penal de 1941, el Código actual no define qué es la *alevosía*. El artículo 29 inciso 6º del Código Penal anterior señalaba la alevosía como una *circunstancia agravante* que vendría a configurarse "...cuando el culpable cometiere cualquiera de los delitos contra la vida o la integridad corporal, empleando medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, o cuando éste, por sus condiciones personales o por las circunstancias en que se encuentre, no pueda prevenir el ataque o defenderse de la agresión". Como se ve, se trataba de un concepto aplicable a una gran cantidad de hipótesis delictivas, como el Homicidio, las Lesiones (artículos 184 inciso 2º y 205 del Código Penal de 1941) o "cualquiera" de los otros delitos contra la vida o integridad corporal. Ahora bien, la falta de tal definición en el Código Penal vigente no implica ninguna deficiencia por parte del legislador de 1971, pues, como lo ha expresado esta Sala en casos análogos (cfr. las resoluciones V-133-F de las 8:50 hrs. del 24 de abril de 1992 y V-511-F de las 9:00 hrs. del 10 de setiembre de 1993) el principio de legalidad plasmado en el artículo 39 de la

Constitución Política no requiere para su desarrollo que el Código Penal contenga un glosario de vocabulario técnico jurídico para su entendimiento y aplicación. 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; de aceptarse la tesis contraria valdría la objeción para los términos «persona» del artículo 111, «culpa» del 117, «fines libidinosos» del 163, «deshonra» del 120, por ejemplo, todos del Código Penal; y valdría también para cualquier tipo penal que contenga elementos normativos de carácter cultural. La voz «alevosía» (a la que alude directamente -o por relación- nuestro Código Penal en sus artículos 112, 126, 137, 140 párrafo segundo y 141 párrafo segundo) se entiende, comúnmente, como la "cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo del delincuente..." y en modo adverbial («con alevosía») como "A traición y sobre seguro" (así, *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española y el *Diccionario Enciclopédico* de la Editorial Océano).

También se acepta la alevosía como sinónimo de traición y perfidia (*Diccionario de la Real Academia Española*), o, en acepciones aún más generales, de deslealtad, felonía, infidelidad, ingratitud, vileza, infamia, perrería, engaño e intriga (*Diccionario de Sinónimos y Antónimos* del Grupo Editorial Océano). En un sentido jurídico, en términos generales, la doctrina penal identifica la alevosía como una circunstancia agravante por los medios y modos de ejecución. Así, ANTON ONECA dice que: "Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido" (*Derecho Penal*, Madrid, Ediciones Akal S.A., 1986, pág. 385). BREGLIA ARIAS y GAUNA dicen que la alevosía concurre: "Cuando se ejecuta el hecho a traición, sobre seguro, empleando astucia, engaño, ocultación, celada, perfidia, acecho; sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o inadvirtida a la víctima, privando de posibilidades defensivas al asesinado; cuando se mata arteramente, con ventaja, sin peligro para el agresor..." (*Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, pág. 265). Por su parte -refiriéndose al delito de homicidio- NUNEZ indica que: "El autor mata con alevosía si preordena su conducta para matar sin peligro para su persona, proveniente de la reacción de la víctima o de un tercero" (*Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, Ediciones Lerner, 1978, pág. 50). Como se ve, de todo lo expuesto, la idea fundamental de la alevosía es el empleo procurado o aprovechado de circunstancias de hecho conforme a las cuales el agente asegura la realización del hecho sin peligro o riesgo para su persona ante la reacción que pueda provocar su ataque, es decir, su fundamento radica en "la mayor facilidad para realizar el delito y la menor posibilidad de defensa contra el mismo" (ANTON ONECA: *Op. cit.*, pág. 387), circunstancia que califica el delito en tanto acentúa lo injusto de la acción prohibida, por la *forma intencional e inevitable* en que se produce. A partir de este fundamento es posible entonces delinear las características esenciales de la conducta alevosa que prevé y sanciona nuestro ordenamiento jurídico, mediante la enunciación de un concepto claro, preciso y delimitado de la alevosía, que guarde concordancia con los lineamientos fundamentales del Código Penal y las garantías constitucionales previstas en favor del imputado. De esta manera los suscritos

Magistrados consideramos que la calificación de alevosía es de naturaleza objetiva, en tanto es un elemento gramatical que señala el modo o manera específica en que se debe realizar la acción (tipo básico) y consiste en el empleo consciente y voluntario, procurado o aprovechado, de circunstancias de modo, tiempo y lugar para la ejecución de la acción típica tales que permitan lograr el doble propósito de asegurar la realización de los elementos del tipo objetivo básico (aseguramiento del hecho) y de eludir o minimizar a un grado inocuo todo riesgo para sí que pudiera derivarse de la reacción defensiva del ofendido o de terceros que puedan o deban oponerse a su acción (y no que simplemente puedan reaccionar posteriormente, esto es, después de su ocurrencia). De esta manera, cuando la admite la ley, la concurrencia de la alevosía da lugar a un tipo colateral, en relación con el tipo básico. Así, pues, tratándose del delito de homicidio calificado por alevosía, el examen de tipicidad subjetiva y objetiva de la conducta deberá verificar en cada caso si el autor tuvo conocimiento y voluntad de causar la muerte a una persona procurando o aprovechando circunstancias de modo, tiempo y lugar para la ejecución de la acción tales que le permitan lograr el doble propósito de asegurar la muerte de la víctima y de eludir o minimizar todo riesgo para sí que pudiera derivarse de la reacción defensiva de aquella o de un tercero para oponerse a su acción.

Es decir, no basta con que la víctima se encuentre en situación de indefensión que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente, sino que el autor debe haber conocido y querido realizar la acción en tales circunstancias. Conforme a tales principios, no se puede calificar el homicidio por la sola circunstancia objetiva de que la víctima está en situación de indefensión, circunstancia que puede ser ajena por completo y aun contraria a la voluntad del autor e invencible, sino que además se requiere el haber buscado dolosamente esa situación o haberse aprovechado de ella en determinado momento, para evitar totalmente o minimizar a un grado inocuo la defensa de la víctima que es capaz y está en condiciones de oponerla o la defensa de un tercero que puede o debe hacerlo. Como consecuencia de esa tipicidad subjetiva, no siempre será alevoso el homicidio de un niño de corta edad, del ciego, del anciano inerte, del paralítico y de todos aquellos que se encuentran incapacitados para defenderse por sus condiciones personales. A su vez, como consecuencia de la tipicidad objetiva, no se configura la alevosía cuando el sujeto cree erróneamente que actúa sobre seguro y objetivamente sobreviene una defensa efectiva contra su ataque, o cuando la indefensión no sea inicial sino sobreviniente, por lo que, v.gr., si se inició la lucha cuando la víctima podía defenderse y luego, caída y desarmada, continúa el reo la agresión; en ambos casos no se califica el hecho ya que la alevosía debe referirse a la totalidad del acontecimiento (unidad de acción). En el presente caso, si el imputado se presentó de noche a un local desocupado, en las inmediaciones de la denominada "zona roja" de esta Capital, donde llegaban a dormir los dos ofendidos, quienes eran alcohólicos habituales que deambulaban por ese sector y aprovechando que éstos dormían en total estado de ebriedad, procedió a descargarles con un palo o regla de madera fuertes golpes en la cabeza -a cada uno en fechas diferentes- hasta producirles la muerte, su conducta se subsume bajo el tipo calificado de homicidio, pues les mató con alevosía, toda vez que se aprovechó del estado de sus víctimas para asegurar la realización del hecho sin riesgo

para su persona, dada la inadvertencia del ataque y la imposibilidad de aquellos para repelerlo. Una consideración adicional merece el primero de esos homicidios, pues al suceder el hecho el imputado no tenía ni tuvo conocimiento de que en ese lugar había otro alcohólico durmiendo, quien, al escuchar los golpes que daba el imputado al ofendido y los quejidos de éste, se despertó y presenció la escena paralizado por el miedo y escondido en la oscuridad.

La presencia de este sujeto, en este caso, no excluye la calificación del hecho, ya que en nada alteró el desarrollo de la conducta prevista y querida por el autor y porque objetivamente no constituyó un riesgo o peligro para aquel, quien dio inicio a la golpiza ante su inadvertencia y la concluyó ante su inercia."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 27-F de las 8,45 hrs. del 21 de enero.

6. **CULPABILIDAD** - Concepto normativo que implica una necesaria correlación entre culpabilidad y pena.

"Para la resolución del presente asunto se hacen necesarias las siguientes consideraciones sobre la *culpabilidad*, como juicio de reproche y como parámetro de fijación de la pena. En contraposición a un criterio psicológico de culpabilidad, que hacía depender el *quantum* de la pena del dolo o culpa con que hubiera actuado el agente, modernamente se sigue un concepto normativo, sustentable incluso en nuestro ordenamiento penal, según el cual el reproche depende de la mayor o menor exigibilidad para que el agente -en la situación concreta- actuara conforme el derecho esperaba. Esta ha sido la tesis reiterada últimamente en la jurisprudencia de esta Sala de Casación, que al interpretar el Código Penal ha concluido que el dolo y la culpa son parte del tipo penal y no de la culpabilidad. (En este sentido v. sentencias de la Sala Tercera Nº 446-F, de las 15:40 hrs. del 25 de setiembre de 1992; Nº 511-F, de las 9:00 hrs. del 10 de setiembre de 1993; Nº 561-F, de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993; y Nº 713-F, de las 10:55 hrs. del 17 de diciembre de 1993.) Por las mismas razones, la formulación normativa que en un principio dejaba los elementos alternativos de dolo y culpa dentro de la culpabilidad, tampoco es conciliable con la tesis jurisprudencial de referencia (v. JIMENEZ DE ASUA, LUIS: *Tratado de derecho penal*, Tomo V, Buenos Aires, 1963, pp. 123 ss.) Actualmente la culpabilidad está compuesta por (a) la imputabilidad del agente, (b) el conocimiento de la ilicitud y (c) el poder actuar conforme a derecho (exigibilidad). De acuerdo a ello la culpabilidad se define "... como el juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por la razón de que, no obstante poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal; es decir, en atención a que realizó una conducta prevista como delito pese a que estaba en situación de actuar de modo distinto..." (CORDOBA RODA, JUAN: *Culpabilidad y pena*. BOSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1977, p. 16.). La culpabilidad normativa obliga al juzgador a apreciar las circunstancias que rodean al agente al momento del hecho, para establecer si el ordenamiento jurídico podía -bajo las circunstancias concretas- requerir con mayor o menor severidad una acción ajustada a derecho, y así cuanto más exigible más reprochable y por el contrario cuanto menos exigible menos reprochable.

La culpabilidad no es sino el reproche por actuar con conciencia clara de la ilicitud del hecho que se realiza, junto al incumplimiento con el derecho y con la sociedad -sin riesgo físico y sin presión psíquica insuperables- en circunstancias idóneas para actuar correctamente. Se trata de una opción realizada consciente, donde el sujeto se inclina por la violación de la norma no obstante haber podido actuar conforme a derecho. Ahora bien, así como se dijo que a más exigibilidad mayor severidad del reproche, así cuanto mayor reprochabilidad mayor pena. En el caso de autos lleva razón la recurrente al afirmar que al imponer la pena no puede el tribunal de mérito considerar válidamente y como argumento único el «total desprecio al derecho ajeno», dado que todo ilícito penal es una lesión a los valores tutelados por el ordenamiento jurídico cuyo titular no es normalmente el agente (una excepción en el artículo 114 del Código Penal). Establecido el reproche, debe concretarse en la imposición de la *pena necesaria para el sujeto*, para lo cual han de ponderarse proporcionalmente los parámetros establecidos en el artículo 71 del Código Penal, como son los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible, la importancia de la lesión o del peligro, las circunstancias de modo tiempo y lugar y la calidad de los motivos determinantes. La condenatoria por tentativa de robo simple de menor cuantía se fundamenta en el fallo en «... la falta de arrepentimiento y su total desprecio al derecho ajeno, así como el relativo daño causado...» (fl. 117 vt.); sin embargo, como se dijo, el desprecio al derecho ajeno es una de las notas definitorias de los delitos dolosos, por lo que no cabe el argumento para la fijación de la pena; y, finalmente, se menciona el daño causado en abstracto, pero no se da explicación alguna que corresponda a la importancia-social o individual- de la lesión. No queda clara la correlación entre culpabilidad y pena, de manera que la imposición de dos años de prisión carece de fundamento y corresponde anular el fallo únicamente en este aspecto."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 131-F de las 9 hrs. del 13 de mayo.

7. **DAÑO MORAL** - Necesaria fundamentación de los montos acogidos.

"Es cierto que de acuerdo con el artículo 125 del Código Penal de 1941 (aún vigente según Ley No. 4891 de 8 de noviembre de 1971) los jueces pueden determinar prudencialmente la reparación del daño moral (señalando esa norma - inclusive - "si no hubiese base suficiente para fijarla por medio de peritos"), pero ello no implica que pueden hacerlo de modo arbitrario, sin indicar las circunstancias que les permitieron cuantificarlo de esa manera. Ante el vicio referido (ausencia de motivación), debe declararse con lugar este extremo del recurso así como en lo relativo a la omisión que se aprecia en el fallo sobre las costas procesales demandadas. Ahora bien, se pretende en el reproche que esta Sala fije de una vez los montos solicitados por daño moral ante el tribunal de mérito (ver f. 216 fte. al inicio) lo que es impropio en un recurso por la forma, pues lo que procede, conforme a la reiterada jurisprudencia sobre este aspecto, es remitir a las partes a la vía civil ordinaria para que, si a bien lo tienen, puedan dirimir sus alegados derechos.

Con el propósito de no hacer más gravosa la situación de los actores civiles afectados (puesto que son ellos los que recurren de la decisión judicial que no les

favorece en sus gestiones sobre el monto del resarcimiento por daño moral), se deja incólume la fijación que hizo al respecto el a quo en la sentencia recurrida, siendo sobre lo que excedan las sumas allí determinadas que pueden acudir a la vía civil para obtener otros montos complementarios si así procediera en derecho."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 54-F de las 14,55 hrs. del 16 de marzo.

#### 8. EMOCION VIOLENTA - Elementos.

"El estado de emoción violenta se estructura en dos elementos: uno objetivo, consistente en la causa eficiente o provocadora de la reacción del agente; y otro subjetivo, como es la alteración psíquica violenta e irreflexiva en sí misma (Voto Nº 500-F, a las 8:50 hrs. del 30 de octubre de 1992. V. también los votos Nº 172-f de 16:50 hrs. del 20 de diciembre de 1983; y Nº 194-F de 10 hrs. del 24 de julio de 1987, Sala Tercera). El tiempo corrido entre la causa provocadora y la reacción violenta del agente para la configuración de la emoción violenta, debe ser determinado en cada caso, con una valoración plenaria del material probatorio. En el presente asunto, con base en los elementos de prueba que se citan en el fallo, los juzgadores de instancia concluyen que el imputado realizó una pequeña investigación para ubicar el domicilio del ofendido, una vez allí conversó con él y después disparó a la cabeza, todo lo cual duró cuarenta minutos. Esta sucesión de hechos permitió al Tribunal explicar las razones para excluir la emoción violenta, al señalar que la acción de Cáceres no fue irreflexiva sino racionalmente realizada, al tener la paciencia de averiguar el nombre del hoy occiso, de encontrar a una persona que lo llevara al domicilio de éste y aún de conversar con él. En ese razonamiento no se aprecia que el Tribunal hubiere violado las reglas de la sana crítica al momento de apreciar la prueba, razón por la cual el reclamo de forma no es admisible."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 18-F de las 8,55 hrs. del 13 de enero.

#### 9. ESTAFA - Responsabilidad civil de Mutual derivada de "culpa in vigilando".

"[...], de conformidad con los fundamentos del fallo, la responsabilidad de la demandada civil, o sea, de la Mutual Heredia de Ahorro y Préstamo, deriva del artículo 106, inciso 3), del Código Penal, en el cual se establece que están obligados solidariamente con los autores al pago de los daños y perjuicios: **"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"**. Ahora bien, esta norma hace referencia no a los delitos cometidos dentro del respectivo local o planta física, sino más bien a los realizados en la actividad propia de la empresa. Además, se hace referencia no sólo a los administradores o dependientes del negocio, sino también a los "demás trabajadores a su servicio", lo cual introduce un concepto amplio que cubre a la generalidad de los servidores contratados por la persona física o jurídica, independientemente de la naturaleza de la relación laboral.

Por ello, la Sala estima que en este caso concreto no existe ningún error del tribunal de mérito, al fundar la responsabilidad civil de la Mutual en esa disposición legal. Sin embargo, aunque se admitieran como valederas las argumentaciones del recurrente, cabe indicar a mayor abundamiento que en este caso el a quo fijó la responsabilidad de la empresa demandada civil también con base en la llamada "culpa in vigilando", que se establece en el párrafo tercero del artículo 1048 del Código Civil. Según esta norma: **"El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia; y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar."**

Nótese que en la sentencia recurrida se indica en forma expresa que existe responsabilidad de la entidad demandada precisamente porque debió haber ejercido una supervisión directa y controles adecuados sobre las actuaciones que realizaba [...] como corredor de bienes raíces contratado por la empresa y no simplemente avalar sus actuaciones sin ningún cuidado, como se hizo en el presente caso. Por ello, según concluyen los juzgadores: **"Dicha entidad es culpable por no haber ejercido tal y como se indicó los controles adecuados y la supervisión de la actuación del codemandado civil [...]"**. Como sétimo punto, se acusa inobservancia y errónea aplicación del artículo 106, inciso 3), del Código Penal, porque esa norma al hablar del "establecimiento" se refiere a hechos ocurridos dentro de un local comercial, lo cual, según afirma el recurrente, no es aplicable al caso concreto, puesto que el imputado realizó las negociaciones con el ofendido en otro lugar (folios 213 a 215). Ahora bien, como ya se dijo en el considerando segundo de este fallo, la cita del artículo 106, inciso 3), del Código Penal que se hace en el fallo recurrido no es errónea, pues el hecho punible se cometió como parte del giro comercial de la Mutual Heredia de Ahorro y Préstamo, sin que se note en ese aspecto vicio alguno.

No obstante, en la sentencia recurrida se indica además que existe responsabilidad de la entidad demandada precisamente porque debió haber ejercido una supervisión directa y controles adecuados sobre las actuaciones que realizaba [...] como corredor externo de bienes raíces contratado por la empresa y no simplemente avalar sus actuaciones sin ningún cuidado, como ocurrió en este caso concreto (folio 205 vuelto, líneas 13 a 26). En consecuencia, como ya se dijo, la responsabilidad de la demandada civil deriva también de la llamada "culpa in vigilando", que se establece en el párrafo tercero del artículo 1048 del Código Civil. Según esa norma: **"El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia; y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar."** Desde esta óptica es irrelevante que no se haya acreditado la existencia de dolo civil por parte de la empresa

demandada, pues queda claro que en este caso no se condenó a la Mutual por haber incurrido en dolo, sino por "culpa in vigilando", al expresar el tribunal de mérito entre otras cosas que: "Dicha entidad es culpable por no haber ejercido tal y como se indicó los controles adecuados y la supervisión de la actuación del codemandado civil [...]" (Folio 205 vuelto, líneas 13 a 26). Tampoco tiene importancia que la demandada haya elegido al encartado [...] únicamente para realizar actos dentro del marco legal, pues el citado artículo 1048 del Código Civil contempla precisamente los casos en que, **por falta de vigilancia**, el encargado provoca los daños "con una acción violatoria del derecho ajeno, **cometida con mala intención** o por negligencia en el desempeño de sus funciones". En otras palabras, queda cubierta también la responsabilidad por los hechos ilícitos de carácter doloso que cometa la persona encargada, como ocurre en la especie con la conducta [del imputado]."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 235-F de las 9,30 hrs. del 24 de junio.

10. ESTELIONATO - Derecho de retención como ejercicio legítimo de un derecho.

"Se reclama aplicación indebida de los artículos 45, 71 a 74, 216 inciso 2) y 217 inciso 4), todos del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 1, 2, 25, 30 de ese mismo Código y 39 de la Constitución Política, ya que, según el recurrente, en este caso se sancionó como delito "un hecho que está amparado por una causa de justificación". Para la mayoría de esta Sala el reclamo es de recibo. El tribunal de mérito tuvo por cierto que el imputado acudió ante el Juzgado Cuarto Civil de San José para solicitar el pago de los honorarios generados por el cargo de depositario judicial y que la gestión fue rechazada, porque -según indicó dicho Despacho- esa no era la vía para su cobro (ver folio 186 vuelto, líneas 24 a 27). Ante esa decisión y para anticiparse a las posibles consecuencias, el encartado acudió ante la Alcaldía Segunda Civil de San José para realizar las diligencias de embargo preventivo, garantizando los posibles daños y perjuicios que podía ocasionar con su gestión, para lo cual efectuó el depósito que exige la ley. Posteriormente, según se tuvo por probado, formuló un incidente de cobro de honorarios ante el Juzgado Cuarto Civil, **el cual fue declarado con lugar**, fijándose dicho rubro en cuatro mil colones, suma que fue depositada por [el ofendido] (ver folio 186 frente, líneas 21 a 28).

Como bien se observa, el imputado simplemente se limitó al uso de los medios que le concedía el derecho para conseguir que se le cubrieran los gastos que, según reclamaba, le había ocasionado el depósito judicial. El error del a quo consiste en afirmar que esa gestión constituye un "artificio legal", una "artimaña" del acusado para impedir que se pusiera al ofendido en posesión del vehículo (ver folio 193 vuelto). En realidad es una vía legítima, que le permitió al encartado obtener de modo lícito el fin que perseguía; o sea, el pago de los gastos ya indicados, con base en lo dispuesto por los artículos 1357 y 1360 del Código Civil. Aquí evidentemente se presenta una aparente contradicción entre el derecho de propiedad de quien reclama el bien (en este caso el ofendido) y el derecho del depositario de que se le cubran los gastos en que incurrió con el depósito.

Esa contradicción aparente es resuelta de manera

expresa por la ley civil al señalar en forma clara que en esos supuestos el depositario goza del derecho de retener el bien hasta que se le cancelen los gastos del depósito. En efecto, el artículo 1357 del Código Civil, antes citado, dispone que "el depositante es obligado a indemnizar al depositario todos los gastos que haya hecho en la conservación de la cosa, y las pérdidas que la guarda haya podido ocasionarle. *El depositario, para ser pagado, goza del derecho de retención.*" Como puede apreciarse, pareciera existir una contradicción entre esa norma y el artículo 223 del Código Penal porque este último sanciona a quien retenga una cosa mueble por título que produce obligación de devolver, supuestos típicos en los cuales estaba el imputado, pero esa aparente contradicción jurídica es lo que pretende resolverse precisamente exigiendo que la conducta típica deba ser además antijurídica, entre otros requisitos, para que pueda ser calificada de delictiva, y resulta que en este caso no puede ser antijurídica por estar amparada a una norma legal que en forma expresa autorizaba realizar la conducta típica cuando se dieran los supuestos del artículo 1357 del Código Civil. Obsérvese que el cobro de los gastos del depósito no puede estimarse como un invento del imputado, tanto que fue una autoridad jurisdiccional la que estableció dos cosas: primero que sí debían cubrirse los gastos al imputado en calidad de depositario y, segundo, que esos gastos ascendían a la suma de cuatro mil colones.

No reconocer el derecho del imputado a recibir ese pago, implica desconocer por un lado el ordenamiento civil que le otorga ese derecho en abstracto, así como la resolución jurisdiccional que estableció que en el caso concreto debían pagársele los gastos al depositario por la suma de cuatro mil colones. Para evitar esas aparentes contradicciones jurídicas el artículo 25 del Código Penal establece que no delinque *quien obrare en ejercicio legítimo de un derecho*, como resulta ser el que deriva del artículo 1357 del Código Civil, legitimado en el caso concreto por una resolución jurisdiccional que así lo estableció en forma expresa. El problema relativo al deterioro que pudo haber sufrido la cosa durante el depósito es un aspecto que no permite desconocer el derecho de retención, máxime en un caso como el presente, en el cual una autoridad jurisdiccional señaló que al depositario debían cubrirse los gastos y los fijó en la suma de cuatro mil colones. A lo sumo lo que correspondía era que el juez retuviera el dinero de gastos y honorarios del depositario para someterlo a una liquidación final ante posibles daños sufridos por la cosa, pero ello no autoriza a desconocer el derecho de retención frente a quien no ha pagado dichos rubros. También incurre el tribunal de juicio en un error cuando estima que la resolución del Juzgado Civil tiene mayor rango que la dictada por la Alcaldía de esa misma materia. Esto último no es acertado, porque en este caso concreto estamos ante dos resoluciones judiciales que son independientes entre sí, puesto que fueron emitidas en asuntos totalmente diferentes, de manera que la cuestión no debe ser planteada en términos de jerarquía, porque cada una tiene su propio ámbito de validez y eficacia. Por ende, como bien se alega en el recurso, existía a favor del imputado [...] un derecho de retención hasta tanto no se le pagaran los gastos en que había incurrido a raíz del depósito judicial (último párrafo del artículo 1357 del Código Civil).

Ese derecho fue ejercido legítimamente por el acusado, pues lo hizo valer una vez que la Alcaldía Civil lo nombró depositario del vehículo que interesa, el veinte de setiembre de mil novecientos noventa (ver relación de

hechos probados, folios 185 y 186). Nótese, a mayor abundamiento, que el encartado no tenía ningún afán indebido de mantener el bien en su poder, ya que, tan pronto [el ofendido] depositó los respectivos honorarios, aquél entregó el vehículo, según se desprende del propio cuadro fáctico (folio 186 frente, líneas 21 a 28). Conforme a lo expuesto, corresponde declarar con lugar el quinto reclamo interpuesto por el fondo y casar la sentencia recurrida únicamente en cuanto condenó al imputado [...] por el delito de Estelionato en perjuicio de [...].

En su lugar, de conformidad con el derecho aplicable, lo que procede es absolverlo de toda pena y responsabilidad por ese ilícito (artículo 25 del Código Penal). El anterior pronunciamiento no incide, sin embargo, sobre la condena de carácter civil, respecto a la cual no se formula ningún alegato concreto en el presente reclamo ni en los restantes que contiene el recurso. En la sentencia impugnada se tuvo por cierto que el vehículo placas [...] sufrió daños en su carrocería durante el período que estuvo bajo la custodia del encartado [...] (ver folio 186 frente y vuelto), quien, según agregan los juzgadores, no le dio buen cuidado a dicho automotor, incumpliendo las obligaciones de un buen padre de familia (ver folio 196 frente, líneas 22 a 29). En consecuencia, de conformidad con el artículo 11 del Código de Procedimientos Penales, corresponde mantener invariable ese extremo del fallo recurrido. El Magistrado Houed salva su voto en relación con la absolutoria que se decreta en favor [del imputado]."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 199-F de las 9,20 hrs. del 3 de junio.

11. ESTUPRO AGRAVADO - Requisitos para que se configure la relación de "guardador".

"[...] la relación adulto-menor, en que el primero ejerce sobre el segundo alguna forma de autoridad y correlativamente existe subordinación, respeto o reverencia, ya sea temporal o permanente, a que se refiere la agravante prevista en el artículo 158 del Código Penal, es suficiente para constituir la figura del guardador o encargado de la custodia del menor, sin que sea necesario que el adulto ejerza la patria potestad o represente legalmente al menor. Sobre ello ha dicho esta Sala: «... la situación de un adulto con respecto a un menor que -como en el caso de autos- viven aunque sea temporalmente bajo el mismo techo donde aquel ejerce autoridad, es la de *guardador* en el sentido de las normas aplicadas por el *a quo*...». (Sentencia N° 544-F, a las 10:30 hrs. del 30 de setiembre de 1993.) Se trata de una relación de hecho, de carácter meramente circunstancial, que puede ser incluso espontánea y pasajera, en la cual un menor se encuentra bajo la protección, cuidado o supervisión de un adulto, por muy diversas razones, tales como la relación que surge entre quienes llevan de paseo a algunos menores, los que reciben en sus casas a los hijos de los vecinos, el conductor del autobús escolar, etc. La norma penal en este caso, no se circunscribe a los conceptos de patria potestad acuñados por el derecho de familia, sino que extiende la protección de los niños a sencillas y temporales relaciones de hecho. En esos supuestos la agravante existe porque el adulto se prevalece de su condición y de la autoridad que en ese momento ejerce sobre la menor para obtener de ella el consentimiento para realizar el acto sexual (estupro), o para

agredirla sexualmente (violación); y además, porque en cierta medida rebasa con mayor grado de culpabilidad los deberes que las circunstancias le imponían, por tratarse de la persona encargada de la guarda o custodia de una menor de edad y prevalecerse de esa situación para mantener relaciones sexuales con su víctima, violando la confianza que se había depositado en el adulto.

En el presente caso es muy clara la concurrencia de la agravante, porque además de que el imputado convivía con la madre de la menor y vivía con ellas en la misma casa, realizó la acción delictiva mientras tenía a su cuidado a la ofendida en tanto la madre de ésta asistía a su trabajo.

Con mayor razón debe aplicarse la agravante si se observa que existía una convivencia marital estable entre la madre de la ofendida y el encartado."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 41-F de las 9,20 hrs. del 28 de enero.

12. FALSO TESTIMONIO - Juramento no es requisito sine qua non del tipo.

"En primer término debe advertirse que no es necesariamente cierto que el delito de Falso Testimonio resulte siempre "de la confrontación de dos deposiciones contradictorias" (f. 339 fte.), pues inclusive con sólo una de ellas que se demuestre no haber sido verdadera el testigo puede afrontar las consecuencias de ley. Asimismo, el hecho de haber sido un Agente Fiscal (en ejercicio de funciones requirentes y de investigación sin ser de modo propio un *funcionario jurisdiccional*) quien recibió la manifestación del testigo, no significa que no se esté ante una *autoridad competente* en el sentido que se emplea por el tipo penal del artículo 314 del Código de la materia, pues se refiere a quienes están facultados por la ley para realizar esa clase de actuaciones, y evidentemente el Código Procesal Penal así lo autoriza. De la misma manera se observa que diferenciar la declaración del denunciante de la del testigo no pasa de ser un simple formalismo que carece de contenido: uno y otro están obligados a decir la verdad en cualquier circunstancia en que se encuentren, sin que por ello se le impida al primero ser testigo en un proceso, aunque también le cabe la posibilidad de incurrir en el delito de Denuncia Calumniosa (317 *ibid*).

Tampoco llevan razón los recurrentes cuando argumentan que el juramento es requisito sine qua non para que se constituya el delito de Falso Testimonio, pues el respectivo tipo (art. 314 *ibid*) lo que determina es que se "afirmare una falsedad, o negare o callare la verdad, en todo o en parte" en la deposición efectuada ante autoridad competente. Según puede apreciarse, entonces, de acuerdo con el bien jurídico tutelado, el interés radica en que la persona que declara, estando obligada a decir la verdad, cumpla con ese deber, pues la Administración de Justicia se lesiona igualmente con la falsedad vertida por el testigo juramentado como por el que no lo fue: "Si hay o no juramento, ello no tiene que ver nada con el carácter falso o verdadero de una declaración; quien declara, aún sin juramento, tiene la obligación de decir verdad" (Castillo, F; "El Delito de Falso Testimonio", Edit. Juricentro, 1982, p. 71; relacionada con el párrafo segundo de la p. 64)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 225-F de las 9,30 hrs. del 17 de junio.

### 13. FUNCIONARIO PUBLICO - Amplitud del concepto en Derecho Penal.

"En efecto, la jurisprudencia de esta Sala reiteradamente ha señalado que el concepto de **funcionario público** es mucho más amplio en Derecho Penal que en otras áreas del ordenamiento jurídico, utilizando un criterio que la doctrina moderna señala como objetivo, según el cual lo que interesa es que se desempeñe una función que en su esencia es pública. Es entonces la naturaleza de la actividad y no su ligamen con la Administración lo que, entre otros aspectos, caracteriza al funcionario público (ver en especial las resoluciones de esta Sala Ns. 103-F de las 10:30 hrs. del 2 de junio de 1989, y 104-F de las 9:15 hrs. del 27 de abril de 1990 donde se analizó exhaustivamente dicho concepto). En todo caso el mismo artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública señala en el inciso 2) que se consideran equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, así como que el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la **naturaleza de la situación** indique lo contrario, no siendo esta última relativa al asunto que aquí se examinó."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 208-F de las 9,30 hrs. del 10 de junio.

### 14. HURTO - Desprendimiento de celosías no constituye fuerza en las cosas.

"En el presente caso el Tribunal tuvo por cierto que en agosto de mil novecientos noventa y dos el encartado penetró en la vivienda del ofendido, para lo cual desprendió cuatro celosías, y sustrajo varios bienes valorados en la suma global de once mil ochocientos colones, lo que calificó como constitutivo del delito de robo simple con fuerza en las cosas, imponiéndole al imputado la pena de dos años de prisión. Ya esta Sala en reiterada jurisprudencia ha afirmado que el simple desprendimiento de celosías no constituye fuerza en las cosas, porque en estos casos se logra el desprendimiento y la separación sin producir daños, sin romper, sin cortar, sin retorcer o deformar los objetos, es decir se utiliza el modo natural de separar y desprender un objeto de otro sin emplear fuerza en sentido jurídico (Véanse las resoluciones N° 104-A de 8:22 hrs. del 3 de abril de 1987 y N°682-f de las 8:45 hrs. del 16 de diciembre de 1988, ambas de la Sala Tercera). Por lo expuesto, tratándose de una sustracción de bienes ajenos, sin utilizar fuerza en las cosas o violencia sobre las personas, el hecho debe calificarse como constitutivo de hurto. Ahora bien, resulta del caso aplicar retroactivamente la ley N° 7337 del 5 de mayo de 1993 que modificó el inciso 1° del artículo 384 del Código Penal, por cuanto el presente asunto estaba pendiente de resolución al entrar en vigencia esa ley.

Consecuentemente constituye la contravención de hurto menor el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble cuyo valor no exceda de la mitad del salario base, según la descripción de salario base contenida en el artículo 2 de aquella ley. Los hechos probados se adecuan a esa descripción típica, razón por la cual la mayoría de la Sala estima que debe declararse con lugar el recurso formulado por la defensa, casar la sentencia en cuanto condenó al imputado como autor del delito de robo y en su lugar disponer que los hechos son configurativos de la

contravención de hurto menor, pero por encontrarse prescritos por economía procesal se omite la declaratoria de incompetencia ante la respectiva Alcaldía de Faltas y Contravenciones." (Hay voto salvado).

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 215-F de las 10,05 hrs. del 10 de junio

### VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO GONZALEZ

"El suscrito respeta el criterio de la mayoría, pero se permite disentir en los siguientes términos: Comparto ampliamente el criterio según el cual el simple desprendimiento de celosías no constituye una forma de ejercer fuerza en las cosas por las mismas razones que se exponen en el fallo de la mayoría y consecuentemente concluyo en igual sentido que mis compañeros que los hechos no son configurativos del delito de robo sino de hurto. También estimo que la sustracción de los bienes configura la contravención de hurto menor aplicando retroactivamente la reforma al inciso 1° del artículo 384 del Código Penal. Sin embargo discrepo con la mayoría en la solución final, porque en mi opinión los hechos probados que fueron originalmente intimados, que fueron acusados y luego se tuvieron por demostrados en sentencia dan cuenta de otro ilícito que concurrió en forma ideal con el hurto, que tiene una pena mayor, y que por esa razón debe aplicarse al caso por no estar prescrito. Me refiero al delito de violación de domicilio, según me explico de seguido. Modificando en algún sentido otras apreciaciones que hice en el voto salvado a la sentencia de esta Sala N° 240-F de 8:55 hrs. del 7 de junio de 1991, me permito reiterar las razones que expuse por separado en la resolución 460-F de 8:55 hrs. del 30 de agosto de 1991, las cuales se ajustan al presente caso: "...el delito de violación de domicilio previsto en el artículo 204 del Código Penal no requiere de un dolo específico dirigido a perturbar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores de la habitación o casa de negocios invadida, de manera que quien penetra a una vivienda o casa de negocios ajena puede perturbar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores del inmueble, aunque ese no haya sido su objetivo directo y específico.

El dolo específico se exige únicamente cuando el tipo penal en forma expresa lo requiere, es decir cuando el legislador señala en el tipo penal que para la realización de esa concreta figura delictiva es necesario que el sujeto activo se motive en específicas razones, como ocurre por ejemplo en los delitos de aborto honoris causa donde la norma exige en forma expresa que la acción hubiere sido realizada "para ocultar la deshonra de la mujer" (art. 120 del Código Penal), o en el rapto propio, cuando se exige que la sustracción de la mujer se realice "con fines libidinosos" (art. 163 del Código Penal), o en el hurto de uso cuando se señala que el delito se configura al tomarse la cosa ajena "con el único fin de hacer uso momentáneo de ella", etcétera. La doctrina denomina a éstos como elementos subjetivos del tipo distintos al dolo, presentes en los llamados tipos asimétricos (ZAFFARONI, E.R. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 1988, sexta edición, pp. 421 ss.). El delito de violación de domicilio contenido en nuestro Código Penal no es un tipo asimétrico porque no exige para su configuración elementos subjetivos distintos al dolo, y el dolo consiste simplemente en querer el resultado o preverlo

al menos como posible.

En consecuencia, aquel que penetre a una casa de habitación o casa de negocios ajena, en contra de la voluntad de quien tendría derecho a excluirlo, podría cometer el delito de violación de domicilio aunque su motivación concreta para penetrar no hubiere sido el perturbar o lesionar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores del inmueble, porque el tipo penal no exige en forma particular esa finalidad como un elemento subjetivo distinto del dolo. Para tales efectos deben distinguirse en forma clara el dolo y las concretas motivaciones del sujeto para realizar el hecho punible.

En muchos casos esas motivaciones coinciden con el dolo, pero en otros no. En consecuencia, un sujeto puede cometer el delito de violación de domicilio motivado en muy diferentes situaciones. Puede penetrar a la vivienda para cometer un delito sexual contra alguno de los moradores, para agredir físicamente a uno de ellos, para intimidarlos, o para causar daños, sustraer bienes, etcétera, pero esas otras motivaciones no hacen desaparecer el dolo constitutivo de la infracción, pues en cualesquiera de esos supuestos se habría perturbado el ámbito de intimidad y se habría lesionado el bien jurídico tutelado en el tipo penal..."- La penetración a la vivienda, entonces, puede estar motivada en la realización de un delito distinto a la perturbación del ámbito de intimidad, pero eso no significa en principio que la violación de domicilio esté subsumida o excluida por el primer delito, salvo los casos en que el tipo penal en forma expresa lo señala. En efecto, cuando un sujeto penetra a una vivienda y además realiza un hurto, ambos ilícitos concurren en la especie sin que se pueda hablar de una relación de subsidiariedad o subsunción (supuestos del concurso aparente). El delito de violación de domicilio (204 del C.P.) no está definido ni comprendido en ninguno de los supuestos de hurto (208, 209 y 384 inciso 1º del C.P.), de manera que no podemos hablar que uno es la especie y el otro género o viceversa, o que alguno está contenido de alguna manera en otro. Cuando el sujeto penetra en la vivienda o casa de negocios ajenas con la finalidad de realizar otro delito, como el hurto, es evidente que nos encontramos en presencia de un delito *crimínis causa*, donde uno de ellos fue necesario para llegar a cometer el otro. Como lo habíamos señalado se trata de un concurso ideal de delitos (art. 21 del C.P.), porque hay unidad de acción, conforme reconoce un sector de la doctrina, al afirmar que "...debe admitirse el concurso ideal cuando el delito instantáneo es un medio para cometer el delito permanente (...) o cuando el delito permanente ha de crear el presupuesto para la comisión de un delito instantáneo (como en este caso, la violación de domicilio, para la violación y el hurto proyectado)...". (Así, **Wessels, Johannes**, *Derecho Penal. Parte General*. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 234).- Por el contrario, otro sector de la doctrina, pese a reconocer también que en esos casos existe un concurso de delitos entre el hurto y la violación de domicilio, es más radical aún y afirma que al realizarse un hurto penetrando a una vivienda en contra de la voluntad de quien tendría derecho a excluirlo, lo que existe es un concurso real de delitos y no un concurso ideal (así lo consideran, por ejemplo, **Soler, Sebastian**, *Derecho Penal Argentino*. Tea, Buenos Aires, 1970, tomo IV, pp.88 y ss.).

Somos del criterio de la unidad de acción, partiendo de una interpretación del contenido del tipo penal de la violación de domicilio conforme se expuso en la

transcripción del voto salvado anterior, pues la acción es un concepto normativo con un contenido fáctico que sólo puede interpretarse sistemáticamente junto con la descripción del tipo en relación con el bien jurídico tutelado.

"Hay unidad de acción típica en el sentido amplio -se afirma- en aquellas hipótesis en las que, a pesar de haber acciones distintas, subsiste la misma situación espacial y temporal y la misma motivación entre ellas..." (**Castillo González, Francisco**, *El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense*. Universidad de Costa Rica, San José, 1981, p.23). Desde luego, además de concurrir una misma motivación, hay una relación de medio a fin, cuando se penetra a la vivienda con el fin de hurtar, pero esa relación no justifica eximir de responsabilidad penal cuando los delitos son sucesivos y lesionan diferentes bienes jurídicos, salvo el caso del concurso aparente. Es cierto que en muchas ocasiones se conoce de delitos contra la propiedad en los que también concurre un ingreso a una vivienda y no se afirma que exista conjuntamente el delito de violación de domicilio en concurso (real o ideal), pero ello ocurre en los supuestos en que la descripción típica de esos delitos contra la propiedad comprende también el ingreso a la vivienda (subsunción), cuando se indica que el uso de la fuerza debe recaer sobre cosas que implican una penetración en la vivienda (perforación o fractura de una pared, cerco, techo, piso, puerta, o ventana de un lugar habitado).

En estos supuestos no habrá un concurso de delitos, ni siquiera ideal, sino sólo aparente, porque la descripción típica del robo comprende el ingreso a la vivienda, de manera que los tipos penales se excluirían entre sí descartando el concurso, conforme lo señala el artículo 21 del Código Penal (Esa fue la tesis ya expuesta por esta Sala en la sentencia Nº 326-F de 10:50 hrs. del 28 de junio de 1991). Esa situación no ocurre respecto del hurto, cuya descripción típica no supone a la vez el ingreso a una vivienda, de manera que en este último caso la descripción contenida en los tipos penales (hurto y violación de domicilio) hace que éstos no se excluyan, ni se subsuman, ni se descarten entre sí. En el caso de autos se acusó, y así se tuvo por demostrado en sentencia, que el imputado ingresó a la vivienda del ofendido para lo cual desprendió varias celosías. De esa manera logró sustraer los bienes ajenos valorados en la suma de once mil ochocientos colones. Por todo lo anterior voto por declarar con lugar el recurso por el fondo en cuanto declaró al imputado como autor del delito de robo simple con fuerza en las cosas, recalificando los hechos a la contravención de hurto menor en concurso ideal con el delito de violación de domicilio (artículos 204 y 384.1 en relación con el 21, todos del Código Penal)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 215-F de las 10,05 hrs. del 10 de junio

#### 15. ITER CRIMINIS - Análisis de sus fases - Aplicación a complicidad en hurto agravado.

"La doctrina reconoce tres fases del camino o proceso ejecutivo del delito, que denomina "*iter criminis*": a) En primer término la *fase interna*, cuando el sujeto se plantea la posibilidad de realizar el hecho, la cual suele subdividirse a su vez en tres momentos: *la ideación*, en que por primera vez se plantea al sujeto la posibilidad de cometer el delito; *la deliberación*, que supone el cálculo, balance o estimación de probabilidad de éxito, o -eventualmente- el conflicto



entre principios morales y necesidades materiales; y la *resolución*, cuyo contenido es la decisión de cometer el delito. Hasta este momento del desarrollo el hecho es impune. b) En segundo lugar la *fase intermedia* o *resolución manifestada*, cuya existencia no es esencial sino accidental al proceso ejecutivo del delito, y consiste en la comunicación de la decisión de realizar el hecho, que hace normalmente el agente a quien propone participación como cómplice o coautor. Por no concretar actos materiales como tesis de principio es impune. c) En tercer lugar la *fase externa*, la cual supone la realización de actos materiales, y se subdivide a su vez en cuatro etapas: En primer término los *actos preparatorios*, que son los aprestos necesarios para la ejecución del hecho punible, y que en principio no son punibles. En segundo término los *actos de ejecución*, que son aquellos dirigidos a la consumación del delito, y la relevancia de su distinción radica en que son punibles como tentativa cuando no se logra el resultado. En tercer lugar se ubica la etapa de la *consumación*, determinada por la concurrencia de todos los elementos configurativos del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de la conducta. Finalmente la doctrina señala la etapa de *agotamiento del delito*, en la cual el sujeto realiza la finalidad última que ha perseguido, como sería por ejemplo la venta de los bienes sustraídos (Por todos véase **Ezaine Chavez, Amado**. *El iter criminis*, quinta edición, 1987). Nos interesa destacar aquí esta última fase, pues en ella es que se produce la intervención del co-imputado [...].

Esta parte del camino del delito tiene gran importancia, con relación a personas que -sin ser autores materiales del hecho- con anterioridad a su ejecución se han comprometido a participar posteriormente en la adquisición u ocultación de bienes, en la destrucción o alteración de rastros o pruebas, en el ocultamiento o fuga del autor o autores y cómplices. Así, podrían entrar como cómplices del hecho, quienes no han realizado acto alguno de cooperación o ayuda durante la ejecución o consumación, pero que han prometido con anterioridad a estos momentos su participación para asegurar el provecho del delito. Ejemplo de lo anterior es el caso de los ladrones de ganado, que durante la noche cargan varios animales en un camión rojo y los trasladan a un sitio previamente convenido a veinticinco kilómetros, allí cambian la carga a un camión azul con una tripulación diferente que llevará el ganado a una finca a doscientos kilómetros del lugar. No cabe duda que al llevar los animales a veinticinco kilómetros de distancia para el trasbordo, ya se había consumado *jurídicamente* el apoderamiento pues los autores materiales del hurto tenían libre disposición sobre los semovientes. La tripulación que lleva los animales más lejos en el camión azul, es cómplice del hecho punible, porque su cooperación estaba comprometida desde antes de la ejecución y consumación.

La doctrina reconoce la posibilidad de participación criminal a título de cómplice aún después de la consumación *jurídica* del hecho: «... El que promete asegurar y guardar el botín a quienes han decidido un robo es cómplice si los autores han contado con esa ayuda para la comisión del hecho, aún cuando el hecho quede en tentativa y no haya luego botín a asegurar y por tanto falte la posibilidad de cumplir la promesa...» (BACIGALUPO: *Manual de derecho penal. Parte general.*, Temis-ILANUD, 1984, p. 211.); «... Además, la complicidad no es sólo posible hasta la consumación formal, sino que, al igual que la coautoría, cabe también hasta la *terminación* material del hecho principal...» (JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte*

*general*. BOSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1981, Tomo II, p. 963.); «... La complicidad también es posible entre "consumación" y "terminación"...» (WESSELS: *Derecho penal. Parte general.*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 170.); «... Sólo con el logro de la intención delictiva están materialmente consumados, de modo que hasta entonces es posible la participación...» (WELZEL: *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 160.); «... En síntesis: la participación puede tener lugar mientras no se ha agotado la ejecución del injusto, aun cuando ya se halle consumado...» (ZAFFARONI: *Manual de derecho penal. Parte general*. EDIAR, Buenos Aires, 1985, p. 590.); «... si ya aún antes de iniciada la realización, ha ofrecido su ayuda posterior...» (BUSTOS: *Manual de derecho penal. Parte general*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p. 297.); «... La ayuda posterior, esto es, el apoyo después de la consumación del hecho principal, aún puede ser complicidad...» (SAUER: *Derecho penal. Parte general*. BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, 1956, p. 332.). De acuerdo a lo expuesto acerca de la etapa de agotamiento del *iter criminis*, quien intervenga en ella prestando ayuda o cooperación al autor o coautores, en cumplimiento de una promesa o compromiso previo a la consumación del delito es cómplice. De no haber promesa anterior, el sujeto entra como autor de cualquiera de las formas de encubrimiento como son el favorecimiento personal (artículo 320 del Código Penal), receptación (artículo 321 *ibid*), receptación de cosas de procedencia sospechosa (artículo 322 *ibid*) y favorecimiento real (artículo 323 *ibid*). Obsérvese como la descripción típica de estos delitos, utiliza fórmulas que excluyen cualquier compromiso *ex ante*: «... sin promesa anterior al delito...» y «... provenientes de un delito en que no participó...».

Esto es, si hay promesa anterior a la consumación para una ayuda posterior existe complicidad, pero si no hay tal compromiso la acción es configurativa de encubrimiento en cualquiera de sus formas.

Esta interpretación armoniza con el artículo 47 del Código Penal, que define a los cómplices como aquellos «... que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del *hecho punible*...». En el caso que nos ocupa, el tribunal de mérito atribuye a los tres imputados el haber actuado «en contubernio», para el apoderamiento de las cabezas de ganado pertenecientes a la ofendida [...]. Del contexto de los hechos se desprende con toda claridad una división de funciones, en la cual los coimputados [...] materialmente se apoderarían de los semovientes, para luego llevarlos a una finca propiedad del coimputado [...]; todo ello previamente acordado por los tres, según lo evidencia la actuación de este último al asistir -según el fallo- a la Delegación de la Guardia de Asistencia Rural e indicar que el ganado era suyo, coincidir con los otros dos en la excusa por la cual no tenía las guías de transporte, y en dibujar el fierro que llevaban los animales. Para todo esto debió existir acuerdo previo entre los tres. El impugnante señala que por no describir la sentencia de mérito, acto material alguno por el cual [el imputado] se hubiera apoderado materialmente de los animales, no se le pudo haber condenado por hurto agravado, por lo que pide se case y se le absuelva de toda pena y responsabilidad. Lleva razón el impugnante en cuanto señala que por no haberse acreditado actos materiales de apoderamiento por parte de [el imputado], no se le debió condenar como autor del hecho. No obstante no corresponde la absolución porque dada la división de funciones antes indicada, es claro que los autores materiales fueron los coimputados [...]

promesa anterior al delito- llevaron el ganado a una de sus fincas donde luego fue decomisado. De acuerdo al plan de los tres implicados en los hechos -según se desprende del fallo de instancia- [...] participaría en la etapa de agotamiento del hurto agravado, recibiendo y ocultando los animales. De consiguiente es cómplice por haber prometido -antes de la consumación- una cooperación *ex post*, conforme se señaló en los anteriores razonamientos.

En consecuencia procede acoger en forma parcial el recurso por el fondo, debiéndose recalificar la acción desplegada por [el imputado], y de conformidad con los artículos 47, 74 y 209.I del Código Penal, declararlo cómplice del delito de hurto agravado cometido en daño de [la ofendida]."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 165-F de las 9,30 hrs. del 20 de mayo.

#### 16. LEGITIMA DEFENSA - Alcances del concepto "racionalidad" del medio empleado.

"Pareciera necesario aclarar que la "necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión" a que alude el inciso b) del artículo 28 del Código Penal, esto es, la **racionalidad de la defensa** que surge junto con la agresión ilegítima y subsiste mientras esta dure, significa que debe existir racionalidad respecto del medio empleado para impedir o repeler la agresión, pero ello no implica necesariamente que tales medios deban ser "proporcionales" al daño que hubiere causado el agresor o a los medios que éste dispone para agredir (por ejemplo una víctima de violación puede repeler el ataque del violador causándole la muerte a éste, si racionalmente no tiene otra forma de evitar la agresión de que es objeto). En las circunstancias descritas, [ofendido e imputado viajaban en un vehículo, conducido por éste último, cuando el primero -quien se encontraba en el asiento trasero del auto-, en forma súbita y en estado agudo de ebriedad, extrajo de sus ropas una cuchilla con una hoja metálica de 13.6 centímetros de longitud, la cual colocó abierta y amenazantemente al imputado rozándole su cuello y diciéndole "pará hijo de puta, te voy a degollar, te vas a morir" y a un tercero que los acompañaba que "si se metía, igual lo mataba", circunstancia que obligó al encartado a detener su vehículo para luego ser violentamente halado y bajado del mismo por el ofendido, si en ese momento -tal como se acreditó- el imputado rápidamente desenfundó un revólver que llevaba en su cintura, pese a lo cual el ofendido se le acercó con la cuchilla para acometer al imputado, quien con dicha arma de fuego hizo un disparo al aire, pero a pesar de eso el ofendido intentó agredirlo con la cuchilla], el imputado racionalmente no disponía de otro medio menos lesivo o drástico para impedir o repeler la agresión que el utilizado por el ofendido; no es posible exigirle que, en vez de usar su revólver, luchara heroicamente cuerpo a cuerpo contra su atacante o que rehuyera cobarde o vergonzosamente la agresión, como único modo de hacer "razonable" la evitabilidad de la agresión, pues ello equivaldría a desconocer la naturaleza humana y los objetivos mismos de la justificación en comentario. Así, pues, desde el punto de vista penal la legítima defensa ejercida por el encartado excluye la antijuridicidad de su conducta (y por ende el injusto penal) y, desde el punto de vista civil, esa misma ausencia de antijuridicidad excluye la responsabilidad civil,

por tratarse de un elemento constitutivo necesario del ilícito civil extracontractual en los casos de responsabilidad subjetiva, como el presente (al respecto véase PEREZ VARGAS, Víctor: *Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual*, San José, 1ª ed., I.N.S., 1984, págs. 61 a 66)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 201-F de las 10 hrs. del 3 de junio.

#### 17. LEGITIMA DEFENSA - La "racionalidad" no puede determinarse en forma abstracta, objetiva y general.

"El artículo 28 del Código Penal dispone que: "No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias:...a) Agresión ilegítima; y... b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión...Se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquél que ejecutare actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación y sus dependencias, se hallare dentro de ellas, **cualquiera que sea el daño causado al intruso**" (la negrita es suplida). Así las cosas, la legítima defensa requiere un efectivo acometimiento contrario a derecho -que puede o no constituir delito- y que la agresión sea actual -defensa necesaria-. Acto seguido, el mismo artículo 28 establece que esta causal tendrá vigencia dentro de una edificación o sus dependencias, en el supuesto en que se cause daño a un sujeto extraño, que sin derecho alguno y con peligro para sus habitantes, ingrese a ellas. En el presente caso, el Tribunal tuvo por acreditado en lo pertinente, que el ofendido [...] se presentó a casa del encartado [...] en evidente estado de ebriedad, ingresando cuando alguien abrió la puerta principal, -que entre ambos existía enemistad, pues [el ofendido] agredía frecuentemente a la hija del imputado y ofendía a este último a quien incluso obligaba a abandonar su vivienda-, que al percatarse [el imputado] que [el ofendido] estaba dentro de su casa sin su autorización, tomó un cuchillo de veinticuatro pulgadas y le ocasionó diversas lesiones que lo incapacitaron temporalmente por dos meses, dejándole una de ellas incapacidad parcial permanente que consistió en la pérdida de un diez por ciento de su capacidad general orgánica (ver folio 86). Además, el a-quo también concluyó "que los hechos ocurrieron dentro de la vivienda del justiciable y que el ofendido ingresó cuando una de las personas que estaban dentro le abrió la puerta, fue en estas circunstancias que el imputado, de setenta y un años de edad, con problemas de salud y siendo de baja estatura, al percatarse que [el ofendido] ingresó a su casa, procedió a armarse de un cuchillo con el que arremetió contra su humanidad, obviamente a criterio del Tribunal en ese momento el acusado, actuó de tal forma víctima del temor y de la ofuscación que pudo invadir su mente como consecuencia de lo ocurrido en ese momento y de las actitudes pasadas del ofendido en su contra, lo que le alteró si(sic) situación emocional a tal punto que lo(sic) procedió a agredirlo con el cuchillo" (ver folio 90, lín. 26 a folio 91, línea 7).

Es importante resaltar, que el a-quo estimó que si bien el ofendido ingresó a la vivienda sin el permiso del encartado, se descarta la legítima defensa por el estado de ebriedad [del ofendido], quien no portaba armas y al no acreditarse que ejerciera acciones que pudieran poner en

acreditarse que ejerciera acciones que pudieran poner en peligro la integridad física de las personas que estaban en casa; además, dijo que no existía razonabilidad de los medios empleados por el encartado; sin embargo, consideró que hubo emoción violenta generada por "el mal trato que con anterioridad venía soportando y al constatar que el ofensor estaba dentro de su casa, sin su permiso, en estado de ebriedad y siendo las tres horas de ese día" (folio 92, líneas 1 a 4).

Esta Sala no comparte el criterio del Tribunal en cuanto excluye la causal de legítima defensa. En efecto, de la transcripción parcial de los hechos contenidos en el fallo, se aprecia que el ánimo del imputado al momento de ejecutar el suceso, consistió en repeler una agresión ante la actividad desplegada por el ofendido, que ingresaba a su vivienda sin autorización previa y como ya había sido agredido antes quiso evitar una nueva, acometiendo [al ofendido] con el cuchillo, o sea que su intención fue repeler la acción del ofendido ante el peligro actual e inminente en que se encontraba, por lo que su defensa resultó necesaria. Es importante resaltar también, que el Tribunal presume que ante el estado de ebriedad del ofendido y por no portar armas, no iba a agredir [al imputado] e incluso considera, que este último debía esperar hasta que efectivamente fuera agredido para repeler la acción [del ofendido]; sin embargo, la legítima defensa no supone ésto, sino que autoriza para que antes o una vez iniciada la agresión el sujeto pueda defenderse y más bien, se excluye la justificación en aquellos casos en donde los actos defensivos se efectúen, una vez finalizada la agresión. En cuanto a la necesidad razonable de la defensa empleada, el Tribunal la descarta al confundir incorrectamente "racionalidad" con "proporcionalidad" que son términos disímiles, señalando -entre otras cosas- que el ofendido no estaba armado; al respecto, debe indicarse que "la "racionalidad" no se puede determinar en forma abstracta, objetiva y general, sino que dependerá de la situación concreta y de las circunstancias de ella (de la persona y sus derechos). Luego, tendrá que ser apreciada *ex-ante*, conforme a la situación (personal y circunstancial) en que se encontraba el defensor al momento de llevar a cabo su defensa, conforme a un criterio medio general de racionalidad de actuación (en que necesariamente ha de incluirse el nerviosismo o alteración del defensor)." (Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal*, Parte General. Barcelona, Editorial Ariel, 3era. edición, 1989; pág. 208).

De acuerdo con lo expuesto y acorde con los hechos contenidos en el fallo, la racionalidad se aprecia en las circunstancias anteriores que rodearon los hechos, unidas a las características personales de los intervinientes, en donde se observa la clara desventaja cronológica y física del imputado frente al ofendido de lo que incluso ya se había aprovechado [...] en otras ocasiones, además de la situación anímica del encartado para quien no resultaba posible una solución diferente, ante la agresión del ofendido.

Cabe destacar, que sí resultaba razonable la defensa efectuada por el imputado en la medida en que ejecutó la acción defensiva del derecho respecto a su morada, contra un individuo que ingresó a ella sin autorización, pues sólo se le abrió la puerta para verificar quien tocaba, en horas de la madrugada (3 a.m.) por lo que se está en presencia del ingreso a una residencia en forma indebida y con peligro para sus habitantes, por lo que en otras ocasiones ya había ocurrido. Para considerar la agresión, basta que se ponga en peligro a la persona o sus derechos, "Por eso hay que rechazar la identificación con acometimiento, como empleo de fuerza material, física, sobre la persona o derechos"

(Bustos Ramírez, *op. cit.*; pág. 204). De manera, que no se puede descartar en este caso la justificación de legítima defensa, pues los hechos acreditados unidos a las demás circunstancias que los rodearon, hacían pertinente la defensa empleada, por lo que resulta adecuado aplicar en este caso lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal, al que se ajusta la conducta desplegada por [el imputado], debiendo en consecuencia declararse con lugar el *recurso* por el fondo y acoger la causal de justificación de legítima defensa reclamada, al haberse comprobado que existió una agresión ilegítima a la que se pretendía poner fin mediante el ejercicio de una defensa racional y por las demás circunstancias que rodearon el suceso."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 140-F de las 9,45 hrs. del 13 de mayo.

18. **LIBERTAD CONDICIONAL** - Existencia de dictamen desfavorable no implica necesario rechazo de su otorgamiento como único motivo.

"Según se observa en este caso concreto, la defensora del sentenciado [...] -mediante el recurso de apelación correspondiente- cuestionó diversos aspectos del pronunciamiento emitido por el Juzgado de Ejecución de la Pena (ver escrito de folio 427). Sin embargo, al resolver dicho recurso, los jueces de segunda instancia no sólo omitieron pronunciarse sobre los aspectos concretos contenidos en la impugnación, sino que confirmaron el fallo recurrido alegando que, ante la existencia de un dictamen desfavorable rendido por el Instituto Nacional de Criminología, el beneficio solicitado no se podía conceder. Tal afirmación es incorrecta, pues en estos casos, tal y como lo ha indicado la Sala Constitucional (voto número 541-91, de las 15:52 horas del 13 de marzo de 1991), el dictamen que rinde el Instituto Nacional de Criminología no es vinculante para el Juez. En consecuencia, éste podrá conceder el beneficio de libertad condicional aun cuando no haya recomendación favorable, o negarlo, pese a que dicho órgano lo haya recomendado, cuando exista base para ello. En esa tesitura, el fallo de segunda instancia efectivamente carece de fundamentos, pues si se suprime hipotéticamente el criterio errado que se acaba de señalar, no subsiste ningún otro motivo válido para sustentar lo resuelto. Por ende, lo que procede es acoger el recurso por la forma y, conforme lo solicita la defensa, anular el auto de las catorce horas del cuatro de marzo del año en curso, emitido por la Sección Primera del Tribunal Superior Segundo Penal de San José."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 288-F de las 14,15 hrs. del 29 de julio.

19. **LIBERTAD CONDICIONAL** - Necesaria referencia a cada uno de los presupuestos para otorgarla - Cómputo de los descuentos por aplicación del artículo 55 del Código Penal.

"En el único motivo del recurso la defensora pública [...] reclama violados, por errónea aplicación, los artículos 55 y 64 del Código Penal, 3 del Código de Procedimientos Penales y 33 de la Constitución Política. Estima la recurrente que el Tribunal Superior violó esas disposiciones al improbar la resolución del Juzgado de Ejecución de la Pena

condicional, pues en criterio de los jueces superiores los descuentos en la ejecución de la pena no deben tomarse en consideración para establecer si el sentenciado ya purgó la mitad de la pena, lo que la defensora impugna en esta sede. Ese reclamo es atendible, pero conforme se dirá. En efecto, para determinar si una persona ha descontado la mitad de la pena, con el fin de examinar si se hace acreedor del beneficio de libertad condicional a que se refiere el artículo 64 del Código Penal, es indispensable incluir y tomar en cuenta las reducciones que pudieren corresponder por aplicación directa del artículo 55 *ibidem* tanto en su texto anterior como el actual recientemente reformado. Ello es así porque el artículo 55 citado faculta al Instituto Nacional de Criminología para que, luego de un examen del sentenciado, lo autorice a descontar la pena de prisión con trabajo externo, o con las labores internas, para lo cual cada dos días de trabajo o de labores internas equivalen a un día de prisión descontado. En consecuencia, esos descuentos ya obtenidos por el sentenciado no pueden ser desconocidos por el Tribunal al momento de estudiar la posible aplicación del beneficio de libertad condicional. No obstante lo anterior estima la Sala que no hay suficientes bases para pronunciarse definitivamente por el fondo.

En el recurso se alega que el sentenciado ha venido gozando del beneficio regulado en el artículo 55 del Código Penal, pero lo cierto es que no existe una efectiva constatación de este extremo. Para demostrarlo no basta que el sentenciado se encuentre descontando una pena de prisión, pues dicho beneficio no es automático conforme lo señala el propio Código Penal, al exigir un estudio previo de cada caso por parte del Instituto de Criminología para que se pueda otorgar tal beneficio. Además, aún suponiendo que debamos presumir que goza de ese beneficio, no consta durante cuánto tiempo ha disfrutado de esa posibilidad y cuántos días de prisión ha descontado con ello. En consecuencia debe declararse con lugar el recurso, pero ante la insuficiencia de datos, conforme lo autoriza el artículo 482 en relación con el inciso 3 del artículo 395 ambos del Código de Procedimientos Penales, lo que procede es anular la resolución impugnada del Tribunal Superior, y disponer el reenvío para que se proceda a conocer de la consulta formulada en la resolución del Juzgado de Ejecución de la Pena, para lo cual deberá tomarse en consideración los días de descuento de pena y solicitar, si fuere del caso, la prueba correspondiente al Instituto Nacional de Criminología sobre ese aspecto.

Conviene observar que en este asunto el Instituto Nacional de Criminología, en la Sesión número 2150 del 16 de marzo de 1993, se pronunció en contra de otorgarle al aquí sentenciado el beneficio de libertad condicional.

El artículo 65 del Código Penal, en su inciso 2º establece, entre otras cosas, que para otorgar ese beneficio debe obtenerse un informe del Instituto de Criminología "...sobre la buena conducta, servicios prestados, ocupación y oficios adquiridos por el condenado que le permitan una vida regular de trabajo lícito; y acompañe un estudio de su personalidad, de su medio social, *así como un dictamen favorable sobre la conveniencia de la medida*". Lo anterior no significa que el criterio del Instituto de Criminología sea vinculante para los Tribunales, sin embargo para apartarse de sus informes negativos se requiere que los juzgadores se apoyen en otros estudios técnicos sobre la personalidad del sentenciado, que permitan diagnosticar y pronosticar que se comportará correctamente sin necesidad de cumplir en prisión la pena impuesta, y además cuando los elementos

de constatación le permitan a los jueces concluir que el sentenciado vivirá en libertad de un trabajo lícito, y que las probabilidades de reincidencia son muy bajas o no existen del todo, conforme lo exigen los artículos 64, 65, 66 y 67 del Código Penal. El beneficio de libertad condicional es una gracia pero se acuerda no sólo por razones de oportunidad. Los criterios para su otorgamiento se encuentran ampliamente descritos en las normas antes citadas, y la resolución que la acuerde debe hacer específica referencia al cumplimiento de cada uno de los presupuestos que la ley establece para que un sentenciado se haga acreedor al beneficio. En consecuencia no basta verificar que se cumplió la mitad de la pena, pues eso constituye sólo uno de los requisitos. Al respecto ya ha señalado la Sala Constitucional que "...el dictamen favorable del Instituto de Criminología es orientador para el Juez, consecuentemente el Juez podrá conceder el beneficio aún cuando no haya recomendación favorable, por el Instituto de Criminología y viceversa, negarlo cuando éste lo recomiende si hay base para ello. Es importante recalcar que la posibilidad del interno de disfrutar de la libertad condicional que prevé el artículo 65 y 66 del Código Penal constituye un beneficio y no un derecho, consecuentemente la autoridad judicial podrá resolver conforme a los dictámenes orientadores que se le envíen (uno de los cuales debe ser necesariamente el del Instituto Nacional de Criminología) si le otorga o no dicho beneficio." (Sala Constitucional, Sentencia Nº 541-91 de las 15:52 hrs. del 13 de marzo de 1991). Por esas razones resulta de vital importancia que el Tribunal señale en forma justificada las bases de su decisión, en especial que ubique los fundamentos técnicos en que se apoya.

Los anteriores aspectos se consideran sin que la Sala prejuzgue sobre el caso concreto, pues corresponde al Tribunal de sentencia examinar si la resolución del Juzgado de Ejecución de la Pena, que se consulta, cumple esos requisitos."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 149-F de las 10,30 hrs. del 13 de mayo.

## 20. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES - Alcances de la acción punible.

"En el primer motivo del recurso por el fondo, el defensor público [...] denuncia la errónea aplicación del artículo 345 del Código Penal. Al deducir el reproche, señala que la consumación del delito de negociaciones incompatibles se da cuando el funcionario público se interesa en un «contrato y operación», en que debe intervenir en razón de su cargo; lo que no sucede en el presente caso, según los hechos probados por el *a quo*, pues la acción del imputado -siendo auditor de la Tributación Directa- fue la de violar la prohibición para el ejercicio privado de la profesión, al emplearse como contador privado de una empresa que estaba siendo objeto de una auditoría por parte de la misma Tributación. Agrega que es distinto interesarse en un contrato u operación, que no existe en el presente caso, al hecho de ejercer privadamente una profesión, cuando la ley así lo prohíbe. Lleva razón el impugnante. Al examinar la sentencia de mérito, da cuenta esta Sala del hecho histórico acreditado por el tribunal de instancia, según el cual al imputado [...] en condición de auditor 3 de la Tributación Directa, le fue asignada la realización de un auditoraje a la [...], situación que

realización de un auditoraje a la [...], situación que aprovechó para asumir en dicha empresa las funciones de contador privado y con ello atender la contabilidad personalmente. Independientemente de la calificación ética que pueda merecer la acción del encartado, su conducta no se adecua a la figura del 345 del Código Penal.

La acción punible ahí prevista consiste en interesarse en «cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo»; esto es, en un negocio en que el Estado es parte, de donde se desprende que el agente representa el interés público. La condición de parte, que debe tener el Estado, en los contratos u operaciones a los que se refiere el tipo penal, es un elemento reconocido por la doctrina española, al comentar un texto de ley casi idéntico al artículo 345 de nuestro Código Penal: «la ley se refiere exclusivamente a los funcionarios administrativos y a los de tipo político, únicos que razón de su cargo pueden estar llamados a intervenir en las operaciones o contratos, en los que, claro está, si interviene por razón del cargo un funcionario, una de las partes ha de ser la Administración, aunque el contrato no sea administrativo» (RODRIGUEZ DEVESA: «Derecho Penal Español. Parte Especial.» Madrid, 1983, pp. 1038-1039. Se suple la negrita.). Por ello la doctrina refiere ejemplos relativos a la contratación de servicios, de obra o de proveeduría: «el funcionario forma parte de una sociedad que contrata un suministro con el Estado, del cual se propone obtener un beneficio del treinta por ciento sobre el precio de coste del artículo» (RODRIGUEZ DEVESA: *op. cit.*, loc. cit.); «el caso del ingeniero Estatal de Obras Públicas el cual hace que una parte del trabajo se adjudique a una empresa en la que está interesado, o del funcionario ministerial que se asegura un porcentaje sobre las utilidades de una concesión pública» ANTOLISEI: «Manuale di diritto penale. Parte speciale.», Tomo II, Milán, 1977, p. 746.); o el funcionario público que «obtiene un contrato de suministro» (FONTAN BALESTRA: «Derecho penal. Parte especial.», Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 581.).

Al no existir en el presente caso una contratación u operación de la que el Estado sea parte, e intervenga el imputado en razón de su cargo -como representante de la Administración- falta un elemento del tipo objetivo, de donde se colige que la acción no se tipifica en el artículo 345 del Código Penal. No cabe duda que el encartado violó la prohibición para ejercer la contaduría fuera de la Tributación Directa, pero eso solo da lugar a la sanción administrativa disciplinaria que corresponda. Tampoco entra la conducta en el supuesto de hecho del número 313 del mismo ordenamiento, como ejercicio ilegal de una profesión, porque la práctica de la contaduría privada no requiere de habilitación especial. Por otra parte, los hechos probados de la sentencia impugnada, no describen la realización de actos arbitrarios en perjuicio de los derechos de alguna persona; por lo que tampoco constituyen un abuso de autoridad, en los términos del artículo 329 *ibidem*. Así las cosas, la acción no solo no entra en el número 345 del Código Penal, sino que no es típica."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 92-F de las 9,20 hrs. del 12 de marzo.

21. REINCIDENCIA - Posibilidad de considerarla como una condición personal del sujeto activo.

"Finalmente, como único motivo del recurso por vicios *in iudicando*, el sentenciado [...] reclama la errónea aplicación del artículo 71 y la falta de aplicación del numeral

78, ambos del Código Penal, por cuanto se tomó en cuenta la reincidencia como único criterio para aumentarle la pena (a ocho años de prisión), en comparación al coimputado [...] (seis años de prisión). Considera esta Sala que el reclamo debe rechazarse, pues la reincidencia, dentro de este contexto, figura como una condición personal del sujeto activo, y desempeña un importante papel correctivo, en la necesaria adecuación de la pena al caso efectivamente ocurrido. Es cierto, que los hechos que ya han sido juzgados no pueden ser legalmente valorados de nuevo; pero el criterio que expone la Sala Constitucional va en el sentido de indicar que los antecedentes sí pueden ser tomados como una circunstancia más, conforme a lo reglado en el artículo 71 inciso e) del Código Penal, como condición personal del encausado, que eventualmente permita un aumento en la pena. Ya en el pronunciamiento número 88-92, citado por el recurrente, la Sala Constitucional había destacado la marcada importancia que la culpabilidad tiene en relación con la responsabilidad penal, e indicó que por la exigencia de la demostración de culpabilidad contenida en el artículo 39 constitucional, sólo en los casos en que se demuestre dicha relación, puede acordarse la existencia de un delito y su consiguiente sanción, pero también reconoció que no se excluye -en un derecho penal de culpabilidad- que las circunstancias personales del sujeto activo "se tomen en consideración...al momento de fijar la pena a descontar.

En esta tesis, la relación de culpabilidad y el grado de culpa con que se actuó en el caso concreto, se constituyen en el principal parámetro a considerar para fijar la pena, pero no en el único, reconociendo con ello que al legislador le resulta imposible señalar -dada la casuística en que se desarrolla el problema delictivo- toda la gama de circunstancias que deben ser analizadas, para individualizar la sanción. La pena tiene asignado un fin rehabilitador (artículo 51 del Código Penal), por ello, su cuantificación no debe excluir la posibilidad de tomar en consideración, además del grado de culpa con que actuó el responsable del hecho y de la gravedad del hecho cometido -importancia del bien jurídico afectado-, las condiciones personales del sujeto directamente relacionadas con su acción, pues ello puede facilitar se encuentre un equilibrio entre el valor concedido al bien jurídico afectado por el delito, en relación con el afectado por el tanto de pena que le corresponde a quien lo realizó. Resulta así indudable que las condiciones personales del sujeto activo, "en la medida en que hayan influido en la comisión del delito", merecen ser tomadas en consideración al fijarse la pena y ello no atenta contra el principio de culpabilidad aceptado constitucionalmente en el artículo 39." Por lo anterior, resulta evidente que el Tribunal no ha incurrido en un actuar equivocado al tomar en cuenta el juzgamiento anterior como una condición personal del imputado para efectos de la fijación de la pena, especialmente porque su individualización queda dentro de los límites mínimo y máximo de la sanción prevista en el tipo penal del artículo 213, por lo que corresponde considerar que la mencionada sentencia cumple con los requisitos exigidos para brindar legitimidad constitucional a la imposición de aquélla. Por lo expuesto, debe declararse sin lugar el motivo alegado (en este mismo sentido véase la resolución V-405-F de las 14:35 horas del 22 de julio de 1993)."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 727-F de las 9,57 hrs. del 23 de diciembre.

## 22. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO -

Carácter objetivo de la responsabilidad independiente de la responsabilidad del servidor.

"Como único aspecto, objeta la incorrecta aplicación de los artículos 38 de la Ley de Tránsito, 122 y 123 del Código Penal de 1941 e inobservancia del 125 *ibidem*, ya que dice que la responsabilidad impuesta al Estado no guarda relación con el contenido de las normas citadas, que más bien se refieren a la obligación del condenado de resarcir penalmente y no a la del tercero demandado civil, por lo que para obligar a este último se debió estar a uno de los supuestos determinados en el artículo 137 del Código de cita y que no tiene fundamento la aplicación del artículo 1045 del Código Civil, por lo que estima la recurrente no resultaba posible la condenatoria civil del Estado, establecida en sentencia. El reclamo no es atendible. En el presente asunto se determinó, -en lo esencial- que el ofendido [...], quien viajaba en el vehículo Toyota pick-up doble cabina, placas [...] propiedad del Ministerio de Salud, falleció al precipitarse el citado automotor a un abismo. En cuanto se alude a la aplicación de los artículos 122, 123 y 125 del Código Penal de 1941, debe aclararse únicamente que cuando se habla de condenado, tratándose de aspectos referentes a la reparación civil, no tiene ningún fundamento la interpretación de la impugnante de que la norma se refiere al condenado en el ámbito penal, sino que más bien se hace referencia directa a la condenatoria en la vía civil. Ahora, no obstante indicarse en el fallo la aplicación del artículo 38 de la Ley de Tránsito N°5930 (derogada a la fecha), como apropiadamente lo señala la recurrente esa norma no es aplicable al caso, ya que no se determinó que en el supuesto de que el ofendido no tuviera la licencia de conducir correspondiente, éste fuera el conductor del vehículo siniestrado; tampoco resulta pertinente rechazar la acción civil interpuesta, ya que la conclusión a que arriba el juzgador, encuentra sustento en la normativa contenida en el Código Penal de 1941 y en la Ley General de la Administración Pública; en efecto, esta última dispone en el Título Séptimo relativo a la Responsabilidad de la Administración y del Servidor Público, artículo 190, que "La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo e ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero" y por otra parte, el artículo 191 fija la responsabilidad del Estado por conducta ilícita, obligándolo a reparar los daños ocasionados por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportuñidades o los medios que ofrece.

Por otra parte, en la Sección Cuarta del Título citado, dispone el artículo 196 que: "En todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo" y además, que: "Cabrá responsabilidad por el daño de bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión inferida, respectivamente" (artículo 197 *ibidem*).

Así las cosas, la Administración responde de manera objetiva, independientemente de la responsabilidad que corresponda a sus servidores, la que de determinarse permitiría al Estado tomar las medidas pertinentes para recuperar lo pagado. Por eso, habiéndose acreditado la existencia de un hecho delictivo en el que participaron -indudablemente- servidores del Ministerio de Salud en el

ejercicio de sus cargos y siendo el vehículo (medio) propiedad de esa dependencia gubernamental, así como determinado el daño efectivo causado a la familia del occiso, el reclamo que presenta la Procuraduría General de la República, no resulta atendible."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 309-F de las 9,40 hrs. del 12 de agosto.

23. ROBO - Inaplicabilidad de la "cuantificación" del daño como elemento para diferenciarlo del hurto.

"El hurto previsto en el Código Penal, en cualquiera de sus formas (hurto simple, hurto agravado, hurto de uso y hurto famélico) supone un apoderamiento con exclusión de fuerza en las cosas o de violencia en las personas. Cuando cualquiera de estos dos medios concurre junto con el apoderamiento, se produce el delito de robo que contiene el hecho básico del apoderamiento, pero además otras acciones que, por lesionar con mayor amplitud los bienes jurídicos del ofendido, se constituye en una figura independiente de tal modo que no se trata de un delito agravado o calificado de hurto. Así, aunque el delito de robo simple contenga el apoderamiento del hurto, la utilización de medios como fuerza en las cosas o violencia en las personas lo convierten en una figura distinta e independiente. De este modo, la cuantificación del daño como elemento distintivo entre una forma contravencional y otra delictiva, que caracteriza al hurto (al distinguirse entre hurto menor y hurto simple), no resulta aplicable al robo porque los tipos penales que describen a este último no hacen aquella distinción. En consecuencia, cuando en el apoderamiento concurren los elementos típicos del robo (violencia sobre las personas o fuerza en las cosas), el hecho no puede ser contravencional independientemente de su cuantía, aún tratándose de la sustracción de un objeto de escaso valor, porque en ese evento se ponderan otros aspectos pues se afectan los derechos fundamentales de la víctima, en mayor medida que en los casos en los que se produce sólo un apoderamiento (hurto). En realidad se trata de figuras delictivas diferentes, que ocupan incluso distintas secciones del Título VII de los "Delitos contra la Propiedad" del Código Penal. Por esa razón la doctrina califica como *delictum sui generis* los casos en que la ley describe un tipo penal que reúne las características de otro tipo de delito, más aquella o aquellas que lo cualifican o privilegian, pero en realidad no constituye una especie, sino una clase de delito distinta, como se da al relacionar el robo y el hurto (Véase **Jescheck, Hans-Heinrich**. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Bosch, Barcelona, 1981, volumen I, pp. 362 ss.; **Rodríguez Devesa, José María**. *Derecho Penal Español*. Parte General, Madrid, 1976, p. 161 ss.; y **Wessels, Johannes**. *Derecho Penal*. Parte General. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 32 ss.)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 35-F de las 9,25 hrs. del 21 de enero.

24. ROBO AGRAVADO - Desprendimiento de lámina de zinc que implica "perforación" y no fractura de la pared.

"Como único reclamo no obstante estar subdividido en dos apartes, alega la recurrente errónea aplicación del

artículo 213 inciso 1), falta de aplicación del 208 y subsidiariamente del 212 inciso 1) en relación con el 24, todos del Código Penal, por cuanto en los hechos en perjuicio de [...] se da la causa de agravación, pues dice que la acción ejercida por el imputado al desclavar una lámina de zinc (la que no se quebró o fracturó) como una parte y no en un todo, no implica fractura, sino que más bien es la misma acción que desplegaría el propietario en el caso de extravíar la llave del candado para entrar a la vivienda. El reclamo esgrimido carece de razón. Esta Sala está de acuerdo con la impugnante en que no hubo fractura, aspecto que no comparte del criterio externado por el Tribunal, sino que más bien se estima que con su acción el encartado perforó la pared de un lugar habitado, es decir, hizo una abertura en la pared mediante el empleo de fuerza sobre las cosas (sobre la lámina de zinc) vulnerando la defensa creada por la ofendida en resguardo de sus bienes y a través de ella, ingresó a la vivienda y sustrajo el televisor (del que no pudo disponer por la imprevista y súbita acción de terceros). Respecto al contenido del inciso 1) del artículo 213 del Código Penal, que establece la agravación del robo -cuando la sustracción se comete mediante perforación o fractura de una pared, de un cerco, de un techo, de un piso, de una puerta o de una ventana, de un lugar habitado o de sus dependencias-, esta Sala ha señalado entre otras cosas que de acuerdo con "el Diccionario de la Lengua Española, "perforar" es agujerear una cosa atravesándola. O bien, agujerear una cosa atravesando alguna capa. Se trata pues de un sinónimo del verbo "horadar", que significa agujerear una cosa atravesándola de parte a parte. Y "atravesar" significa (en su cuarta acepción, que es la que interesa) "pasar un cuerpo penetrándolo de parte a parte".

Como se puede ver, conforme a todas esas definiciones la perforación implica hacer un hueco que atraviese o traspase un determinado objeto. En consecuencia, la perforación es un concepto que importa la idea de horadar o atravesar la defensa mediante la fuerza humana o mecánica, aunque no tenga un resultado destructivo (como sí parece necesario para la existencia de "fractura"). De ese modo, por ejemplo, quien desprende las láminas de zinc de un techo, abriendo espacio para atravesarlo, incurre ya en perforación aunque no haya destruido aquellas láminas mediante cortes o roturas. (Cfr. Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, Tomo I, 1983, pág. 446)." (ver Sala Tercera, V-326-F de las 10 horas, 50 minutos del 28 de junio de 1991).

Ahora bien, el Tribunal tuvo por acreditado que el encartado desprendió la lámina de zinc que servía de pared, abriendo un boquete por el cual se introdujo a la vivienda sustrayendo un televisor y se concluye señalando que esa actitud constituye una perforación de la pared de un lugar habitado, por lo que la calificación jurídica de Robo Agravado dispuesta en sentencia, resulta apropiada. De acuerdo con lo expuesto, no resulta indispensable la destrucción de la lámina de zinc -como lo señala la impugnante-, aspecto que sí parece necesario en tratándose del supuesto de fractura a la que alude el numeral 213 inciso 1) ejúsdem y basta para estar en presencia del delito de Robo agravado, con desprender la lámina de zinc con el objeto de ingresar a la vivienda. En consecuencia, teniéndose por acreditado que [el imputado] penetró a la citada habitación perforando la pared con el objeto de cometer el robo, es que se configuró el delito de Robo Agravado y no Hurto simple ni Robo simple con fuerza sobre las cosas como se ha pretendido, resulta así correcto el encuadramiento jurídico

de los hechos tenidos por ciertos en la sentencia, con la salvedad indicada."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 77-F de las 10,40 hrs. 13 de abril.

25. TRANSPORTE DE DROGAS - Contenido del concepto "transporte" criminalizado en nuestra ley.

"Dentro de las conductas relacionadas con el manejo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, el "transporte" significa llevar tales sustancias de un lugar a otro, generalmente del lugar de producción al de consumo, siendo indiferente que el transporte sea directo o por vías indirectas (utilizando el tránsito por otros sitios). El transporte criminalizado por nuestra ley comprende todas las formas, pues puede ser realizado a nombre propio (es decir, el dueño que transporta su propia sustancia estupefaciente o psicotrópica) o de terceras personas (como sucede, por ejemplo, en el cumplimiento de un "contrato" de transporte por medio del cual una persona se compromete a llevar a su destino una determinada comisión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas), haciendo uso, en ambos casos, de cualquier vehículo o medio de locomoción, incluida la propia humanidad del autor. Conforme a todo lo expuesto, en el presente caso, si el imputado [...] tenía conocimiento de que se habían solicitado sus servicios de taxista pirata para transportar en su vehículo dos paquetes de cocaína hacia San José, su participación fue a título de coautor, pues conjuntamente con el reo ausente ejecutó la conducta descrita en el tipo penal desde que iniciaron el viaje en el taxi con la droga, consumándose así el delito y manteniéndose -como *delito permanente* que es- su consumación en el tiempo sin solución de continuidad hasta que fueron detenidos por la

autoridad, impidiéndoles llegar a su destino, todo lo cual excluye toda posibilidad de tentativa."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 39-F de las 9,10 hrs. del 28 de enero.

26. VIOLACION - Consideraciones sobre la tentativa.

"Consideran los suscritos que el poder distinguir en la Violación el momento en que se inicia la ejecución del delito por actos directamente encaminados a su consumación (artículo 24 del Código Penal) es el criterio que posibilita la admisibilidad jurídica de la tentativa de ese tipo penal. Pero, debido a que los actos tendientes a lograr la cópula son, en muchos casos, actos objetivamente consumativos de otros delitos (como sucede frecuentemente con el Abuso deshonesto), debe admitirse que existe la dificultad de poder delimitar claramente entre ambos delitos, como sucede en este caso, en el que el imputado, valiéndose de su fuerza, besó y tocó indecorosamente el cuerpo de la menor, hechos que objetivamente -en principio- pueden considerarse como constitutivos de abusos deshonestos. Sin embargo, esa dificultad se desvanece cuando se toma en cuenta que el tipo penal no se reduce a meros aspectos exteriores u objetivos (tipo objetivo) como los indicados, sino que además contempla un aspecto que tiene lugar en la conciencia del

autor (tipo subjetivo) que debe concurrir con aquellos para que la conducta sea típica. De esta manera, podemos considerar que siempre que las acciones del agente sean idóneas y estén unívoca y directamente encaminadas a lograr el acceso carnal estaremos en presencia de una tentativa de Violación, mientras que las acciones exteriormente semejantes a las anteriores pero que no tengan esa finalidad, constituyen Abusos deshonestos (u otro delito, o ningún delito), siempre y cuando se verifique y considere cual fue la intención o finalidad que tuvo el agente al realizar tales actos (dolo), de modo que no basta para el tipo penal de Violación, por ejemplo, que el autor, con el miembro erecto extraído de entre sus ropas, efectúe sobre la humanidad de su víctima movimientos similares a los del coito, si de las probanzas surge como improbable la intención de realizar el acceso carnal, produciéndose en realidad un Abuso deshonesto mediante el coito *inter femora*.

Tampoco los besos o los tocamientos impúdicos o indecorosos, si no son realizados con intención de llegar al acceso carnal, podrán constituir el delito de Violación en grado de tentativa.

En síntesis, para que exista tentativa de violación se requiere el concurso de los siguientes elementos: a) actos idóneos que signifiquen inequívocamente el inicio de ejecución del delito descrito en el artículo 156 del Código Penal; b) el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo al momento de desarrollar la acción, extensivo -según el caso- a las circunstancias que califican o agravan la responsabilidad penal; y c) que el acceso carnal no se produzca por causas independientes al autor, es decir, ajenas a su voluntad.

Hechas estas consideraciones, podemos constatar que la calificación jurídica dada por el *a quo* a los hechos es correcta, toda vez que si el imputado, valiéndose de su fuerza, lanzó la menor ofendida al suelo, donde la besó y tocó su busto y vagina, mientras él se encontraba parcialmente desnudo, con el pene al descubierto e intentando quitarle los calzones, tales actos son objetivamente idóneos para lograr el acceso carnal contra la voluntad de aquella, finalidad que no logró alcanzar por la llegada imprevista de dos hermanos de la ofendida, quienes se presentaron al lugar al escuchar sus gritos. Esa finalidad, en este caso concreto, no solo se deduce tácita y unívocamente de las significativas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron los actos materiales, sino además explícitamente de la infructuosa proposición que le hizo antes del acto el encartado a la menor de tener relaciones sexuales."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 182-F de las 9,55 hrs. del 27 de mayo.

27. VIOLACION DE DOMICILIO - Ingreso en centro educativo cerrado al público por razones de horario.

"Como ya lo dijo esta Sala en su resolución N° 177-F-93 de las 9:45 hrs. del 23 de abril del año próximo pasado con apoyo en la doctrina que cita, el concepto de casa de negocios desde el punto de vista penal comprende no solo lugares destinados a utilidad comercial sino también aquéllos que se dedican a actividades profesionales, académicas o científicas, en donde el acceso al público puede ser libre o relativamente libre, y que en su mayoría, en razón de su destino, no están permanentemente

ocupados, como ocurre en la presente causa con el Colegio [...]. En efecto, si encontrándose cerradas las instalaciones del Colegio [...] en razón de haberse cumplido el normal horario de su funcionamiento, el encartado se introdujo -empleando fuerza para ello- y realizó diversos daños en bienes muebles en el interior de sus dependencias, se cumple el tipo penal del artículo 204 (en su forma agravada) del Código sustantivo, pues la perturbación al ámbito de intimidad se produce aunque ese no hubiese sido el objetivo específico y directo de aquél. Al respecto también es importante advertir, como lo hizo esta Sala en la resolución anteriormente mencionada, 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" (ibid), siendo distinto el caso en que el tipo penal así lo exige. De lo anterior puede derivarse que si una institución, como la referida en autos, se encuentra cerrada al público en razón del horario correspondiente, quien penetre a ella contra la voluntad -presunta o directa- de quienes tendrían derecho a excluirla, comete el delito de Violación de Domicilio aunque su motivación o propósito específico no fuese perturbar o lesionar el ámbito de intimidad " porque el tipo penal no exige -en forma particular- esa finalidad como un elemento subjetivo distinto del dolo" (ver Res. citada supra).

Lo anterior por cuanto esas motivaciones pueden coincidir, en muchos casos, con el dolo (entendido éste como querer el resultado o al menos preveerlo como posible), pero no en todos, lo que hace factible que un sujeto viole un domicilio motivado en muy diferentes circunstancias (por ejemplo para dañar una pizarra, o destruir libros, etc.) pero no por ello desaparece su conducta dolosa constitutiva de la infracción al haberse perturbado el ámbito de intimidad en los términos anteriormente expuestos."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 95-F de las 17,05 hrs. del 21 de abril.

28. USO DE DOCUMENTO FALSO - Alteración de factura por importación de motor de vehículo - Imposibilidad de causar perjuicio excluye elemento del tipo.

"Ahora bien, de conformidad a los criterios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el ordenamiento jurídico no impide la importación de vehículos en partes, para su posterior ensamblaje en Costa Rica, de modo que si hay defraudación fiscal debe determinarlo la administración tributaria por los procedimientos normales (V. sentencias N° 2715, de las 10:36 hrs. del 28 de agosto de 1992; y en igual sentido la N° 1528, de las 15:18 hrs. del 10 de junio de 1992, ambas de la Sala Constitucional); esto es, la introducción al país de vehículos desarmados no riñe con el ordenamiento jurídico. La introducción al país del motor número [...] -de acuerdo al criterio del Tribunal Constitucional- no es antijurídica *per se*, por lo que no hay delito con relación a esta acción. Por otra parte, la factura N° [...] no es el «documento falso» a que se refiere el artículo 363 del Código Penal, porque tal denominación es un elemento normativo del tipo penal y por ello debe dársele un contenido jurídico. En tal sentido debemos remitirnos al artículo 359 *ibidem*, para derivar que



un documento privado es falso -en términos penales- únicamente cuando el modo utilizado para la falsificación implique la posibilidad de causación de un perjuicio; en el presente asunto podría ser la introducción al país de un motor ajeno, hurtado o robado. En la especie, según se desprende de los fallos estudiados, la procedencia del vehículo es clara y si bien la factura no consigna hechos ciertos, la verdad es que con ella o con documentos que declararan la realidad la importación resultaba procedente desde el punto de vista jurídico.

Por lo anterior debe concluirse que la alteración del documento privado no podría causar perjuicio, o en otras palabras no era necesaria la factura para que se realizara la importación de las piezas. Para que un documento privado se califique de falso, desde el punto de vista penal y conforme lo exige el artículo 359 del Código Penal, es necesario que el documento contenga una falsedad pero además que esa falsedad pueda ocasionar algún perjuicio, según las exigencias del tipo penal antes aludido. Ahora bien, cuando el artículo 363 *ibidem* sanciona el uso de un "documento falso" debe entenderse por tal el que lo sea en los términos de los artículos 357 (si es público) o 359 (si es privado) y ambos exigen la posibilidad de perjuicio. Como se dijo el documento que se acusa de falso no podía ocasionar ningún perjuicio a nadie, ni al fisco ni al Estado, porque la importación del motor siempre resultaba procedente según se desprende de las resoluciones de la Sala Constitucional. Por lo anterior debe concluirse que en el presente caso no concurre uno de los presupuestos normativos del tipo penal para que se configure el delito de uso de documento falso. En tal sentido debe entenderse corregida la fundamentación de las sentencias de sobreseimiento recurridas. Con referencia a la alegada inobservancia del artículo 216 del Código Penal, es claro que en tanto la importación de vehículos en partes para ensamblarlos en Costa Rica no es antijurídica, se excluye en el presente caso cualquier tipificación de estafa como lo pretende el Ministerio Público, porque si la acción es lícita no puede ser tenida como ardid, según lo refirió la Sala Constitucional."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 314-F de las 10,05 hrs. del 12 de agosto.

## B- DERECHO PROCESAL PENAL

### 29. ACCION CIVIL RESARCITORIA -

Consideraciones sobre su naturaleza - Titularidad partes y contenido.

"El Libro V del Código Civil distingue como causas productoras de obligaciones civiles los "contratos y cuasicontratos", los "delitos y cuasidelitos". En realidad el segundo grupo corresponde más exactamente a los llamados "hechos ilícitos", cuya fuente normativa sería el artículo 1045 de ese Código. Estos hechos ilícitos son fuente productora de responsabilidad civil, y nada tienen que ver con los hechos ilícitos del campo penal, aunque a veces y en ciertos hechos, resulte difícil la delimitación de sus fronteras. El ejercicio de la acción civil resarcitoria, regulada en el Código de Procedimientos Penales (artículos 9, 10, 56 y siguientes) se refiere lógicamente a los hechos penales

(delitos dolosos y delitos culposos mal llamados "cuasidelitos"), aún cuando el ejercicio de ésta no excluye la posibilidad de plantear pretensiones estrictamente civiles en ciertos casos muy complejos donde una pretensión no excluye la otra, dándose una acumulación. La fuente de las obligaciones civiles derivadas de los hechos penales la encontramos fundamentalmente en los artículos 103 a 110 del Código Penal vigente y en los artículos 123 y 138 del Código Penal de 1941, vigente por disposición de la Ley 4891 del 8 de setiembre de 1971. Estas obligaciones, en cuanto a los límites, extinción, concurrencia y otras manifestaciones jurídicas, se rigen, salvo disposición penal expresa, por las normas civiles, que en este caso vendrían a ser una fuente supletoria. En consecuencia, cualquier obligación derivada directa o indirectamente de un hecho punible (delito doloso o culposo), podría ser pretendida a través de la acción civil resarcitoria (artículo 9 CPP).

El otro aspecto importante que debemos considerar es sobre la naturaleza de la acción civil resarcitoria a fin de distinguir, siguiendo los lineamientos de la Doctrina Procesal Civil, entre la titularidad material (*legitimatío ad causam activa y pasiva*) y la titularidad procesal (*legitimatío ad procesum activa y pasiva*). Esta, al igual que todas las acciones jurídicas que ponen en movimiento los órganos jurisdiccionales a fin de obtener la satisfacción de una pretensión determinada, tiene ciertas características propias, como por ejemplo su accesoria respecto del proceso penal; la posibilidad del titular de escoger esta vía o bien la vía civil, etc. Sin embargo lo que interesa es aclarar que tratándose de este tipo de acciones, la titularidad material o procesal, está bien definida en el Código Procesal Penal en relación con las normas del Código Penal, a tal punto que el juez puede hasta excluir a quien carezca de interés y de la titularidad necesaria (artículo 65 CPP), quedando de esta manera debilitada cualquier versión de la autonomía de la acción. Ello significa que esta acción "solo podrá ser ejercida por el damnificado o los herederos en los límites de su cuota hereditaria" o por sus "representantes legales" y contra los "partícipes del hecho punible" (autores, instigadores o cómplices) o contra quienes resulten civilmente responsables (artículo 106 del Código Penal). Se trata pues de una acción sujeta a los contenidos normativos del Código Procesal Penal, y únicamente se aplicarían normas del Código de Procedimientos Civiles por vía supletoria.

El contenido de esta acción permite formular pretensiones restitutorias (artículo 103 inciso 1 del CP y 123 inciso 1) del C.P. de 1941); reparatorias, tanto del daño material como del moral (*idem*, inciso 2), y la indemnización de los perjuicios (art. 123 inciso 3) del C.P. 1941). Eventualmente son posibles algunas pretensiones de orden civil cuando éstas son conexas con aquéllas. Es importante en este tercer aspecto de nuestro análisis, aclarar ciertos conceptos de quienes están legalmente autorizados a ejercitar la acción civil resarcitoria. De conformidad con el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales, solamente pueden hacerlo el "damnificado" o sus "herederos en los límites de su cuota hereditaria"; o bien los mandatarios o representantes quienes lo hacen en representación de aquellos. Interesan únicamente los dos primeros conceptos. En cuanto al concepto de damnificado, se debe entender a "quien por causa directa del hecho, sufre un daño o agravio consistente en una pérdida total o parcial, de un bien económicamente valorable y jurídicamente tutelado o en un ataque a sus sentimientos o afectaciones

íntimas" trascendiéndose de esta manera el concepto de ofendido (CLARIA OLMEDO, J.; Tratado de Derecho Procesal Penal, t. II, 1961, p. 456). Con arreglo a este concepto, dice el Profesor Vélez Mariconde, el "accionante debe haber sufrido a causa del delito, presumiblemente, aunque no sea sujeto pasivo del mismo (ofendido), un daño resarcible, ésto es, la privación o el detrimento o menoscabo cierto (efectivo) de un bien susceptible de reparación económica que es objeto de un interés jurídicamente tutelado" (Acción Resarcitoria, Córdoba, 1965, ps. 105-106). (Una distinción entre este concepto y el de ofendido puede ser consultada también en la obra "La Responsabilidad Civil derivada del hecho punible", de Abdelnour, Rosa M.; editorial Juricentro, ps. 79 y siguientes).

El otro concepto importante a precisar es el de "heredero en los límites de su cuota hereditaria" utilizado por el artículo 9 recién citado. En primer lugar, este concepto es propio del Derecho Civil, para lo cual deben distinguirse los herederos legítimos (artículo 572 Código Civil) de los herederos instituidos testamentariamente (artículos 577 y siguientes idem). El concepto a que se refiere el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales es el primero, sea el de heredero legítimo, que es el criterio conceptual que se incorpora a fin de determinar quiénes están legitimados para reclamar los resultados de un delito (doloso o culposo).

Sin embargo debemos tener presente que, dependiendo del tipo de delito, la persona titular de algún derecho puede ser considerada heredera o simplemente damnificado. Así por ejemplo cuando el daño (material o moral) es sufrido por el ofendido (sujeto pasivo del delito) y éste se constituye en actor civil, y, muere durante la tramitación del proceso, sus "herederos legítimos" están autorizados para proseguir la correspondiente acción en los límites de su cuota hereditaria. En cambio en un delito como el homicidio, si no existen daños en bienes materiales, los herederos legítimos serán damnificados directos o "herederos forzosos", y reclamarían un derecho propio. En ese sentido se pronunció esta Sala en los votos 148-F de 16:10 horas del 17 de junio de 1987, 120-F de 8:45 horas del 5 de abril de 1991 y 399-F de 15:20 hrs. del 31 de julio de 1991. Si a consecuencia del mismo delito resultaren afectados bienes del occiso, que por su condición legal deban ser heredados, en este caso los presuntos herederos sí deben ejercer la acción en tal condición o en los límites de la cuota hereditaria, tal y como lo dispone el artículo 9 del C.P.P.; aunque la respectiva declaratoria no es necesaria presentarla al momento de formular la demanda, sí debe estar definida al dictarse la sentencia en vía penal, tal y como lo ha resuelto en otros casos esta Sala (ver jurisprudencia anterior). Siguiendo este orden de ideas, resultaría que el artículo 9 dicho prevé tres situaciones: 1) Cuando el damnificado o víctima del delito ejerce la acción para reclamar los daños y perjuicios sufridos en su persona o en sus bienes propios; 2) Cuando la acción la ejercen los herederos en los límites de su cuota hereditaria y con respecto al reclamo de derechos susceptibles de ser heredados, 3) Cuando la acción la ejerce un mandatario o un representante en nombre de cualquiera de los dos anteriores.

En otras palabras, cuando un individuo fallece a consecuencia del delito, las personas susceptibles de ser herederos conforme al artículo 572 del Código Civil pueden ejercer la acción civil resarcitoria para reclamar el daño

moral, sin necesidad de tal declaratoria. En este caso se reclamarían derechos propios, directos. Debemos ahora señalar la condición que tienen los titulares, cuando se trate de bienes materiales o de daños morales. En lo que se refiere a los daños materiales pueden presentarse dos situaciones: A: Cuando el ofendido, víctima directa del delito, estando en vida promueve la acción civil resarcitoria, pero fallece antes de dictarse sentencia. En esta hipótesis, cualquiera de los herederos legítimos puede continuar con la acción. El tribunal al dictar sentencia debe pronunciarse en cuanto a la totalidad de las pretensiones que originalmente formuló el fallecido. Para poder hacerla efectiva y reclamar su cuota hereditaria el actor debe acudir a la vía civil correspondiente; bien sea la ejecución civil, bien sea el proceso sucesorio. El Tribunal no puede hacer la repartición de cuotas, pues legalmente no estaría autorizado. B. La segunda situación es cuando el heredero legítimo ejerce la acción civil para reclamar el resarcimiento de los daños sufridos en bienes materiales del de cujus, hubiere o no ejercido la acción este último. En este caso, si el actor civil (heredero) demuestra antes de sentencia que la sucesión ha sido abierta y que están declarados todos los herederos, deberá el Juez pronunciarse concretamente en cuanto el monto de su cuota. Si éste hubiere proseguido la acción civil instaurada por el ofendido, y además ejercido la suya propia para reclamar su cuota; en esta situación el tribunal debe hacer un pronunciamiento sobre todas las pretensiones, fijar el monto global y, al mismo tiempo determinar la cuota del actor. El resto deberá ser puesto a la orden de la sucesión.

En cambio, si al momento de dictarse sentencia, no existiere esa declaratoria de herederos, el tribunal deberá condenar en abstracto y remitir al o a los actores a la vía civil respectiva (ejecución civil o sucesión). En relación con la declaratoria en abstracto tal y como ocurre en el presente caso, esta Sala la ha aceptado como viable siempre que se den las siguientes condiciones: 1) se acredite la existencia del daño, 2) se acredite el deber de indemnizar de parte del demandado, 3) se acredite el derecho de recibir la indemnización de parte del accionante, 4) no existan pruebas para acreditar el monto de la indemnización y no pueda hacerse prudencialmente (V. 165-F de 9 horas del 26 abril de 1991). Queda por aclarar quienes son los titulares que pueden ejercer la acción civil resarcitoria en tratándose del daño moral. Si el ofendido ha sido directamente afectado en su honra o dignidad y muere antes de constituirse como actor civil, su derecho se extingue, pues es personalísimo. Sin embargo se admite doctrinalmente, lo cual comparte esta Sala, que si el ofendido presenta dicha acción y muere durante el trámite del proceso, sus herederos podrán, proseguir con la acción ya promovida (véase Vélez Mariconde, ob. cit. ps. 111 ss; Ricardo Núñez, ob. cit. ps. 155 ss.). Sin embargo al momento de dictarse sentencia hay que considerar dos hipótesis: la primera es que si en ese momento el actor civil demuestra que la sucesión está abierta y todos los herederos declarados, el tribunal se pronunciará sobre toda la pretensión, y, a la vez determinará el monto que corresponde de acuerdo a su cuota hereditaria. Lo demás deberá ser puesto a la orden de la Sucesión respectiva. La otra posibilidad es si no ocurre tal demostración, en cuyo caso el tribunal se pronunciará en abstracto, debiendo el actor civil determinar el monto de su cuota, en la vía civil correspondiente (ejecución civil, juicio sucesorio). Una última hipótesis -aunque discutible- es posible.

Se trata de aquellos casos en que a consecuencia del delito, el ofendido no pierde la vida, pero queda con incapacidad absoluta aunque sin posibilidad de sufrir el daño moral por la pérdida de la conciencia. En este caso es posible que los herederos sean dañados moralmente, pudiendo cada uno demandar en forma individual y específica el monto del daño sufrido. Finalmente, es posible que los herederos demanden el pago de alimentos conforme al artículo 128 del Código Penal. Dos situaciones hipotéticas son posibles: la primera se refiere el caso en que los acreedores alimentarios se quedan sin la manutención o asistencia que estaba a cargo del ofendido. Estos acreedores pueden ser bien los herederos legítimos previstos en el Código Civil, o, eventualmente terceros. En este caso, ellos podrán demandar el resarcimiento respectivo, cuyo monto se fijaría en forma específica. En este caso, no es necesaria la demostración de la condición de heredero tal y como lo ha resuelto esta Sala (V 120-F de 8:45 horas del 5 de abril de 1991 y 80-F de 8:40 horas del 20 de marzo de 1992).

La segunda hipótesis es la prevista en el artículo 129 del Código Penal de 1941. Esta queda limitada exclusivamente a los "acreedores alimentarios legales", es decir el "consorte, descendiente, ascendiente, hermanos, tíos o sobrinos" que hayan sido declarados herederos legítimos, cuando, por cualquier motivo al momento de producirse el hecho punible, no recibía o no podían recibir del difunto la correspondiente cuota alimentaria. En esta última situación, también es obvio que cada acreedor reclamará en concreto su respectiva cuota y no es necesario para presentar la acción civil la declaratoria de herederos, pero, ésta sí deberá estar hecha al momento de dictarse la sentencia (ver de esta Sala el voto 80-F de las 8:40 hrs. del 20 de marzo de 1992)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 69-F de las 9 hrs. del 8 de abril.

30. ACCION CIVIL RESARCITORIA - Existencia del hecho delictivo no releva de la necesaria demostración de los daños que se reclaman.

"El Tribunal tuvo por demostrado que [el imputado], aprovechándose que había sido gerente de la actora civil [...], después de ser despedido, llamó por teléfono al tesorero de la compañía indicándole que tenía en su poder documentos que comprometían a la empresa, y además procedió a enviar algunos documentos por facsímil, provocando "...honda preocupación sobre el particular, sobre todo porque procedía de quien había sido su Gerente General, a la vez que éste anunciaba tener otros documentos, igualmente comprometedores..." (fl. 861). También se tuvo por demostrado que el presidente de la empresa y un oficial del Organismo de Investigación Judicial, haciéndose pasar por contador de la ofendida, se reunieron con [el imputado] para que a cambio de sesenta mil dólares entregara los documentos, pero a esa reunión el sentenciado llevó otros documentos distintos a los que dijo tener, por lo que no se realizó el intercambio; y finalmente se acreditó que [el imputado] le pidió a otra persona que llamara a [la empresa ofendida] para cobrar un dinero a cambio de unos documentos, lo que esa persona no aceptó. De esos hechos acreditados no se desprende que la empresa hubiere sufrido daño económico alguno susceptible de ser

indemnizado, razón por la cual no se aprecia la contradictoriedad que se alega en el recurso.

El Tribunal tuvo por cierta la existencia del hecho delictivo, pero no que dicha conducta delictiva hubiere ocasionado los daños materiales y morales que cobra el representante legal de la empresa como ocurridos en perjuicio de ésta. Según señalan los juzgadores en la sentencia, el abogado de la parte actora civil cobró una partida de ocho millones de colones por daño material y las costas, "...sin acreditar con prueba técnica idónea que la empresa en virtud de la acción dolosa desplegada por los acusados, se creó un ambiente de sozobra (sic) en la firma [...], causando un daño moral a la misma en virtud de la pérdida de confianza que medió en los inversionistas..." (fl. 873 de la sentencia). De lo anterior se desprende que varios personeros de la empresa fueron afectados con la conducta ilícita del sentenciado, pero no que la empresa sufriera algún daño cuantificable en dinero. En otros términos, el Tribunal tuvo por demostrada la existencia del hecho ilícito y con ello el deber del sentenciado de indemnizar a los damnificados si los hubiere, pero eso no es suficiente para declarar con lugar la acción civil resarcitoria en relación con la empresa actora civil, pues en relación con ella según los juzgadores no se ha establecido la disminución y la afectación patrimonial que se reclama. Ya esta Sala ha expuesto que se requieren varias condiciones, "...en primer término es imprescindible que se haya establecido la obligación del demandado de indemnizar los daños y perjuicios; segundo, se requiere también que se haya establecido el derecho del accionante, o su representante legal, de recibir la indemnización; tercero, es necesario que en el proceso penal se haya demostrado la existencia de esos daños y perjuicios sufridos por parte del damnificado..." (Sala Tercera, sentencia Nº 165-F de 9 hrs. del 26 de abril de 1991). En el presente caso el Tribunal señala que no tiene elementos probatorios que indiquen "que la empresa hubiere sido afectada en su patrimonio a consecuencia de los hechos ilícitos demostrados, lo que no es contradictorio ni violenta el principio de fundamentación racional, pues falta uno de los presupuestos para que pueda ser acogida la acción civil en el caso concreto, razón por la que procede rechazar el reclamo."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 299-F del las 9,15 hrs. del 5 de agosto.

31. ACCION CIVIL RESARCITORIA - Intervención de depositaria provisional como representante de menor, válida para reclamar solo renta alimenticia, según la Ley de Pensiones.

"La señora [...], invocando su condición de "representante de la acción civil resarcitoria y representante de la menor [...]", interpone recurso de casación por la forma y por el fondo, impugnando la sentencia penalmente condenatoria recaída contra [el imputado], por la comisión del delito de Homicidio culposo cometido en perjuicio de [...], toda vez que en esa resolución se dispuso declarar sin lugar la acción civil resarcitoria por considerar que la menor [...], quien carecía de capacidad procesal, en razón de su edad, no estuvo debidamente representada, pues la señora [...] es únicamente depositaria administrativa provisional suya. Según lo observan los suscritos Magistrados, la disconformidad de la impugnante se contrae a un vicio cuya

corrección corresponde dilucidar al tenor de normas sustantivas, razón por la cual se omite pronunciamiento respecto al recurso por la forma y se acoge el reclamo por vicios *in iudicando*, por las razones que de seguido se exponen. En efecto, al haber fallecido a consecuencia del delito culposo que se le atribuye al imputado [...], la señora [...], madre de la menor [...] y en vista de que por conflictos familiares, de hecho no estaba sujeta a la autoridad de su padre [...], la señora [depositaria de la menor] inició, en fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, diligencias administrativas de estado de abandono de la menor mencionada. Por resolución de las trece horas del veintiocho siguiente, el Patronato Nacional de la Infancia (PANI) resuelve depositar provisionalmente a [la menor] en la gestionante y ordenó la investigación preliminar del caso (folio 174). A folio 176, [la gestionante] manifiesta su aceptación del cargo de depositaria "para todos los efectos legales".

Por resolución de las 15:00 horas del diecinueve de enero de 1989, el PANI dispone confirmar como medida provisional el depósito de la menor en cuestión en la señora [...]. Para arribar a dicha determinación, entre otras cosas se toma en cuenta que la madre de la menor [...], señora [...], falleció; "que el señor [padre de la menor] expone en el memorial de fecha trece de diciembre del pasado año que no es intención tener la custodia de la menor, pues en razón de su trabajo y por no tener recursos familiares, él no podría asumir esta responsabilidad, pero sí desea que se le permita visitarla y llevarla de paseo".

Por razones ignoradas, el PANI, pese a tener conocimiento de la situación de la menor -por haber tramitado las diligencias aludidas- omitió solicitar la declaración judicial del estado de abandono, como era su obligación legal conforme a los artículos 20 del Código de la Infancia y 147 del Código de Familia. Comentando este último numeral la Sala Constitucional indicó: "...este artículo señala quiénes ostentan legitimación activa para pedir la declaratoria judicial de abandono y no prevé la ley que sea carga de los padres o parientes impugnar la declaratoria provisional; por lo demás, ha de privar el interés superior del niño y es el propio Patronato el interesado en que se declare judicialmente el abandono" (resolución 2014-93 de las 13:57 horas del 12 de mayo de 1993). Al incurrir en esa omisión, el PANI tornó nugatoria la posibilidad de que la menor obtuviera en sede judicial la designación de un tutor que la representara, incumpliendo así los artículos 171 y 172 del Código de Familia. En efecto, la menor [...] -titular de la acción civil-, al no tener capacidad procesal para estar en juicio solamente podía actuar mediante la representación prescrita por la ley (artículo 56 del Código de Procedimientos Penales), lo cual, en principio, nos conduce a la figura del tutor. No está de más aclarar, siguiendo al Código de Procedimientos Civiles, que "tienen capacidad para ser parte quienes tengan el libre ejercicio de sus derechos. De no ser así, actuarán en proceso mediante representación" (artículo 102) y que parte legítima "es aquella que alega tener una determinada relación jurídica con la pretensión procesal" (artículo 104). Como se dijo anteriormente, según lo evidencian las constancias del expediente, al haber sido depositada la menor por el Patronato Nacional de la Infancia en manos de doña [...], dicho ente asumió jurídicamente la representación de la menor y la obligación de gestionar judicial y extrajudicialmente en favor de aquella, conforme al artículo 6, incisos f) y r), de la Ley Orgánica del Patronato Nacional

de la Infancia, porque la misma Constitución Política reconoce a los niños como [...] el **derecho a la protección especial del Estado**, a cargo del Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado (artículos 51 y 55 de la Constitución Política), como, por ejemplo, el Ministerio Público (inciso 2 del artículo 10 del Código de Procedimientos Penales) o la Procuraduría General de la República.

Esta obligación del Estado también se deriva de los artículos 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 5 del Código de Familia y 1º del Código de la Infancia. Sin embargo, a pesar del claro conocimiento que tenía de la evidente y precaria situación de desamparo que vive la menor a raíz de la muerte de su madre y el desinterés de su padre en ejercer su autoridad parental, el PANI no solo dejó de hacer valer los derechos de la menor [...] mediante el ejercicio de la acción civil en la vía penal, sino que además omitió cualquier tipo de intervención dentro de este proceso; ni siquiera delegó el ejercicio de la acción civil en el Ministerio Público (artículo 10 inciso 2º citado), contraviniendo ese referido derecho fundamental a protección especial del Estado, así como el derecho a recibir -como cualquier persona- justicia pronta y cumplida, en reparación por los daños materiales y morales derivados del hecho punible. Esta Sala indicó recientemente que "tanto el Patronato Nacional de la Infancia como el Ministerio Público deben verificar que en los asuntos judiciales en que tenga interés un menor de edad se observen las garantías y derechos que en favor de éste prevé el ordenamiento jurídico" (V-111-F de las 9:25 hrs. del 29 de abril de 1994), máxime cuando el menor sufre las consecuencias de un delito como víctima o damnificado, en cuyo caso el Ministerio Público debe ejercer, además de la acción penal, la acción civil, cuando el menor no tiene padres, tutor o curador. Para efectos de la acción civil resarcitoria, debe determinarse en qué consiste la representación de una persona que no tenga capacidad para estar en juicio.

Al respecto el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales dispone, en lo que interesa, que dicha acción "sólo podrá ser ejercida por el damnificado o sus herederos en los límites de su cuota hereditaria o por los representantes legales o mandatarios de ellos..." y el numeral 56 *ibidem* agrega que "Las personas que no tengan capacidad para estar en juicio, no podrán actuar si no son representadas o asistidas del modo prescrito por la ley civil".

Los tratadistas, al referirse a este aspecto, limitan la representación a los "padres, tutores, curadores y representantes de una persona jurídica" (LLOBET RODRIGUEZ, Javier: "Código de Procedimientos Penales Anotado y Concordado", 2ª Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1991, página 49, nota 7; NUÑEZ, RICARDO C., "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba", Ediciones Lerner, Córdoba-Buenos Aires, Argentina, 1978, pág. 25 nota 7 y págs. 76 y 77 nota 2). Agrega Vélez Mariconde -cita que aparece en la sentencia recurrida- que "...debe advertirse que la ley procesal, mediante la enumeración taxativa de las personas que pueden ejercer la acción, pone limitaciones tendientes a evitar que ingresen en el proceso algunas que sólo podrán hacer valer su pretensión resarcitoria ante la jurisdicción civil" (VELEZ MARICONDE, ALFREDO, "Acción Resarcitoria, Edición del autor, Córdoba, 1965, página 105). La taxatividad de que habla el autor últimamente citado, tanto en el Código Procesal Penal de Córdoba como en el costarricense, se

refiere a las personas que pueden ejercer la acción resarcitoria, esto es el damnificado o sus herederos o los representantes legales o mandatarios de ellos y también alude a las personas contra quien puede interponerse esa acción como son los partícipes del hecho punible y el civilmente responsable, pero no se aclara quiénes pueden ser los representantes legales de esos accionantes. Debe tenerse presente el citado artículo 56, cuando dispone que "Las personas que no tengan capacidad para estar en juicio, no podrán actuar si no son representadas o asistidas del modo prescrito por la ley civil". Por ley civil, debe entenderse la totalidad del ordenamiento de derecho privado, principalmente el relacionado con el punto en discusión, máxime que en nuestro país, la mayoría de los casos de representación de menores, no se encuentran en lo que restringidamente se conoce por legislación civil. Pareciera que en el sistema argentino, las restricciones que operan en cuanto a la representación, se explican porque, primordialmente en el Código Civil de ese país, expresamente se indica los casos de incapacidad para estar en juicio y la representación que debe ejercerse. Al respecto es esclarecedora la lista que proporciona Núñez en la indicada nota 2) al artículo 81 del Código Procesal Penal correspondiente a nuestro artículo 56 y ello explica la limitación a que se aludió. No ocurre lo mismo con nuestra legislación, pues sólo algunos casos de representación se encuentran en el Código Civil, mientras que la mayoría se hallan en otras disposiciones legales. Así, se deberá nombrar curador para determinado negocio o para la administración de todos a la persona ausente (artículo 67); respecto a sucesiones, el albacea (artículo 541 y siguientes); en lo concerniente a insolvencia, curador (artículo 899 y 921 a 939); y también deben tomarse en cuenta los casos de mandato (artículos 1251 a 1294).

Todo lo relativo a tutela, para los menores que no están en patria potestad, está previsto en el Código de Familia (artículos 162 y siguientes) y para los casos de curatela de "mayores de edad que padezcan una incapacidad mental o física, que les impida atender sus propios intereses", existen las disposiciones de los numerales 217 y siguientes *ibidem*, normas que deben relacionarse con los artículos 831 a 847 del Código de Procedimientos Civiles. El mencionado Código de Familia, en el artículo 148, respecto a los **menores declarados judicialmente en estado de abandono**, determina que **la custodia otorgada al Patronato involucra la representación legal del menor**.

Otro caso de representación se da para demandar alimentos en favor de los menores, que se le confiere a sus representantes legales así como a los simples guardadores, y también al Patronato Nacional de la Infancia, Las Juntas Provinciales de Protección a la Infancia y los Jefes de establecimientos a cuyo cargo estuvieren los menores (artículo 10 de la Ley de Pensiones Alimenticias). La Ley Orgánica del mencionado Patronato en el artículo 6 inciso b) señala entre sus atribuciones, **"Representar judicialmente al menor de edad que no se encuentre bajo patria potestad o tutela..."**. También, se consideran abandonados los niños que siendo menores de 16 años no tengan medios de subsistencia, ya sea por muerte o ausencia intencional de sus padres, o porque el menor no tenga tutor ni guardador. Por este último se entiende "a la persona que no siendo ni su padre, ni su madre, ni su tutor, tenga por cualquier título la responsabilidad de su vigilancia, dirección o educación o que tenga

**voluntariamente al menor en su poder o compañía"** (artículos 15 y 16 del Código de la Infancia). Como puede apreciarse, la más importante representación de menores, no se encuentran en el Código Civil y por eso, las citas doctrinarias parecen fuera del contexto costarricense.

Esbozado el problema y algunas de las disposiciones legales atinentes, debe resaltarse que en Costa Rica tanto normas constitucionales, como de convenciones, códigos, leyes orgánicas y leyes comunes, dan especial énfasis a la protección especial que sobre los menores debe recaer. Así, aparte de los ya mencionados artículos 51 y 55 de la Constitución Política, esa obligación estatal también se deriva del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: **"Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"**; del numeral 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: **"Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado"**; del ordinal 5 del Código de Familia: **"La protección especial de las madres y de los menores de edad estará a cargo del Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de otras instituciones del Estado"** y del 1 del Código de la Infancia: **"Es función social del Estado la defensa y protección de las madres y los niños desvalidos"**. Y para cumplir con esa especial protección, en la Convención Sobre Derechos del Niño se establece: **"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención (artículo 5)**.

Asimismo **"A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño"** (artículo 27 inciso 2) y **"Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia de parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero"** (mismo artículo, inciso 4).

Como puede apreciarse, el panorama de la legislación costarricense y de las convenciones ratificadas por nuestro país, es de absoluta protección al menor y cuando por algún motivo carezca de representación, debe procurársele ésta, de manera que pueda ejercer sus derechos. Ello explica que en el artículo 2º del Código de Familia se disponga: **"La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código"**. Y que disposición similar, pero aún más obligante, por ser de carácter general y emanada de una convención, se encuentre en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: **"En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una**

consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Así, entonces, es obligatorio para todos los tribunales en cuyas sedes se conozcan asuntos en los que directa o indirectamente participen menores, que en sus resoluciones se atienda al interés superior del niño. Y ello adquiere mayor relevancia, cuando esos menores, por problemas de cualquier índole, incluidos de corte administrativo, tengan dificultades para que sus derechos les sean reparados y se haga justicia pronta y cumplida. Los Tribunales deben velar porque sean observadas las garantías y formalidades procesales establecidas en protección del menor, aunque este contralor compete en principio al PANI, a la Procuraduría o al Ministerio Público, y además, dentro del rango de sus funciones exclusivas, debe interpretar las normas en favor de los menores, por estar estos sujetos en clara situación de desventaja respecto a las partes adultas y capaces del proceso. Acorde con lo hasta ahora expuesto, debe analizarse si en la especie, la menor [...], quien es titular de la acción civil resarcitoria, en su condición de hija de la ofendida [...] y al no tener capacidad para actuar en juicio, en razón de su minoridad, podía actuar mediante la representación de la señora [...], quien fungía como depositaria provisional, según determinación del Patronato Nacional de la Infancia.

Inicialmente debe señalarse que las normas respectivas, indican como componentes de la acción civil, "la restitución del objeto materia del hecho punible, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados por el mismo" (artículo 9 del Código de Procedimientos Penales); "la restitución, indemnización o reparación demandada" (artículo 398 *ibídem*); "la restitución del objeto materia del delito, la indemnización de daños y perjuicios causados y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones" (artículo 399 *ejúsdem*); "a la restitución, indemnización o reparación de daños o al pago de costas" (artículo 524 también del Código Procesal Penal); y a "la restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor, la reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros" (Artículo 103 del Código Penal vigente). Por su parte, del Código Penal de 1941 (vigente según ley 4891 de 8 de noviembre de 1971) el artículo 122, que es la norma genérica, dispone que "la reparación civil comprende: 1) La restitución de la cosa. 2) La reparación del daño material y moral. 3) La indemnización de los perjuicios".

Ninguna de las disposiciones transcritas nos indica en qué consiste cada uno de los rubros aludidos. Esa función sí la cumplen las normas siguientes del Código de 1941. Así determina el artículo 123 que la restitución de la cosa objeto del hecho punible, debe hacerse con abono de todo deterioro o menoscabo, y en caso de imposibilidad, el valor fijado pericial o prudencialmente; el numeral 124 como daño material obliga a indemnización pecuniaria que se fijará valorando la entidad de todos los daños patrimoniales causados por el delito; el ordinal 125 se refiere a la indemnización pecuniaria por daño moral; el 126 a la indemnización de perjuicios no sólo causados al ofendido sino también a un tercero. Esos rubros son los que tradicionalmente se consideran componentes de la acción civil. Pero para determinados casos, esa lista se amplía, según el mencionado Código Penal de 1941. Así, en cuanto a hechos punibles contra la salud o la integridad corporal, deberán pagarse los gastos de curación del ofendido y lo que hubiere dejado de ganar durante su incapacidad; si la incapacidad fuera absoluta, deberá pagarse una pensión

alimentaria vitalicia; si sólo queda con evidente pérdida de su habilidad o resistencia, la pensión se determinará en proporción al decrecimiento efectivo del poder de trabajar; si el ofendido quedare con una desfiguración del rostro o deformidad física incorregible, se le pagará una indemnización (Artículo 127). Si a consecuencia del hecho punible se produce la muerte del ofendido, se deberá cancelar los gastos hechos en obtener la curación o alivio de la víctima y una renta para los acreedores alimentarios legales que recibían del occiso alimentos o asistencia familiar en la fecha de consumación del hecho. Esa pensión será proporcional a la suma que, en esa fecha, obtenía o podría obtener la persona fallecida con su trabajo o en que deba apreciarse su asistencia familiar, tomando en cuenta la condiciones y capacidades del interfecto.

Los alimentarios gozarán de la renta a partir de esa fecha, por todo el tiempo que normalmente y según la ley civil, habrían podido exigir alimentos del occiso durante el resto de vida probable de éste. Si el monto resulta exiguo, podrán los jueces obligar al responsable a pagar una indemnización equitativa adicional. (Artículo 128). Si a la fecha de comisión del hecho, los acreedores alimentarios legales del occiso no recibían o no podían recibir de él alimentos o asistencia familiar, el condenado pagará como indemnización a los parientes que hayan sido declarados herederos legítimos del difunto, una suma equitativa que se distribuirá entre ellos con sujeción a las reglas civiles sobre el reparto de herencia legítima (artículo 129). El pago de las pensiones alimenticias periódicas a que se refieren los artículos 127 y 128, se garantizarán debidamente, estableciéndose reglas para su cancelación, primordialmente para el caso de fallecimiento del ofendido. (artículo 130). Esas rentas alimentarias no son embargables ni susceptibles de compensación, el derecho de pedir las es irrenunciable e intransmisible y se puede transigir sólo con autorización judicial, siempre que queden asegurados o cubiertos suficientemente los alimentos debidos (artículo 131). Como puede apreciarse, el Código Penal de 1941, inserta una especial pensión alimenticia, para determinados casos, primordialmente en delitos contra la vida y la integridad corporal y evidentemente entre los primeros estaría el Homicidio Culposo que aquí se juzga. No está de más agregar que varias de las normas transcritas aluden a la ley civil, en relación al tiempo en que se pueden percibir alimentos y a las reglas civiles para efectos del reparto de la renta entre los herederos legítimos del ofendido. Anteriormente se había manifestado que cuando se habla de ley civil, debe entenderse la totalidad del ordenamiento, máxime que en nuestro país, los aspectos sucesorios sí están regulados en el Código Civil pero lo concerniente a alimentos, está contemplado en el Código de Familia (Título IV, Capítulo Unico, artículos 151 a 161) y en la Ley de Pensiones Alimenticias, número 1620 de 5 de agosto de 1953 y sus reformas. Es cierto que estas dos legislaciones se refieren primordialmente a los alimentos que se deben entre parientes cercanos (cónyuges entre sí, padres e hijos entre sí, hermanos, etc.), pero también debe entenderse como pensión alimenticia la regulación realizada por el Código Penal de 1941, aunque no se trate de relaciones de parentesco directas sino indirectas, sea que el menor o incapaz se hace acreedor a la pensión, por la muerte de quien le proporcionaba o le debía proporcionar alimentos, aunque quien deba satisfacerla sea una persona, ente o empresa extraña a esa relación familiar.

Esa conclusión no sólo emerge de que el citado

Código Penal la llame pensión alimenticia, sino también de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico. Si esa pensión es proporcional a la suma que, en la fecha de comisión del hecho, obtenía o habría podido obtener la persona fallecida con su trabajo o en que deba apreciarse su asistencia familiar tomando en cuenta la condición y capacidades del interfecto y si se extiende de esa fecha mencionada hasta el tiempo en que por la ley civil los alimentarios habrían podido exigir alimentos del occiso, (artículo 128); si además tales rentas no son embargables ni susceptibles de compensación, el derecho de pedir las es irrenunciable e intransmisible y sólo se puede transigir, con autorización judicial y si durante la ejecución de la sentencia, se puede ordenar una pensión provisional (artículo 131), no se notan grandes diferencias con los postulados del Código de Familia, que también regula el tiempo en que se pueden recibir alimentos (inciso 2 del artículo 156 y párrafo final del artículo 160); que determina la fijación de pensión provisional (artículo 155); que da carácter prioritario a la deuda alimentaria sobre cualquier otra (artículo 158); y que reafirma que el derecho de pedir alimentos no puede renunciarse, ni transmitirse de modo alguno, ni es compensable la deuda de alimentos presentes (artículo 154).

Esa misma interpretación armónica de la totalidad del ordenamiento jurídico, a que se ha aludido, permite deducir que, cuando la Ley de Pensiones Alimenticias señala que quienes pueden demandar alimentos en favor de los menores de edad o de mayores incapacitados, son los representantes legales o los simples guardadores o el Patronato Nacional de la Infancia (artículo 10), no sólo se está refiriendo a la deuda alimentaria entre parientes sino también a la que surge de un hecho punible en que fallezca el obligado a alimentos respecto al menor, pues a igual situación (protección especial del menor), igual solución. Si además, según el Código de la Infancia, son guardadores del menor las personas que no siendo ni su padre, ni su madre, ni su tutor, tengan por cualquier título la responsabilidad de su vigilancia, dirección o educación o que tenga voluntariamente al menor en su poder o en su compañía (artículo 16), debe concluirse que al estar designada [...] por el Patronato Nacional de la Infancia, como depositaria provisional de la menor [...], titular de la acción civil y quien no tiene capacidad para estar en juicio, en razón de su minoridad, podía representarla en la acción civil resarcitoria de que conocemos. No otra interpretación cabe, pues además de estar demostrada la muerte de la madre de la menor y el desinterés de su padre, con lo que su situación de desamparo es total, siempre **"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen ...los tribunales... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"** (Artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño). Por estas razones consideran los suscritos que es necesario llamar la atención del Patronato Nacional de la Infancia para que procure en el futuro no se repitan situaciones como la aquí examinada, a la vez que se le previene tomar nota de lo resuelto, para que disponga todas las medidas pertinentes y necesarias. Debe declararse con lugar el recurso de casación interpuesto y resolver el caso de acuerdo con la ley aplicable, conforme se dirá. Considerando que en el recurso se solicita que se indemnice a [la menor] de todos los daños sufridos, físicos, morales y económicos, así como de las costas de esta acción, en razón del hecho acreditado de haber causado culposamente el imputado la muerte

violenta de su madre [...], en un accidente de tránsito, ante la presencia de su hija [...], procede casar la sentencia únicamente en cuanto denegó a la niña [...] -quien recibía de la occisa alimentos o asistencia familiar en la fecha de comisión del hecho punible- una renta alimentaria.

En efecto, [la madre de la menor], como lo indican las constancias del expediente, era el principal sostén afectivo, emocional y económico de la menor, por existir conflictos en la relación con su padre, lo cual evidencia el estado de desamparo de esta niña, quien está en proceso administrativo de declaratoria de abandono. Por todo eso, el condenado [...] debe satisfacer por vía de reparación una renta para la menor [...] correspondiente a los alimentos o asistencia familiar que este recibía de la occisa a partir de la fecha de la comisión del hecho punible. Esta pensión será proporcionada a la suma que en esa fecha obtenía o habría podido obtener la persona fallecida con su trabajo y la menor [...], como se dijo, gozará de la renta a partir de la fecha de la comisión del hecho y por todo el tiempo en que, normalmente y según la ley civil, habría podido exigir alimentos de la occisa durante el resto de vida probable de esta. Sin embargo, si por cualquier motivo resultare exiguo el monto total de lo adeudado según la regla del artículo 128 del Código Penal de 1941, se podrá obligar al responsable a pagar una indemnización equitativa adicional que se fijará y cancelará de acuerdo con el artículo 129 *ibidem*. La presente condena civil se hace en abstracto, por no existir pruebas idóneas y suficientes para acreditar la suma de la indemnización, de modo que corresponde establecer los montos en la vía civil correspondiente. El resto de la sentencia se mantiene incólume, de manera tal que respecto al género de daños materiales y morales que fueron objeto de la demanda civil, tal como lo dispuso el *a quo*, podrá acudir a la vía civil que corresponda, agregando esta Sala que el cumplimiento efectivo de esta disposición deberá ser fiscalizado por el Patronato Nacional de la Infancia y el Ministerio Público, quienes verificarán, tomando las medidas administrativas y judiciales pertinentes, el cumplimiento efectivo de los derechos de la menor [...]."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 327-F de las 14,30 hrs. del 29 de agosto.

32. ACCION CIVIL RESARCITORIA - Validez de la representación de menores delegada en Ministerio Público.

"[...] se alega, como aspecto central, vicios en la representación de la acción civil de las menores [...] la cual fue delegada en el Ministerio Público de conformidad con el artículo 10 del Código Procesal Penal. Es conveniente, para seguir el orden lógico del reclamo, resolver el punto relativo a la vigencia o no de la citada norma conforme se señala en el sétimo motivo. No existe duda alguna de que el referido artículo 10 se encuentra vigente, pues la ley 7335 (Ley Orgánica del Ministerio Público) que el impugnante invoca, fue vetada por el Poder Ejecutivo, según consta en La Gaceta Nº 94 del martes 18 de mayo de 1993 (que fue reproducida por error de imprenta aparecido en la publicación inicial en La gaceta Nº 88 del 10 de mayo del mismo año), lo que descarta de plano cualquier roce o conflicto de normas entre esta ley (en su artículo 2º) y el referido artículo 10 del Código de la materia. Sin embargo, tampoco puede afirmarse que la mencionada Ley Orgánica

del Ministerio Público contenga una disposición en su artículo 2º que le impida a aquél el ejercicio de la acción civil "cuando el titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente", puesto que en la misma norma en que se sustenta la supuesta "derogación o abrogación", además de la promoción y ejercicio de la acción penal, se dejan a salvo "las excepciones establecidas en el Código de Procedimientos Penales" (ver último párrafo del mencionado art. 2º de la vetada Ley Nº 7335). Asimismo tampoco esta Sala considera que se haya producido el quebranto del artículo 227 del Código de Familia, por cuanto éste se refiere a la situación en que una persona se encuentra imposibilitada accidentalmente para atender algún negocio dentro de su órbita de libre disposición, lo que llevaría a que se asigne un curador "ad litem" o específico, para atender uno y determinados negocios. En este caso al hablarse de Ministerio Público, es obvio que se refiere a la Procuraduría General de la República y no al Ministerio Público a que hace referencia el artículo 10 del Código de Procedimientos Penales, que es un órgano diferente y con la función específica de ejercitar la acción penal pública, y, excepcionalmente, las funciones de representación del actor civil, como ocurre en el presente asunto. Por estas razones, no existe inobservancia del artículo 227 del Código de Familia ni mucho menos de los artículos 806 del Código de Procedimientos Civiles ni 36 del Código Civil.

La Sala estima que tal representación no ha quebrantado el principio de defensa de los menores (lo que inclusive sería un aspecto ajeno al interés del recurrente), pues su acción fue ejercitada por un órgano público conforme a la ley, el cual actuó a lo largo de todo el proceso. En todo caso, esta Sala considera pertinente que al momento de ejecutarse la presente sentencia, se ponga en conocimiento del Patronato Nacional de la Infancia para que gestione conforme a derecho. Por todo lo expuesto los anteriores motivos deben declararse sin lugar."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 69-F de las 9 hrs. del 8 de abril.

33. ACTA DE DECOMISO - Posibilidad de acreditar el hecho histórico por otros medios probatorios.

"Como primer motivo de forma el sentenciado [...] denuncia la inobservancia de los artículos 39 de la Constitución Política, 97, 98, 100, 145.3, 146, 147 y 400.3 del Código de Procedimientos Penales. Deduce el recurrente que no se levantó acta de decomiso de la droga, lo que acarrea la nulidad absoluta de ese acto y por consiguiente deja la sentencia sin fundamento probatorio. El reproche no es atendible, pues aún cuando fuere cierto que los oficiales de policía no hubieren levantado el acta al momento de practicar el decomiso, ello no necesariamente implica la nulidad del acto material de decomiso de la droga, pues conforme ya lo ha resuelto esta misma Sala, el hecho histórico del decomiso puede ser establecido por otros medios probatorios, como las declaraciones de los policías que realizaron la diligencia, y la de los testigos que presenciaron el acto (En ese sentido véase Sentencia de la Sala Tercera, Nº 40-F, 10:00 hrs. del 5 de junio de 1981). Cabe agregar que el artículo 100 del Código de Procedimientos Penales establece que si faltan algunos requisitos de un acta, "...el acto será nulo..." (concretamente la fecha o la firma del

funcionario, la del secretario o la de los testigos de actuación), de lo cual podría en apariencia concluirse que con mayor razón el acto es nulo si falta el acta en su totalidad. Sin embargo este último razonamiento no es atendible, pues indiscutiblemente el artículo 100 está utilizando el vocablo "acto" para referirse a la actuación que implica el levantamiento del acta, pero no a lo que el acta debe demostrar en un caso concreto, como sería el acto del decomiso. El artículo 125 del Código de Procedimientos Penales de Córdoba de una manera más clara hace referencia concreta al acta y no al acto como el nuestro (Véanse los comentarios de NUÑEZ, RICARDO. Código Procesal Penal. 2º ed. actualizada, Lerner, 1986, pp.119 y 120). Sin embargo, como indicamos, debe hacerse una distinción clara entre el acta y sus requisitos, con la actuación en sí misma que el acta debe probar. Rigiendo en sede penal el principio de libertad probatoria, según el cual cualquier hecho puede probarse por cualquier medio lícito, no podríamos afirmar que se sigue un criterio tasado al exigirse un acta para el decomiso y que ese acto sólo por medio del acta puede acreditarse. La verdad es que si el acta es nula por falta de requisitos, o no existe acta del todo como ocurre en el presente asunto, es válido recurrir a otros medios de prueba lícitos para establecer si se realizó o no un decomiso, la fecha del mismo, a quién se le decomisó el bien, qué se decomisó, y todas las demás circunstancias de ese acto. Desde luego, esta separación entre el acta y el acto que debe probar no es absoluta, ya que coincidimos plenamente con Clariá cuando afirma que "...en el plano procesal penal no es posible esa separación en cuanto el acta signifique una exigencia *ad solemnitatem*."

Desde este punto de vista, en el proceso penal sólo habrá testimonio si las expresiones del testigo de la instrucción ...se contienen en el acta de la declaración testimonial; y esta declaración no será válida si el acta carece formalmente de validez." (CLARIA OLMEDO, JORGE. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo IV, Ediar, 1964, p.33). Consecuentemente, deberá examinarse el tipo y la naturaleza del acto, así como su relación con el acta, para establecer caso por caso si la ley exige como una fórmula intrínseca el documento en que se hace constar el acto, para que éste último mantenga validez, como ocurre con la donación de inmuebles y otras actuaciones civiles. Pero tratándose de una diligencia de decomiso el acta no es más que uno de los medios probatorios del acto, sin que sea el único a utilizar para establecer lo ocurrido, debiendo valorarse todo elemento de prueba que se reciban en ese sentido conforme a las reglas de la sana crítica racional. En el caso de autos el Tribunal tomó en consideración otros elementos de prueba para tener por establecido el acto del decomiso, y no hay bases para estimar que violó las reglas de la sana crítica, lo que hace injustificado el reproche."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 158-F de las 8,55 hrs. del 20 de mayo.

34. ACTOR CIVIL - Dudas sobre el alcance de su intervención en casación.

"Que en el recurso de casación tramitado en el expediente Nº [...], el ofendido [...] en su condición de actor civil, recurrió ante esta Sala alegando -entre otras cosas- que los razonamientos contenidos en la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior Primero Penal, Sección



Primera, resultan contrarios a las reglas de la sana crítica lo cual incide sobre el rechazo de la acción resarcitoria formulada por él. Consecuentemente, solicita que esta Sala declare con lugar el recurso anulando la sentencia y el debate y ordene el reenvío para una nueva sustanciación con arreglo a derecho. Además, el Jefe del Ministerio Público en la vista efectuada, -no obstante no haber recurrido-, estimó que el actor civil lleva razón en su solicitud, por lo que pidió anular la sentencia impugnada. Ahora bien, para proceder a la resolución del recurso citado, esta Sala necesariamente debe aplicar la normativa contenida en el artículo 450 del Código de Procedimientos Penales, que dispone ahora solamente que: "El actor civil podrá recurrir de las resoluciones sólo en lo concerniente a la acción por él interpuesta", en consonancia con lo regulado en los artículos 1045 y 1046 del Código Civil que disponen que todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, ocasione a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios causados, ya sea que la conducta constituya un delito penal (doloso o culposo) o bien una acción lesiva no constitutiva de delito y el 67 del Código de Procedimientos Penales, que establece que: "El actor civil podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso, la existencia y extensión del daño pretendido y la responsabilidad civil del demandado". Así las cosas, estiman los suscritos que como cuestión previa a la resolución de los asuntos citados, lo pertinente es consultar a la Sala Constitucional los alcances de la resolución número 5751-93 de las 14:39 horas del 9 de noviembre de 1993 ante las dudas que al respecto surgen a la Sala Tercera. La resolución citada establece -entre otras cosas-, en su considerando VI in-fine en lo que interesa, que la frase subsistente del artículo 450 *ibidem* "**deberá ser interpretada en forma amplia, permitiendo el recurso aún en los casos en que para reconocer el derecho de la víctima o damnificado que se ha constituido en actor civil, deba alegarse sobre los extremos penales del hecho.**". Además, señala en el considerando III, ab-initio, que si la posibilidad de recurrir del actor civil en defensa de sus intereses, se encuentra tutelada en nuestro orden procesal "es lógico que el sistema deba poner a su alcance los instrumentos, necesarios para hacer valer el derecho que estima le asiste y así obtener justicia pronta, cumplida y sin denegación, pues lo contrario equivaldría a reconocer a medias su derecho", a lo que agrega que "el actor civil interviene y recurre para defender su propia acción en la medida en que resulte afectada por el sobreseimiento o la absolución y no en la acción penal en sí, aunque resulte posible, por la íntima relación que existe entre ambas, que al reconocérsele el derecho al actor civil ello repercute indirectamente en lo dispuesto respecto de la acción penal".

Sin embargo, pese a los anteriores razonamientos en los que se sustentó -entre otros- la inconstitucionalidad dictada parcialmente en relación con el artículo 450 *ibidem*, lo cierto es que esa norma de acuerdo con su redacción actual circunscribe exclusivamente la facultad de impugnación del actor civil "**a la acción por él interpuesta**", por lo que subsiste la duda sobre su constitucionalidad respecto a los razonamientos o fundamentos que permitieron eliminar las limitaciones al derecho de recurrir del actor civil. De acuerdo con lo anterior, resulta necesario que se aclare si al indicar la Sala Constitucional en el considerando IV la posibilidad de que el actor civil asuma las funciones propias del Ministerio Público en el área penal, así como la necesidad de tutelar los derechos quebrantados

mediante normas que protejan y amparen el derecho de las partes y la implementación de instrumentos procesales adecuados para el acceso a la justicia ante la comprobación del agravio, implica necesariamente la posibilidad de que esta Sala -ante la sola instancia impugnativa del actor civil-, apreciando violaciones a principios de orden constitucional en la resolución de la causa, pueda ordenar la nulidad de la sentencia y el debate reenviando el asunto a nuevo juicio en sede penal -no obstante que en el proceso no se cuente con recurso presentado por el Ministerio Público-, en tratándose de sentencias absolutorias o de sobreseimiento en las cuales no resulte posible acoger la acción civil, considerando que la procedencia de esa acción está subordinada en muchos de los casos, a que se declare la responsabilidad penal del imputado.

Es importante destacar, que incluso permitir al actor civil recurrir en sede de casación para declarar con lugar su recurso remitiéndole a la vía civil, implica casi una burla para éste así como denegación de justicia, en la medida en que al sustentarse su reclamo resarcitorio en una sentencia penal absolutoria, implica de por sí rechazar su acción en sede civil, donde para poder determinar esa responsabilidad derivada de la conducta atribuida al sobreseído o absuelto, deberá acreditarse que el hecho existió, que lo realizó el imputado y que produjo consecuencias lesivas a quien reclama la indemnización, según los elementos de prueba constantes en la causa. Por eso, de mantenerse el criterio de que sólo a instancia del Ministerio Público se podrá anular la sentencia en el aspecto penal, se deberá concluir que al desaparecer la responsabilidad correspondiente al derecho de fondo, también necesariamente en vía civil se excluirá la obligación de cubrir la indemnización respectiva y la posibilidad de recibirla de parte del damnificado, lo cual puede llevar a una denegación de justicia, pues aun si se considera en casación que sí existe un derecho al reclamante, pero la resolución del Tribunal es incorrecta, no se podría otorgarle la indemnización, lo que será contrario a lo que establece al efecto la Constitución Política. Los anteriores razonamientos hacen cuestionar a la Sala Tercera los alcances de la resolución de la Sala Constitucional y ante las dudas señaladas, se efectúa la consulta correspondiente, para lo que en derecho corresponde."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 117-A de las 10,40 hrs. del 24 de junio.

### 35. CALIFICACION JURIDICA DEL HECHO - Fundamento de la posibilidad de variación en sentencia.

"[...] 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...", pues 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)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 201-F de las 10 hrs. del 3 de junio.

### 36. CORRELACION ENTRE ACUSACION Y SENTENCIA - Dificultades para obtener identidad absoluta.

"En su primer motivo del recurso por la forma, el abogado [...], denuncia la inobservancia de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. Argumenta la violación al derecho de defensa y el debido proceso, porque se llevó a juicio a su patrocinado [...], por un hecho que no había sido intimado durante la fase inquisitiva del proceso. En su criterio, se modificó la especie imputada con el requerimiento de instrucción formal de fl. 18, pues en este documento se acusó [al imputado] del cambio, en el Banco de Costa Rica, de cheques de su cuenta corriente del Banco Nacional de Costa Rica «con la ayuda de personas no determinadas»; y después, en el auto de procesamiento, no se describió algún ardid desplegado para inducir a error al Banco ofendido; pero en sentencia, el tribunal de mérito acredita el engaño del imputado al Banco de Costa Rica, y condena por estafa. No lleva razón el impugnante. Ya esta Sala en resolución N° 137-F de las 9:10 hrs. del 24 de abril de 1992, señaló que no puede -en virtud del principio de correlación entre acusación y sentencia- esperarse una identidad absoluta entre hecho imputado y hecho probado. Dicho principio procura evitar la lesión de los derechos del encartado, por lo cual no debe encontrar en el debate variaciones al marco fáctico, que constituyan «sorpresas» y le impidan el ejercicio de la defensa. La identidad absoluta entre acusación y sentencia, es prácticamente inalcanzable.

El proceso penal inicia con un sencillo aviso acerca de la posible comisión de un hecho delictivo, que provoca una investigación judicial para allegar elementos probatorios al expediente, a fin de comprobar o desvirtuar la noticia. Obviamente, en esta actividad procesal, según

sean reunidos los elementos de juicio se va modificando el criterio del tribunal con relación a los hechos, y no se viola la defensa en tanto las variaciones no incidan en el núcleo esencial de la acusación. Si al requerir una investigación de los tribunales, el Ministerio Público estuviera obligado a formular con *todo* detalle el hecho, sería innecesario el procedimiento de instrucción, porque para cumplir esa exigencia rigurosa debería -de previo- reunir las pruebas que le permitirían pormenorizar la acusación. Pero, como la actividad investigativa está a cargo del Juez de Instrucción, es suficiente que en términos generales el requerimiento describa la especie, y su circunstanciación corresponde a los tribunales. El derecho de defensa se respeta, en la medida en que el encartado y su defensor intervengan en la recolección de pruebas, de modo que al llegar a juicio no se vean sorprendidos por cambios esenciales en los hechos. Todo lo recabado durante la instrucción constituye el presupuesto de la acusación, la cual se resume en el requerimiento o en el auto de elevación a juicio. Pero además debe agregarse que los hechos que sirven de base a la intimación, son reformables inclusive en el debate, pese a que con ello se pudiera aplicar una sanción más severa por agravarse el delito, o que se descubran **nuevos hechos** que constituyan delito continuado (artículo 376 del Código de Procedimientos Penales).

De manera que la correlación fáctica entre acusación y sentencia, no se traduce en una enunciación hermética, sino que podría ser modificada según avanza el proceso. En el *sub iudice*, a fls. 18 ft. y vt. y 19 ft., existe el requerimiento de instrucción formal donde se describe la acción del imputado [...], realizada con «la ayuda de personas aún no establecidas»; y en el auto de procesamiento y prisión preventiva [...] se indica que el encartado «logró obtener autorización de funcionarios» del Banco de Costa Rica, para cambiar por efectivo en esa institución, cheques del Banco Nacional de Costa Rica. Continuó el proceso y esta descripción se repite en el requerimiento de elevación a juicio de [...], que se presentó al Juzgado Primero de Instrucción de San José, el 6 de febrero de 1991 -casi dos años y cuatro meses después del auto de procesamiento- y en el auto de elevación a juicio [...]. Después, el 16 de setiembre de 1991 [...], el abogado [...] ofreció prueba dentro del término de citación a juicio, sin apuntar perjuicio alguno por la pretendida modificación del hecho acusado. Es claro que en el presente caso el proceso se inició con una formulación general del hecho, y según se desarrolló la instrucción se fue pormenorizando, hasta llegar al auto de procesamiento en que se describió de tal manera que se mantuvo la situación hasta el juicio oral. No hubo «sorpresas» para el imputado en el debate y no encuentra la Sala lesión alguna al derecho de defensa, por lo que se rechaza el motivo."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 95-F de las 9,35 hrs. del 12 de marzo.

### 37. DELITOS PERSEGUIBLES A INSTANCIA PRIVADA - Consideraciones sobre la edad para efectos de validez de la denuncia.

"En el segundo de los motivos formales el impugnante señala que se han quebrantado los artículos 81 bis del Código Penal, 39 y 41 de la Constitución Política y 6, 145 inciso 2), 146 párrafo 2) 152 in fine, 158 párrafo 2) y 269 párrafo 2), todos del Código de Procedimientos Penales.

se sustenta el reproche en que la acción penal no fue iniciada igualmente por cuanto la denuncia fue interpuesta por el propio menor ofendido sin la intervención de alguno de sus representantes legales o del Patronato Nacional de la Infancia. En consecuencia -afirma el recurrente- hay una ausencia de la denuncia particular según lo ordena el artículo 81 bis del Código Penal y 6 del Código de Procedimientos Penales, razón por la cual se ha producido un vicio causante de nulidad absoluta, ya que el Ministerio Público no puede actuar si dicha instancia falta. La víctima al momento de presentar la denuncia contaba únicamente con 17 años motivo por el que -según se dice en el recurso- a "denuncia es totalmente ilegal y se deviene en una nulidad absoluta de todo este proceso desde su inicio" (sic). La Sala no comparte los argumentos del impugnante por las siguientes razones. Efectivamente la ley señala en el caso de la Violación junto con los otros ilícitos que enumera el artículo 81 bis *ibid* que son **delitos de acción penal pública perseguibles sólo a instancia privada**. Esta última es una condición que la normativa establece para el ejercicio válido de la acción penal pública, y por ello es calificada por algunos como un obstáculo procesal o como una condición de procedibilidad.

Pero independientemente de su naturaleza procesal, lo cual no está en discusión en este recurso, lo cierto es que nuestra ley hace un listado de delitos que quedan sujetos al cumplimiento de tal requisito (denuncia condicionante) para que el Ministerio Público pueda válidamente ejercer su acción, tal y como resulta del artículo 6 del C.P.P. En este caso lo que se discute es la validez de la denuncia visible al olo 1 y 2 por cuanto fue hecha por el ofendido quien al momento de presentarla tenía cumplidos 17 años de edad. En criterio del recurrente era necesario que este acto fuese ejercido o estuviera autorizado por sus representantes legales o bien por el Patronato Nacional de la Infancia. Sin embargo se puede leer en el citado artículo que la acción sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito, o en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o curador, formularen denuncia ante autoridad competente". Luego en el párrafo 2) del citado numeral 81 bis se lee que para proceder en estos delitos se necesita la denuncia hecha por el ofendido o, en caso de muerte de éste, por sus herederos legítimos; o bien cuando estuviere imposibilitado física o igualmente para formularla, por sus representantes o el guardador en orden excluyente".

Vemos que en ambos casos se autoriza directamente al ofendido para formular la denuncia, que como bien se sabe es un acto que puede ser realizado por "toda persona que tenga noticia de un delito" (art. 152 del CPP), sin que se establezca expresamente un límite mínimo de edad, aunque la misma norma luego agrega que cuando se trate de una acción dependiente de instancia privada, "sólo podrá denunciar quien tenga facultad de instar, según el artículo 6º". Pero esta Sala considera que de existir algún parámetro biológico desde el punto de vista punitivo (es decir, dispuesto por el derecho sustantivo), el más razonable es que la persona sea mayor de 15 años que es precisamente el límite utilizado por la norma penal para crear este obstáculo cuando se trata de la edad de la víctima a partir de la cual el hecho es perseguible sólo a instancia privada (ver artículo 81 bis inciso a). Lo anterior por cuanto se estima -y así lo estableció el legislador- que después de los 15 años el menor adquiere cierto grado de desarrollo y de madurez que la propia ley le reconoce en determinados asuntos donde su interés debe prevalecer, especialmente tratándose de su libertad sexual.

En efecto, de no ser así, resultaría contradictorio y quizá absurdo que por una parte se señale que el delito de Violación es de acción penal pública dependiente de instancia privada cuando la persona ofendida es mayor de quince años, y que por otro lado la misma ley le impida en tal evento denunciar por sí misma el hecho ocurrido en su perjuicio. Similar razonamiento puede señalarse con relación al Estupro: el legislador estableció este delito cuando se da el acceso carnal aún con el consentimiento de la mujer **mayor de doce y menor de quince** años (art. 159 *ibid*), lo que supone que después de esta última edad el consentimiento para la relación íntima adquiere validez. Otro aspecto que debe considerarse es que si bien el requisito de la edad en casos como el presente reviste interés para el imputado desde el punto de vista de que se formule correctamente la acción en el hecho que ha de seguirse en su contra, ciertamente la **instancia privada** en esta clase de delitos se regula prioritariamente como "un derecho en favor del ofendido a efecto de salvaguardar sus intereses respecto del honor o de las relaciones familiares" (Mora Mora, Luis Paulino; Prólogo a la primera edición de la obra del Dr. Daniel González "La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense", Ed. de Investigaciones Jurídicas S.A., 1992, p.12), y no en favor del imputado, lo que hace cuestionable su legitimidad para pretender una anulación por el supuesto agravio cuando existe algún defecto en la iniciación de los procedimientos en ilícitos como el presente. En todo caso, la legislación correspondiente no dispone que la capacidad para denunciar surja a los dieciocho años, sino que, como anteriormente se dijo, cualquier persona puede hacerlo, con la salvedad de que si existiere imposibilidad física o legal para formularla, entonces deben actuar los representantes o guardador en orden excluyente (art. 81 bis párrafo final).

Desde ese punto de vista tal edad es importante para otros efectos (civiles o aún penales, como lo es para ser sujeto de imputación) pero no necesariamente para realizar el acto inicial de la denuncia de una manera válida y eficaz. Tampoco podría admitirse en beneficio del imputado la ausencia de participación del Patronato Nacional de la Infancia cuando así se requiere, pues ello se establece para la propia tutela de los intereses de los menores, y siendo que no se observa afectación alguna en ese sentido en la presente causa, no puede acogerse la nulidad que se solicita."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 269-F de las 9,10 hrs. del 15 de julio.

### 38. DELITOS PERSEGUIBLES A INSTANCIA PRIVADA - Fundamento del requisito de la instancia privada.

"En materia penal, el requisito de la **instancia privada** (artículos 81 bis del Código Penal y 6 del Código de Procedimientos Penales), como excepción al ejercicio oficioso de la acción pública (artículo 5 del Código de Procedimientos Penales) se explica, tratándose de *delitos sexuales* (cfr. hipótesis previstas en los incisos a y b del artículo 81 bis citado), por un particular interés del legislador en tutelar la privacidad e intereses de la víctima contra la publicidad y estigma social que por lo general acompaña el desarrollo del proceso penal, «de ahí que en ciertos casos convenga más solicitarle al ofendido su

consentimiento para que surja el proceso, máxime que éste se encuentra ligado directamente al hecho y, como ningún otro, puede suministrar elementos útiles para el descubrimiento de la verdad, de modo que si no se cuenta con su colaboración difícilmente esa verdad podrá establecerse» (GONZALEZ A., D.: *La Obligación de la Acción en el Proceso Penal Costarricense*, San José, IJSA Investigaciones Jurídicas S.A., 2ª ed., 1992, pág. 149). Sin embargo el examen sobre la observancia de esta formalidad resulta ocioso, pues en el presente caso no se está en presencia de un delito de acción pública perseguible a instancia privada, ya que en la especie concurre una de las circunstancias previstas en el artículo 157 del Código Penal. En efecto, al ser el imputado ascendiente (abuelo) de la menor ofendida, el delito de Abuso deshonesto se califica (artículo 161 párrafo segundo del Código Penal), de modo que el ilícito deviene en delito de acción pública iniciable de oficio por el Ministerio Público [...]."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 273-F de las 9 hrs. del 22 de julio.

39. DERECHO DE ABSTENCION - Omisión de advertencia que no provoca nulidad por declaración favorable al pariente.

"Deduce el impugnante la violación al debido proceso, en cuanto no se advirtió durante la instrucción y el debate al testigo [...], en su condición de cuñado del acusado [...], del derecho de abstenerse de declarar por ser uno de los parientes que goza de ese derecho de acuerdo a la normativa de cita. Debe rechazarse el motivo por dos razones básicas. En primer término tratándose de una sentencia que absolvió al imputado de toda pena y responsabilidad, el actor civil -ni su representante legal- no son sujetos procesales legitimados para impugnar el fallo aduciendo un vicio cometido en perjuicio del acusado absuelto, pues carecen en ese caso de interés en tanto a ellos no les afectó el supuesto vicio, pues la garantía de la advertencia de que puede abstenerse a declarar sólo busca tutelar la armonía en las relaciones familiares, en las que no ingresa el actor civil en relación con el imputado y su cuñado. En segundo lugar, tampoco es de recibo el reclamo porque, conforme ya se dijo, la garantía de la prevención al silencio del familiar del acusado, busca proteger las relaciones familiares de cualquier deterioro; de este modo resulta clara la violación al debido proceso, cuando se omite advertir al testigo del derecho de abstención en la causa seguida contra su pariente, y declara contra el imputado. En tal caso existe un agravio que por violación de normas procesales se causa al encartado, y el remedio viene a ser la nulidad. Pero cuando el tribunal incurre en la omisión dicha y el testigo brinda una versión favorable a su familiar, en este caso el imputado, no hay agravio y por consiguiente tampoco interés. Por esas razones no corresponde declarar la nulidad de acuerdo al artículo 147 del Código de Procedimientos Penales. En el caso de examen nos encontramos en presencia de la segunda hipótesis, dado que al testigo [...] pese a ser cuñado del acusado- no se le advirtió del derecho de abstención, pero aun así declaró a favor del acusado. De consiguiente, no cabe la nulidad y debe rechazarse el reclamo."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 82-F de las 11,10 hrs. del 13 de abril.

40. DERECHO DE DEFENSA - Afectación por comiso de inmueble sin oportunidad de defensa al representante de la propietaria.

"El licenciado [...], actuando con poder especial y a nombre de su representada: [...], formula recurso de casación (cuyo recurso de queja contra la denegatoria de aquél por el a-quo lo declaró procedente esta Sala, fs. 1588 a 1589), alegando; *primero*: violación del artículo 106 del Código de Procedimientos Penales, porque sin ninguna fundamentación, se privó de un inmueble a su representada [...] y sin existir prueba de participación, ni poder defenderse; y. *segundo*: por errónea aplicación del artículo 31 de la Ley N° 7233 de 8 de mayo de 1991 (Ley de Psicotrópicos), en cuanto permite el embargo de bienes ajenos al juicio, sin darse ninguna representación al afectado; y por violación de los artículos 39, 41 y 45 de la Constitución Política, por afectarse en el juicio propiedades ajenas sin darse oportunidad de defensa a los afectados. En el motivo por la forma se pretende la anulación del fallo en cuanto a la incautación de la propiedad; y por el fondo, se revoque respecto de ese mismo extremo. Ahora bien, luego de la confrontación de rigor, la Sala concluye en la existencia de un manifiesto caso de indefensión respecto de la sociedad representada por el recurrente, nulidad incluso declarable de oficio por violentar el debido proceso legal en su aspecto de la debida oportunidad de defensa. Efectivamente, sin bien es cierto en el hecho probado 20) se acredita que la finca inscrita registralmente bajo la matrícula [...], cuyas demás características y ubicación ahí se indican, es propiedad de [...]; así como que, según datos del Registro Mercantil, el Presidente de dicha sociedad lo es [...] (ver hecho probado 21), es también cierto que tal finca fue embargada por el Instructor (ver f. 1206), decretándose su comiso en la sentencia recurrida, sin que nunca se diera la oportunidad de defensa al representante de la sociedad en cuestión, y por el contrario, cuando el aquí recurrente intentó salvaguardar los intereses al respecto de [...] para que se tuviera a la sociedad como parte, siempre le fueron negados por el Tribunal a-quo, incluso por estimarse que no era parte dentro del proceso [...]."

No obstante, en sentencia se dispuso el comiso de la expresada finca, dejándola a la orden del Consejo Nacional de Drogas de manera definitiva. La indefensión fue pues, absoluta y, como se dijo, violatoria del debido proceso legal al vulnerarse los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. Por otra parte, a efecto de la incautación de la propiedad, la sentencia aparte de referir la única acción en sentido de que a la finca en relación fue llevado un cabezal, en cuyo tanque de combustible se transportó cocaína en forma camuflada desde Panamá, no establece vínculo alguno entre los imputados o alguno de ellos y la sociedad propietaria del inmueble o su representante legal, con objeto de establecer el grado necesario de utilidad de la finca en la comisión del ilícito investigado. Consecuentemente, lo procedente es anular la sentencia impugnada pero únicamente en cuanto decretó el comiso de la propiedad número [...] y, por estimarse que en esta situación concreta concurren intereses patrimoniales, opta la Sala por remitir a los interesados a la vía civil correspondiente, en reclamo de los intereses que estimen procedentes."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 318-F de las 10,25 hrs. del 12 de agosto.

41. **DERECHO DE DEFENSA** - Potestades del juzgador no implican selección arbitraria de la prueba.

"Debe agregarse, en resguardo del debido proceso, que la oportunidad de defensa prevista en el proceso penal incluye el derecho de ofrecer prueba por parte del imputado o su defensor y el deber correlativo para el Tribunal de disponer su recepción cuando fuere pertinente y útil para el descubrimiento de la verdad real, conforme a los artículos 39 de la Constitución Política y 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, derechos que luego desarrollan y complementan una serie de disposiciones procesales, tales como los artículos 196, 284, 351, 352, 387 y 394 del Código de Procedimientos Penales entre otras normas. Es cierto que el Juez es la autoridad pública que debe examinar la admisibilidad de la prueba y determinar cuál se recibirá durante las diversas fases del procedimiento, tomando en cuenta su pertinencia en relación con el objeto del juicio, para lo cual debe valorar su incidencia en cuanto con ella se pretende demostrar un hecho de importancia para la decisión (averiguación de la verdad sobre el hecho atribuido, sobre todas sus circunstancias y consecuencias), así como también determinando su utilidad según el estado del juicio, para lo cual debe valorar la abundancia o escasez de la prueba, y su importancia para la toma de la decisión ajustada a la verdad. Sin embargo estos poderes no significan que el juzgador pueda arbitrariamente seleccionar la prueba en cada caso concreto, sin ningún tipo de parámetro ni control. Corresponde al Juez la potestad de decidir cuál prueba recibe en el curso del procedimiento, pero ese poder está otorgado al interés del caso específico que se debe juzgar. Si la prueba tiene trascendencia para demostrar algún hecho de importancia para la decisión, el Juez está en el deber de recibirla, pues ello es lo que justifica la existencia de un proceso reglado, con derecho de defensa para todas las partes. De lo contrario el riesgo de adoptar un fallo alejado de la realidad sería más alto y resultaría muy simple vulnerar los derechos de las partes, impidiéndoles introducir prueba legítima y válida para que determinados hechos o circunstancias no se acrediten, o se establezcan sólo parcialmente."

1994. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 38-F de las 9,05 hrs. del 28 de enero.

42. **EXCARCELACION** - Trámite inaplicable cuando existe sentencia firme.

"El trámite de la excarcelación no es aplicable en esta vía por cuanto existe una condena firme de por medio. En efecto, la excarcelación es un proveído disponible por el tribunal en tanto no haya recaído en el proceso sentencia firme. Una vez adquirida la firmeza, y a fin de gestionar la libertad del condenado, lo conducente es solicitar la suspensión en la ejecución de la sentencia dictada, y no la excarcelación."

1994. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 7-A de las 10,50 hrs. del 13 de enero.

43. **IN DUBIO PRO REO** - Corrección del criterio formal en cuanto a su control en casación.

"En el cuarto motivo el impugnante reclama violados los artículos 393, párrafo tercero y 400.4 del Código de Procedimientos Penales, en cuanto se establece que en caso de duda sobre las cuestiones de hecho debe estarse a lo más favorable al imputado. Argumenta el recurrente que de la lectura de la sentencia se infiere que existe una evidente duda sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos, por lo que forzosamente debió aplicarse el principio de in dubio pro reo. Para resolver ese reclamo se hacen necesarias algunas consideraciones, pues hasta ahora la Sala no ha sido amplia al admitir este tipo de reclamos y conviene un reexamen de la situación.==== 1°.- En primer término debe indicarse que esta Sala ha venido sosteniendo un criterio, que podríamos calificar de **restrictivo**, según el cual el principio **in dubio pro reo** no es controlable en casación, salvo que el Juez condene (para lo cual se requiere certeza) pero exprese dudas al hacerlo, lo cual es poco frecuente que ocurra. Este criterio ha sido sostenido desde la vigencia del actual Código Procesal Penal hasta la fecha, no obstante las distintas integraciones de la Sala Penal. En efecto, ya la Sala Primera Penal de la Corte Suprema de Justicia afirmaba que "... lo único susceptible de abrir la vía del recurso cuando se viola el principio de in dubio pro reo es el grado de certeza que manifiesta el juzgador de mérito en cuanto a la existencia del delito y participación del imputado. Si en autos obran o no elementos de juicio suficientes para determinar esas circunstancias, ello corresponde a la apreciación crítica del juzgador sobre los hechos no controlable en casación..." (Sala Primera Penal de la CSJ, 15:20 hrs. del 12 de julio de 1979).- Estos criterios se fueron manteniendo a lo largo de los años, reiterándose que el principio **in dubio pro reo** es de ejercicio exclusivo de los tribunales de juicio, excluyendo el control de casación (así, por ejemplo sentencias de la Sala Tercera, número 46-F de 10:25 hrs. del 4 de junio de 1982; N° 140-F de 9:20 hrs. del 12 de junio de 1987; y N° 246-F de 9:25 hrs. del 23 de setiembre de 1988, entre otras).

En ese sentido la jurisprudencia señaló que el aspecto de la duda "... también está excluido del control de casación, pues el principio **in dubio pro reo** constituye una regla procesal que se refiere al grado de convencimiento de los jueces con relación a la valoración de las pruebas (ver artículo 393 penúltimo párrafo del Código de Procedimientos Penales) y no a los demás sujetos del proceso..." (Así, sentencia de la Sala Tercera N° 288-F de 14:45 hrs. del siete de diciembre de 1989).- El criterio se mantiene todavía últimamente, no obstante la apertura del recurso de casación realizada gracias a un profundo cambio constitucional en ese sentido, permaneciendo incólume el **criterio restrictivo** según el cual no es controlable en casación el uso del principio **in dubio pro reo**.

Recientemente se afirmó que dicho principio constituye "...una facultad que se ha concedido al tribunal de juicio para que, al examinar la prueba rendida del debate, y si tiene una duda razonable sobre la participación criminal del acusado, dicte en su favor una sentencia absolutoria. Desde luego, la Sala podría conocer de un motivo por la forma en que se alegue que se ha inaplicado el principio referido, cuando el tribunal, pese a expresar duda sobre la participación criminal del imputado, lo condena en sentencia. Pero esto no es lo que sucede en la especie, ya

41. **DERECHO DE DEFENSA** - Potestades del juzgador no implican selección arbitraria de la prueba.

"Debe agregarse, en resguardo del debido proceso, que la oportunidad de defensa prevista en el proceso penal incluye el derecho de ofrecer prueba por parte del imputado o su defensor y el deber correlativo para el Tribunal de disponer su recepción cuando fuere pertinente y útil para el descubrimiento de la verdad real, conforme a los artículos 39 de la Constitución Política y 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, derechos que luego desarrollan y complementan una serie de disposiciones procesales, tales como los artículos 196, 284, 351, 352, 387 y 394 del Código de Procedimientos Penales entre otras normas. Es cierto que el Juez es la autoridad pública que debe examinar la admisibilidad de la prueba y determinar cuál se recibirá durante las diversas fases del procedimiento, tomando en cuenta su pertinencia en relación con el objeto del juicio, para lo cual debe valorar su incidencia en cuanto con ella se pretende demostrar un hecho de importancia para la decisión (averiguación de la verdad sobre el hecho atribuido, sobre todas sus circunstancias y consecuencias), así como también determinando su utilidad según el estado del juicio, para lo cual debe valorar la abundancia o escasez de la prueba, y su importancia para la toma de la decisión ajustada a la verdad. Sin embargo estos poderes no significan que el juzgador pueda arbitrariamente seleccionar la prueba en cada caso concreto, sin ningún tipo de parámetro ni control. Corresponde al Juez la potestad de decidir cuál prueba recibe en el curso del procedimiento, pero ese poder está otorgado al interés del caso específico que se debe juzgar. Si la prueba tiene trascendencia para demostrar algún hecho de importancia para la decisión, el Juez está en el deber de recibirla, pues ello es lo que justifica la existencia de un proceso reglado, con derecho de defensa para todas las partes. De lo contrario el riesgo de adoptar un fallo alejado de la realidad sería más alto y resultaría muy simple vulnerar los derechos de las partes, impidiéndoles introducir prueba legítima y válida para que determinados hechos o circunstancias no se acrediten, o se establezcan sólo parcialmente."

1994. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 38-F de las 9,05 hrs. del 28 de enero.

42. **EXCARCELACION** - Trámite inaplicable cuando existe sentencia firme.

"El trámite de la excarcelación no es aplicable en esta vía por cuanto existe una condena firme de por medio. En efecto, la excarcelación es un proveído disponible por el tribunal en tanto no haya recaído en el proceso sentencia firme. Una vez adquirida la firmeza, y a fin de gestionar la libertad del condenado, lo conducente es solicitar la suspensión en la ejecución de la sentencia dictada, y no la excarcelación."

1994. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 7-A de las 10,50 hrs. del 13 de enero.

43. **IN DUBIO PRO REO** - Corrección del criterio formal en cuanto a su control en casación.

"En el cuarto motivo el impugnante reclama violados los artículos 393, párrafo tercero y 400.4 del Código de Procedimientos Penales, en cuanto se establece que en caso de duda sobre las cuestiones de hecho debe estarse a lo más favorable al imputado. Argumenta el recurrente que de la lectura de la sentencia se infiere que existe una evidente duda sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos, por lo que forzosamente debió aplicarse el principio de in dubio pro reo. Para resolver ese reclamo se hacen necesarias algunas consideraciones, pues hasta ahora la Sala no ha sido amplia al admitir este tipo de reclamos y conviene un reexamen de la situación.==== 1°.- En primer término debe indicarse que esta Sala ha venido sosteniendo un criterio, que podríamos calificar de **restrictivo**, según el cual el principio **in dubio pro reo** no es controlable en casación, salvo que el Juez condene (para lo cual se requiere certeza) pero exprese dudas al hacerlo, lo cual es poco frecuente que ocurra. Este criterio ha sido sostenido desde la vigencia del actual Código Procesal Penal hasta la fecha, no obstante las distintas integraciones de la Sala Penal. En efecto, ya la Sala Primera Penal de la Corte Suprema de Justicia afirmaba que "... lo único susceptible de abrir la vía del recurso cuando se viola el principio de in dubio pro reo es el grado de certeza que manifiesta el juzgador de mérito en cuanto a la existencia del delito y participación del imputado. Si en autos obran o no elementos de juicio suficientes para determinar esas circunstancias, ello corresponde a la apreciación crítica del juzgador sobre los hechos no controlable en casación..." (Sala Primera Penal de la CSJ, 15:20 hrs. del 12 de julio de 1979).- Estos criterios se fueron manteniendo a lo largo de los años, reiterándose que el principio **in dubio pro reo** es de ejercicio exclusivo de los tribunales de juicio, excluyendo el control de casación (así, por ejemplo sentencias de la Sala Tercera, número 46-F de 10:25 hrs. del 4 de junio de 1982; N° 140-F de 9:20 hrs. del 12 de junio de 1987; y N° 246-F de 9:25 hrs. del 23 de setiembre de 1988, entre otras).

En ese sentido la jurisprudencia señaló que el aspecto de la duda "... también está excluido del control de casación, pues el principio **in dubio pro reo** constituye una regla procesal que se refiere al grado de convencimiento de los jueces con relación a la valoración de las pruebas (ver artículo 393 penúltimo párrafo del Código de Procedimientos Penales) y no a los demás sujetos del proceso..." (Así, sentencia de la Sala Tercera N° 288-F de 14:45 hrs. del siete de diciembre de 1989).- El criterio se mantiene todavía últimamente, no obstante la apertura del recurso de casación realizada gracias a un profundo cambio constitucional en ese sentido, permaneciendo incólume el **criterio restrictivo** según el cual no es controlable en casación el uso del principio **in dubio pro reo**.

Recientemente se afirmó que dicho principio constituye "...una facultad que se ha concedido al tribunal de juicio para que, al examinar la prueba rendida del debate, y si tiene una duda razonable sobre la participación criminal del acusado, dicte en su favor una sentencia absolutoria. Desde luego, la Sala podría conocer de un motivo por la forma en que se alegue que se ha inaplicado el principio referido, cuando el tribunal, pese a expresar duda sobre la participación criminal del imputado, lo condena en sentencia. Pero esto no es lo que sucede en la especie, ya

que los juzgadores deben darle a la prueba, y en consecuencia los yerros en que incurran al apreciarla derivando certeza sobre la culpabilidad del imputado de elementos de prueba que según la experiencia o la lógica no podía ser derivada, si es posible examinarla en casación en aquellos supuestos en que se alegue la violación a las reglas de la sana crítica, y así se ha admitido en muchísimos casos concretos, por violación a los artículos 226 y 393, párrafo segundo, en relación con el 400.4 todos del Código de Procedimientos Penales. ===== 4º.- Lo anterior significa que si el tema ha sido posible examinarlo como violación a las reglas de la sana crítica, o directamente como un problema relativo a la fundamentación de la duda (insuficiencia o contradictoriedad), y así lo hemos venido admitiendo, nada impide entonces que ahora el reclamo se plantee como una violación del principio de inocencia constitucional en relación con las normas del *indubio pro reo*, pues la verdad es que todo ello afecta el debido proceso, y por consiguiente existe un sustrato de carácter constitucional ineludible para la casación.

En efecto, el principio *in dubio pro reo* tiene un claro sustento normativo del más alto rango, como derivación del estado de inocencia, en los artículos 37 y 39 de la Constitución Política; así como en el apartado 2º del artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en cuanto establece que "**toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad**"; y, finalmente, en los artículos 1º y 393 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales, normas cuya violación se sanciona en forma expresa con nulidad según lo dispuesto en los artículos 145 y 146 del Código de Procedimientos Penales. Para tales efectos debe recordarse que ya la Sala Constitucional señaló que **todas las violaciones a la mera legalidad referidas al debido proceso (entre el cual se incluye el principio de inocencia, del que deriva el *indubio pro reo*) se convierten automáticamente en violaciones constitucionales** (En tal sentido, el aparte B del Considerando X de la Sentencia N°1739-92 de 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992 de la Sala Constitucional). El cambio no consistiría, entonces, en una verdadera apertura del recurso de casación, sino en una corrección de un criterio meramente formal que expresaba que el principio *in dubio pro reo* no es controlable en casación, situación que se hace insostenible frente a los criterios de justicia y de apertura del recurso. Desde luego, ello no significa que bastaría con una simple discrepancia con las apreciaciones y las valoraciones de los juzgadores de instancia para creerse legitimado a que prospere la nulidad en casación por violación al principio citado. Para tales efectos el recurrente debe expresar en forma clara y bien precisa la fundamentación de su reclamo, del cual se desprenda que el Tribunal en realidad no podía derivar certeza de culpabilidad o de inocencia con base en la prueba utilizada, sino que ésta racionalmente (de acuerdo con los conocimientos científicos, las leyes de la lógica, la experiencia, y principalmente el sentido común) refleja al menos un estado de duda que deja sin sustento probatorio las conclusiones del Tribunal, para lo cual bastaría alegar como violadas las normas últimamente citadas, en relación con los artículos 145 y 146 del Código de Procedimientos Penales. Obsérvese que no es una simple disconformidad lo que podría legitimar la acogida del recurso de casación.

En tal sentido no debe confundirse la duda con la falta de elementos probatorios, pues ésta última podría constituir en realidad un problema de falta de

fundamentación (véase SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *In dubio pro reo*, EJE, Buenos Aires, 1971, en especial pp 79 ss.) El Tribunal se encuentra en duda cuando existen determinados elementos probatorios que señalan la culpabilidad del imputado, pero a los cuales no se les da la credibilidad necesaria para derivar con certeza lo que se pretende probar, sea porque existen otras pruebas que lo descartan o porque aquella prueba en sí misma no merece confianza. Si no hay elementos de prueba que incriminen al imputado, no puede existir duda, y la absolutoria tendría que decretarse por no existir elementos probatorios que lo incriminen. Cualquier yerro del Tribunal en este último sentido tendría que ser impugnado como un problema relativo a la fundamentación. La duda, en cambio, se presenta cuando hay incertidumbre entre distintas opciones sin poderse inclinar con certeza por alguna de ellas. Para tales efectos debemos tener presente que, luego del juicio oral, la convicción de los juzgadores plasmada en la sentencia pasa por dos distintos niveles: (a) el primer nivel consiste en la **formación del criterio** que se forman los juzgadores con base en todo lo percibido en el juicio oral. Se trata del examen sobre la credibilidad de la prueba, es decir el valor asignado a cada uno de los elementos de constatación incorporados a la audiencia oral. Este nivel está conformado por dos momentos: la **percepción de la prueba** que se realiza durante el juicio; y la **motivación de la interpretación de la percepción** que tuvo lugar en ese juicio. (b) El segundo nivel se refiere a la **estructura racional de la formación de la convicción**, es decir a la observancia de las leyes de la lógica, la psicología, la experiencia, los conocimientos científicos, el sentido común, en las deducciones que el Tribunal realice a partir de la prueba (Véanse por todos, IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS. *Acercas de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, Doxa, N° 12, 1992, pp. 257 ss.; y BACIGALUPO, ENRIQUE. *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*, en op. cit., pp.13 ss, en especial 29 y 30). Se trata de la estructura lógica por medio de la cual los juzgadores de instancia justifican sus conclusiones a partir de los elementos de prueba percibidos. La casación no puede incursionar en el primer nivel, porque ni puede percibir la prueba recibida en el debate en forma oral (con inmediatez), ni puede suplantar la motivación de los juzgadores sobre cómo percibieron la prueba y cuáles conclusiones extraen.

Lo impugnable en casación en lo que al principio del *in dubio pro reo* se refiere, sería el segundo nivel. En efecto, la impugnación tendría que dirigirse a atacar la estructura racional al formarse la convicción, demostrando con bases firmes que conforme a las leyes de la lógica, la experiencia, el sentido común y los conocimientos científicos, no podía derivarse una conclusión certera sobre la culpabilidad, sino un estado admisible y real de duda en cuanto racionalmente no era posible concluir otra cosa entre al menos dos posibilidades. No se trata de una simple disconformidad con las conclusiones del Tribunal. Por otra parte debe señalarse que la posibilidad de examinar el principio *in dubio pro reo* en casación en los términos señalados, no significa que la Sala pueda sustituir la valoración probatoria hecha en el caso concreto por los juzgadores de instancia. Si bien debemos rechazar la afirmación tradicional de que la Sala de Casación no puede valorar la prueba oral, lo cierto es que ello no significa que pueda sustituir la valoración de la prueba oral realizada por el Tribunal de Juicio. La casación sí valora la prueba, incluso la oral, en todos

aquellos casos en que se cuestiona la aplicación de las reglas de la sana crítica; cuando examina la incidencia en el proceso de la preterición de prueba (por falta de valoración, o porque no se introdujo al proceso); cuando se acusa el vicio de fundamentación ilegítima basada en prueba ilegal; entre otros casos, pues en todos esos supuestos debe apreciar la incidencia de esa prueba en la conclusión, así como también la incidencia de la restante prueba para determinar si la conclusión se mantiene o no excluyendo aquella viciada, o incluyendo la prueba que se echa de menos (inclusión o exclusión hipotética). Pero en esos supuestos sólo verifica si la valoración hecha por el Tribunal sobre la prueba es correcta o no, pues de encontrar algún error esencial dispone la nulidad y ordena el respectivo juicio de reenvío, con el fin de que otro Tribunal examine la prueba válida y legítima luego de un juicio oral. Lo anterior es así en virtud del principio de inmediación que informa la oralidad, pero en ningún caso suplanta y sustituye la valoración de la prueba oral realizada por el a quo por una propia.

Ahora podríamos agregar también que alguna valoración de prueba oral debe realizar la casación cuando examina el cumplimiento del principio del **in dubio pro reo**, pero no puede pretenderse que la Sala sustituya la valoración del Tribunal con el fin de llegar a conclusiones fácticas y jurídicas distintas, sino sólo con el fin de que se señale que la valoración del Tribunal sentenciador es errónea, lo que tiene como consecuencia la nulidad del fallo y la disposición del juicio de reenvío. ===== 5) Por todo lo expuesto, debemos concluir que la aplicación indebida o la falta de aplicación del principio **in dubio pro reo** sí puede ser conocida por la Sala de Casación en los términos antes señalados. En el caso concreto, sin embargo, el reclamo debe declararse sin lugar pues el impugnante no realiza una adecuada fundamentación de su reproche. En realidad sólo dice que de la lectura de la sentencia se evidencia un estado de duda en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron los hechos. No señala cuáles son las distintas posibilidades que podían derivarse de los elementos de prueba, ni precisa cuál es esa duda que justificaba la aplicación del artículo 393 del Código de Procedimientos Penales, razón por la cual debe rechazarse también este cuarto motivo."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 158-F de las 8,55 hrs. del 20 de mayo.

44. **PRUEBA** - Cuando el imputado es fuente de prueba no existe obligación de formularle ninguna advertencia.

"En el único motivo del recurso por la forma presentado por el Defensor Público de la sentenciada [...] se alega la violación de los artículos 39 y 42 de la Constitución Política; 393, 395 y 400 inciso 3º del Código Procesal Penal; y 8 párrafo segundo, inciso h) de la Convención Americana sobre derechos Humanos. Sustenta su reparo en que el tribunal de mérito incorporó al debate prueba ilegal en que luego apoyó la condena de su defendida, como lo son los dictámenes criminalísticos de fs. 19 y 121 que fueron elaborados a partir de los cuerpos de escritura de fs. 9 y 18 que se le tomaron **sin hacerle la advertencia de que no estaba en la obligación de someterse a ello** (f. 195 fte.). Agrega que tal circunstancia viola los derechos mínimos de la imputada al obligársele a hacer prueba en su contra (ibid),

siendo que si dicha prueba no se hubiera utilizado, la conclusión de los juzgadores tendría que ser otra (f. 195 vto.). Sin embargo no lleva razón. Pareciera que el impugnante pretende justificar su reproche en el derecho de abstención de declarar que tiene todo el encartado de acuerdo con la Constitución Política y la ley (arts. 36 de la Carta Magna, 276 y 373, entre otros del Código de la mayoría). Pero evidentemente se trata de situaciones distintas: la advertencia que obligatoriamente hay que realizar - y del que debe dejarse constancia - por las respectivas autoridades, se dirige a esa facultad de declarar o guardar silencio que asiste a los imputados; lo otro se refiere a la materialización de una prueba (el imputado como fuente de ella) en donde la ley no exige advertencia alguna, independientemente de que el encartado - bajo su exclusiva responsabilidad - se pueda negar a su realización.

En efecto, interpretar la actuación cuestionada del modo que aquí se pretende, llevaría a extremos absurdos donde se confundiría la potestad de abstenerse de declarar con las vinculaciones procesales a que está sometido cualquier imputado; es decir, en cada caso en que se requiriese su presencia con fines probatorios, habría que dejar constancia - so pena de nulidad - que se le advirtió que podía negarse a ello, por ejemplo un reconocimiento, una corta de cabello, una inspección o registro personal, etc., lo cual obviamente no es el propósito que se busca con la garantía anteriormente examinada. Desde luego, cabe señalar que los cuerpos de escritura efectuados por [la imputada] en esta causa (a partir de los cuales se emitieron las correspondientes pericias caligráficas) no fueron obtenidos bajo coacción o amenaza, ni se obligó a aquella a hacerlos de alguna otra forma (aspecto éste que tampoco se alega), lo que sí hubiese vulnerado los derechos de defensa y del debido proceso discutidos por el recurrente. En tal sentido resulta importante destacar que la Sala Constitucional reconoció, inclusive, que en determinadas circunstancias es posible obligar al imputado a someterse corporalmente a la realización de una serie de actos de investigación o de obtención de prueba (es decir, utilizarlo como fuente u objeto de ella), como ocurre con la extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos, entre otros que "pueden ser realizados aún sin su consentimiento", siempre que no se produzca daño físico o psíquico para el sujeto (Ver Res. No. 941-92 de las 8:45 hrs. del 10 de abril de 1992). De igual manera la misma Sala Constitucional puntualizó recientemente que "**Si la autoridad recurrida ordenó realizar una prueba grafoscópica teniendo como base la firma estampada por el imputado al tiempo de la indagatoria, no obstante que en ese momento procesal se abstuvo de declarar y manifestó su deseo de no rendir el cuerpo de escritura, ello no constituye quebranto alguno a la norma constitucional que protege la negativa del encausado de declarar en su contra (artículo 36 de la Constitución Política), pues tal acuerdo en nada afecta su derecho de abstención**" (Res. No. 6261-93 de las 15:03 hrs. del 26 de noviembre de 1993).

De todo lo analizado podemos concluir lo siguiente: el reclamo de la defensa parte del supuesto de que para poder realizar un cuerpo de escritura es obligación advertir al imputado que no está obligado a hacerlo, supuesto éste que no tiene apoyo constitucional ni legal, pues la advertencia se debe hacer en lo que atañe a su facultad de declarar o no, lo que es diferente de lo que aquí se discute. En consecuencia, no tenía por qué dejarse constancia alguna en el sentido apuntado cuando se tomaron los mencionados



cuerpos de escritura ni se deriva ninguna nulidad por parte del tribunal de mérito al considerar las pruebas caligráficas que en ellos se basaron, elementos esenciales de su decisión."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 274-F de las 9,05 hrs. del 22 de julio.

45. **PRUEBA** - Incorporación de prueba obtenida con violación a los derechos de defensa - Aplicación del método de supresión hipotética.

"Cuando se incorpora al proceso un elemento de prueba obtenido con violación de los derechos de defensa, debe ser aplicado el método de la supresión hipotética para determinar las consecuencias del vicio sobre el procedimiento, de manera que si excluida mentalmente la prueba ilícita el resto del material probatorio lícito da soporte al hecho probado, la sentencia mantiene su validez. Ello es así en virtud de que la nulidad sólo podría producirse frente a elementos de prueba de valor decisivo y que puedan provocar una variante en la decisión final. (V. votos de la Sala Constitucional N° 701-91, de las 13:40 hrs. del 10 de abril de 1991; N° 540-91, de las 15:50 hrs. del 13 de marzo de 1991; N° 1739-92, de las 11:45 hrs. del 1° de julio de 1992; N° 802-90, de las 9:15 hrs. del 17 de julio de 1990; y N° 1345-90 de las 14:39 hrs. del 24 de octubre de 1990; y de la Sala Tercera los votos N° 452-F, de las 11:00 hrs. del 12 de agosto de 1993; N° 35-F, de las 8:45 hrs. del 22 de enero de 1993; y N° 347-F, de las 10:45 hrs. del 25 de junio de 1993; entre otros)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 29-F de las 8,55 hrs. del 21 de enero.

46. **PRUEBA** - Niveles de motivación probatoria.

"La motivación probatoria de la sentencia debe hacerse a dos niveles: fundamentación descriptiva, que supone la transcripción de la prueba recibida de viva voz y con intermediación; y la fundamentación intelectual, que es la valoración de la prueba que se ha insertado en el fallo. Si se incluye en la resolución únicamente el sumario de prueba (sin valorar), habrá falta de fundamentación intelectual; y a la inversa, si solo se incluye la apreciación del material probatorio sin transcribirlo previamente, habrá falta de fundamentación descriptiva. (Sobre estos conceptos v. CAFFERATA NORES: «Algunos aspectos de la motivación de la sentencia», *Temas de derecho procesal penal*, pp. 284-291.) La Sala Constitucional ha definido la actividad probatoria como suma del contenido de la prueba y la respectiva valoración, es decir una operación descriptiva-intelectiva: «... el juzgador tiene la obligación de valorar las pruebas recibidas conforme con las reglas de la sana crítica racional, debiendo consignar el contenido de la misma y las razones de su convicción, pues esta actividad integra el debido proceso...» (Sala Constitucional, N° 6694-93, de las 14:45 hrs. del 21 de diciembre de 1993.)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 237-F de las 9,40 hrs. del 24 de junio.

47. **PRUEBA** - Prevalencia de la prueba recabada en

el debate - Carácter excepcional del mayor valor probatorio asignado a la del sumario.

"El tema sobre el valor de las pruebas recibidas en la instrucción que se incorporan al debate en contraposición con las producidas en éste, no es pacífico en doctrina y ha sido tangencialmente tocado por nuestra jurisprudencia. Por eso consideramos conveniente referirnos al problema. A efecto de dictar sentencia, el Tribunal debe valorar las pruebas que formaron parte del debate, intentando evidenciar, motivada y racionalmente, su eficacia para provocar la certeza necesaria para condenar, o bien, que carecen de tal idoneidad, conforme al sistema de valoración de la prueba adoptado por nuestra legislación (reglas de la sana crítica racional, artículos 226, 393 y 400 inciso 4° del Código de Procedimientos Penales). El principio de intermediación de la prueba (y en general todos los principios que informan el sistema procesal vigente, como oralidad, contradictorio y publicidad), supone que es imprescindible que todos los sujetos procesales reciban la prueba de una manera directa, inmediata y simultánea. «Es necesario que las pruebas lleguen al ánimo del juez sin alteración alguna. A la hora de recibir la prueba el juez debe estar en comunicación directa con los demás sujetos del proceso. Se aplica la regla de la oralidad en la fase de juicio para hacer efectiva esa intermediación". (Sala Constitucional N° 1739 de 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992). La misma resolución agrega que la discrecionalidad del juzgador al valorar la prueba está limitada por criterios objetivos que procuran que la valoración no sea arbitraria o errónea. Ello está acorde con la normativa, pues concretamente respecto a la prueba testimonial, la recepción de testimonios en el debate, debe darse, bajo pena de nulidad, en forma oral y pública, no sólo para las partes, sino también para cualquiera, salvo que esa publicidad afecte la moral o la seguridad pública (artículo 359 del Código de Procedimientos Penales). En dicha oportunidad, los miembros del tribunal, el fiscal, las partes y los defensores, con la anuencia del Presidente y en el momento correspondiente, pueden formular preguntas a los testigos (artículo 383 del Código de Procedimientos Penales).

En lo que importa, para efectos de este análisis, cabe destacar la excepción a la regla de la comparecencia personal de los testigos y de la oralidad de sus deposiciones, prevista en el inciso 2 del artículo 384 del Código de Procedimientos Penales, que a la letra dice: "(2) Si hubiere contradicciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario ayudar la memoria del testigo". En estas circunstancias, lo que corresponde es que el Tribunal, luego que el declarante haya manifestado todo cuanto conoce sobre el asunto, (relación de los artículos 380, 383, 234 y 95 *ibidem*), le haga notar las contradicciones en que incurrió, leyéndole las partes atinentes de su declaración del sumario. No parece conveniente, para el desarrollo normal de la declaración y del debate, interrumpir esa exposición para hacer notar la incongruencia, sino esperar hasta que la concluya. En términos generales, puede tratarse de contradicciones de poca monta, respecto a cuestiones jurídicamente irrelevantes del hecho, acaso explicables por el mismo transcurso del tiempo, que distorsiona parcialmente los recuerdos del testigo, por lo que la lectura de la anterior declaración da lugar a que se rectifiquen o aclaren racional y satisfactoriamente los contrasentidos en que se incurrió.

También puede relacionarse con contradicciones

respecto a los datos más importantes, esenciales o relevantes del hecho y ellas subsisten luego de haber refrescado la memoria del deponente con la lectura parcial o total de su anterior declaración y no se da una explicación razonable o atendible. En todo caso, deberá el Tribunal esforzarse al máximo para que se aclaren dichas contradicciones. Pero si no se logra esa clarificación, se pone en evidencia el conflicto que subyace en la especie y en este caso las reglas de la sana crítica racional imponen al juzgador la obligación de resolver las siguientes cuestiones: ¿por qué se contradice el testigo? ¿Cuál de sus versiones es la correcta o cuál de ellas debe merecer credibilidad?. Los tratadistas no han llegado a acuerdo sobre el punto. Para Cafferata Nores "En caso de contradicción, el Tribunal deberá resolver a qué le asigna mayor eficacia probatoria: si al dicho original o a su rectificación (*La Prueba en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, p. 118). Según Francois Gorphe, "Es verdad que los documentos de la instrucción sólo valen como informes, y que la convicción de los jueces debe formarse principalmente por los debates orales y la de los jurados exclusivamente por éstos. Pero unos y otros, jueces y jurados, están libres en cuanto a la formación íntima de su convicción y nada les impide preferir una declaración escrita si la consideran más segura que la oral. En definitiva, tendrán que pesar las diferentes deposiciones de acuerdo con valor interno respectivo, cualquiera sea su forma.

No se podrá desconocer que, en principio, las deposiciones orales presentan más garantía que las escritas. Pero la comparación debe realizarse *in specie*: en unos casos, la deposición oral, hecha en último lugar, con tranquilidad y después de haber reflexionado, parecerá más exacta; en otros, por el contrario, la deposición escrita, hecha en el primer momento, bajo la impresión reciente de los hechos, parecerá más espontánea y sincera". (*De la Apreciación de las Pruebas*, Editorial La Ley; Buenos Aires, Argentina, 1967, p. 392.). José María Asencio Mellado asegura que "De esta manera parece haberse expresado el TC (Tribunal Constitucional) en su sentencia 55/1982, de 26 de julio, para quien "la contradicción entre testimonios obrantes en el sumario y las declaraciones en el juicio oral... pertenece al ámbito del poder y responsabilidad del juzgador penal de valorar en conciencia el resultado de las pruebas", agregando luego: "Como se dijo en un apartado anterior de nuestro trabajo, el artículo 714 ha sido interpretado por el TC (Tribunal Constitucional) y el TS (Tribunal Supremo) en el sentido de estimar que la concesión de un valor determinado a las declaraciones del juicio oral o las precedentes es materia que entra dentro de la libre apreciación de las pruebas, por lo que es posible atender a cualquiera de ambas según lo estimen la Sala o el Juez sentenciador". (*Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*, Editorial Trivium, S. A., Madrid, 1989, páginas 179 y 193-194). Varios expertos que participaron en el Programa de Fortalecimiento del Estado de Derecho y la Justicia Penal en Centroamérica y Panamá, sostienen que "Ciertamente existen supuestos excepcionales en los que los actos de investigación han de gozar necesariamente de valor probatorio, pero en un proceso penal moderno dichos supuestos deben ser admitidos con carácter excepcional, cuando las diligencias practicadas por el juez en la instrucción sean de imposible o muy difícil reproducción -prueba anticipada (testigo en peligro de muerte, turistas, la llamada "prueba preconstituida", como la inspección ocular del juez...)- o cuando la lectura de las mismas sea necesaria

para confrontar declaraciones prestadas con las emitidas en la fase decisora si se duda de la veracidad de las mismas". (*Tomo III, El Proceso Penal: Entre el Garantismo Normativo y la Aplicación Inquisitorial*. ILANUD, 1992, página 88. En común podemos citar de todos los autores transcritos, que excepcionalmente dan valor probatorio a las declaraciones o constancias del sumario, que hayan sido incorporadas debidamente al debate oral. Pero también existen tratadistas que niegan esa posibilidad. Julio Maier afirma: "Esta es la principal razón de ser del debate oral y público, regulado por las leyes procesales penales modernas que reformaron el modelo inquisitivo, instituyéndolo como culminación del procedimiento y para que proporcione la base de la sentencia. Ese debate se cumple con la presencia ininterrumpida de todos los sujetos procesales (inmediación), incluso del imputado y de su defensor, y en él se incorporan los únicos elementos de prueba idóneos para fundar la sentencia, forma de proceder que asegura el control probatorio por parte de todas las personas interesadas en la decisión; a él concurren el acusador y el acusado -también su defensor- con las mismas facultades, factor principal de la equiparación de posibilidades respecto del fallo.

De ello resulta, también, que la investigación anterior (instrucción o procedimiento preliminar) y los medios de prueba que allí se llevan a cabo tienen sólo valor preparatorio, esto es, sirven para decidir acerca de si se enjuicia al imputado (acusación), mas no para fundar la sentencia". (*Derecho Procesal Penal Argentino*. Tomo I, Volumen b, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989, páginas 355 y 356.). Jorge Clariá Olmedo asevera: "El testimonio originario puede ser ampliado posteriormente, dentro de la misma instrucción donde se presta o en el mismo debate del juicio plenario en que fue recibido... Son testimonios formalmente independientes, sin embargo, las declaraciones del mismo testigo prestadas primero en la instrucción y después en el debate, pues debe tenerse en cuenta que la primera no puede fundamentar la sentencia, y si se introduce por lectura en el debate, funciona como documento el acta que la contiene". (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo V, La Actividad Procesal, Ediar, Argentina, 1964, p. 81). La jurisprudencia de esta Sala, con diversas integraciones de Magistrados, ha admitido que incorporada la declaración rendida en el sumario, a la fase de debate, pueden extraerse conclusiones de la relación de ese testimonio original con el recibido en la audiencia (Nº 32-F de 17:20 horas de 14 de mayo de 1981); también que en esos casos, el tribunal respectivo para emitir su sentencia, se pueda inclinar por una u otra versión. (Nº 260-F de 10:00 horas de 25 de setiembre de 1987). Más recientemente, se admitió: " A mayor abundamiento debe decirse, con relación a la veracidad que el tribunal de mérito otorgó a las declaraciones de los menores rendidas durante la etapa de instrucción, descartando la versión dada por ellos oralmente durante el debate, que la misma ley faculta esa apreciación cuando en el artículo 384 inciso 2) del Código de la materia autoriza la incorporación de los testimonios recibidos en aquella fase si hubiere contradicciones con los vertidos en la audiencia oral, siendo su lógica consecuencia que así se haga con el fin de averiguar -en la medida de lo posible- la verdad real de lo acontecido. En caso contrario (o sea impedir que los jueces valoren y otorguen credibilidad a las declaraciones de la fase instructiva) no tendría lógica ni fundamento alguno el permitir su incorporación por lectura, lo que supondría modificar la

potestad soberana de los jueces en la valoración de las pruebas y contradecir el sistema de sana crítica que lo rige. Inclusive la doctrina más autorizada se ha pronunciado al respecto, cuestionando que deba otorgarse preferencia solamente a las declaraciones orales, pues si existe discrepancia entre éstas y las escritas, debe ser el juez el que en cada caso concreto forme su convicción libremente, sin fijarle una regla o pauta general que le obstaculice su función". (Nº 656-F de 9:35 horas del 29 de noviembre de 1991). Como puede apreciarse, si bien la jurisprudencia admite la valoración tanto de las declaraciones rendidas en la instrucción como en el debate, omite aclarar bajo qué circunstancias puede otorgársele más credibilidad a la deposición del sumario que a la de la audiencia oral.

Ello es importante, porque de acuerdo con nuestro sistema, la etapa instructiva no es más que preparatoria para el debate, que es donde se realiza el verdadero juicio, pues con toda intensidad se desarrollan los principios que informan nuestro régimen procesal. Por estas razones debe decirse, en principio, que prevalece la prueba de cualquier tipo, principalmente la testimonial, recabada en el debate por sobre la recibida en la instrucción. Pero excepcionalmente puede dársele mayor valor a la del sumario, cuando entre en contradicción con la del plenario o audiencia oral. Ello puede ocurrir en casos muy calificados, verbigracia, cuando el testigo sea objeto de amenazas del imputado o personas relacionadas con él; o cuando se da una fuerte presión contra el declarante (como ocurre con los menores); o cuando existan lazos afectivos o sentimentales que motiven esa modificación o si las restantes pruebas que deben ser analizadas por los juzgadores, acrediten fehacientemente, que al dicho primigenio es al que debe otorgársele credibilidad, por sobre la rectificación efectuada en el debate. Evidentemente la lista no se agota en esos ejemplos, pues muchas otras circunstancias pueden concurrir, pero debe resaltarse que se trata de una cuestión excepcional y que, en todo caso, la veracidad que conceda el juzgador a la primera declaración, debe ser racional y suficientemente fundamentada, justificando el por qué de su escogencia."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 300-F de las 9,20 hrs. del 5 de agosto.

48. PRUEBA SOBRE ESTADO CIVIL - Posibilidad de que la Sala la ordene.

"En el único motivo del recurso por vicios *in procedendo* interpuesto por el defensor del encartado [...], se acusa la violación de los artículos 106, 393, 395, 144 y 145 del Código de Procedimientos Penales, así como de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, alegando que el Tribunal irrespetó las limitaciones legales establecidas respecto a la prueba del estado civil de las personas, al demostrar la edad de la ofendida mediante una fotocopia, de la declaración de nacimiento de la menor. En el expediente puede observarse efectivamente que el Tribunal *a quo* determinó la edad de [la ofendida] mediante una fotocopia del certificado de la declaración de nacimiento (folio 17 fte.), omitiendo obtener tal prueba por medio del correspondiente certificado emanado del Registro Civil. Evidentemente, el vicio acusado en el reclamo está aparentemente presente, toda vez que el nacimiento (por ende la edad) constituye uno de los aspectos que comprende el estado civil, pero la Sala, en

casos semejantes al presente (véase, por ejemplo la resolución V-35-F de las 11:15 horas del 17 de enero de 1992), ha admitido la posibilidad de controlar la actividad procesal del tribunal sentenciador ordenando prueba que acredite la observancia real de los fines que inspiran las formas procesales omitidas o defectuosamente realizadas por el juez (o las partes) en el trámite procesal (no así -por supuesto- respecto a los hechos que son objeto del proceso). Tal tesis se fundamenta en que sería absurdo decretar la nulidad motivada por la inobservancia de una forma procesal así sancionada cuando el trámite cuestionado de omiso o defectuoso en realidad no ha violentado el sentido, inteligencia o garantía que inspira la norma procesal.

Así, pues, tratándose en la especie de un caso de omisión de prueba legal en el trámite procesal, necesaria para establecer una eventual calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, esta Sala -con fundamento en la jurisprudencia anteriormente citada, y al amparo del artículo 41 de la Constitución Política, que establece el deber de procurar una justicia pronta, cumplida y sin denegación- ordenó enviar mandamiento al Registro Civil para que certificara el acta de nacimiento de la menor ofendida, a efecto de corroborar la veracidad de la conclusión del *a quo* en el sentido de que ella era menor de doce años a la fecha en que sucedieron los hechos, presupuesto que sirvió de antecedente a la calificación jurídica del hecho acusado contra el encartado y que desembocó en la sentencia condenatoria aquí impugnada. Como se dijo anteriormente, debe tomarse en cuenta que de no practicarse esta verificación, podría llegarse a la situación absurda -y contraria a los principios de economía y celeridad procesal- de que no obstante ser la víctima realmente menor de doce años para la fecha de los hechos, tendrían que anularse las actuaciones respectivas, con todos los atrasos e inconvenientes que esta solución conlleva, en aras de cumplir "formalmente" la letra de una ley de orden público, aun cuando se contraviniera clara y abiertamente el espíritu e inteligencia de la misma."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 67-F de las 8,50 hrs. del 8 de abril.

49. RECONOCIMIENTO DE OBJETOS - Facultades de la Policía Judicial.

"Ahora bien, es cierto que el inciso 9º del artículo 4 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, faculta a la Policía Judicial para practicar reconocimientos e inspecciones, pero tal facultad debe relacionarse con el resto de las disposiciones procesales, en especial con aquellas que señalan ciertos requisitos mínimos para la práctica de diligencias probatorias, con posibilidad de intervención para los demás sujetos procesales, incluidos el Ministerio Público y la defensa. En realidad esa disposición legal faculta a la policía para realizar esos actos, como el reconocimiento, en la medida en que se utilicen únicamente con fines policiales, con el claro propósito de orientar las investigaciones sobre el hecho, para profundizarlas, reconducirlas o concluir las; sin embargo, en principio esas diligencias policiales no pueden tener efectos ante el proceso jurisdiccional, ni servir de prueba, salvo que se hubieren cumplido las reglas que el Código Procesal Penal establece para ello. Tratándose de un reconocimiento de objetos resultaba indispensable seguir el procedimiento

establecido en el artículo 260 en relación con los artículos 255 a 257, todos del Código de Procedimientos Penales, y si se trataba de actos definitivos debió citarse previamente a las partes; pero en especial debió intervenir un juez en la realización del acto, lo que se echa de menos en el caso de autos. Pese a lo anterior, suprimida hipotéticamente la prueba que se menciona, se mantiene inalterada la sentencia de mérito, pues se basa en una serie de indicios que no dependen directamente del reconocimiento del arma."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 29-F de las 8,55 hrs. del 21 de enero.

50. SENTENCIA - Falta absoluta de determinación de la fecha de ocurrencia de los hechos es causal de nulidad.

"Esta Sala ha requerido que la fecha debe expresarse siempre y cuando sea posible, y que de no poderse debe señalarse la aproximada (conf.: V-55 F de las 16:30 hrs. del 2-7-81; V-154 F de las 10:40 hrs. del 27-5-88). Pero tratándose de falta de absoluta determinación de la fecha de la ocurrencia de los hechos, ni siguiera la fecha aproximada, ello tanto conlleva a la falta de la "determinación precisa y circunstanciada" (sic., artículo 400.2 del Código de Procedimientos Penales), modalidad de falta de fundamentación, que sí es causal de nulidad del pronunciamiento, además de que se deja en total incertidumbre eventualidades referidas a la prescripción, sea en cuanto a las posibilidades de su punto de partida."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 20-F de las 9,05 hrs. del 13 de enero.

51. SENTENCIA - Habilitación de hora para su dictado por simple prolongación del debate.

"En el tercer aparte del recurso por la forma se acusa la violación del artículo 93 del Código de Procedimientos

Penales porque la sentencia se dictó a una hora no habilitada para ello, sea a las diecisiete horas con quince minutos del veinticuatro de febrero del año en curso. Los suscritos Magistrados consideran que el reclamo no es atendible, pues a los efectos de continuidad del debate pueden habilitarse incluso horas de la noche, si el tribunal lo estima necesario (así, NUÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, Segunda Edición Actualizada, 1986, p. 114, nota 1). Por otra parte, la inobservancia de esta norma no está sancionada con nulidad (en este sentido véase LLOBET (Javier): *Código de Procedimientos Penales Anotado*, San José, Litografía e Imprenta Lil, S.A., 1987, p. 118, nota n° 1 del artículo 93), razón por la cual la jurisprudencia de esta Sala anteriormente se había pronunciado en el sentido de que «además de que el numeral 93 no tiene ninguna sanción procesal, basta que el juzgador prolongue el debate más allá de las horas señaladas en que deba cerrarse el despacho para que se tenga por habilitada la hora (Sala Tercera, N° 56 F de las 9:30 hrs. del 6 de junio de 1986)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 315-F de las 10,10 hrs. del 12 de agosto.

52. SENTENCIA - Omisión de lectura por inasistencia de partes no provoca nulidad.

"La jurisprudencia de esta Sala ha sostenido en forma reiterada que, cuando no asisten los interesados ni otras personas o público a escuchar la notificación integral de la sentencia, el tribunal no está en obligación de hacerla, porque de todas maneras no hay interés procesal debido a la ausencia de personas y tampoco se causa indefensión. (V. sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 539-F de 10:55 hrs. de 6 de noviembre de 1992; y N° 58-F de 9:05 hrs. de 5 de marzo de 1993)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 76-F de las 10,35 hrs. del 13 de abril.



## **LIBRERIA BARRABAS E.I.R.L.**

**Especialidad en libros de Derecho.  
Importadora de España, Argentina, Colombia y México.  
Además ofrecemos todos los códigos y Leyes nacionales.  
Librería Barrabas, donde el libro no le cuesta más.**

**Para sus pedidos o consultas  
Tel & Fax: 221-4822  
Apdo. 613-2050  
Recibimos su tarjeta de crédito  
100 m. Oeste del Restaurant Alpino**

**Precio ¢650.00**



**Esta Revista se edita con la colaboración del Colegio de Abogados de Costa Rica.**