

CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

SETIEMBRE DE 1995

AÑO 7, Nº 10

DOCTRINA EXTRAJERA

La Persecución Penal: legalidad y oportunidad
Winfried Hassemer

Acerca de la Motivación de los hechos
en la sentencia penal
Perfecto Andrés Ibañez

Pruebas Ilícitas
Ada Pellegrini Grinover

DOCTRINA NACIONAL

Derecho Penal de Menores y Derechos
Humanos en América Latina
Carlos Tiffer Sotomayor

El Estado Civil en en proceso penal
Alfonso Chaves Ramírez

La violación dentro del matrimonio.
Precedente jurisprudencial
Cecilia Sánchez Romero

El error de tipo

Carlos Chinchilla Sandí

Algunas consideraciones sobre la evolución
de la Casación Penal

Daniel González Alvarez

Mario A. Houed Vega

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Penal reciente
Cecilia Sánchez Romero

INDICE GENERAL REVISTA CIENCIAS PENALES Revistas Nº 1 a 10

Preparado por: *Alfonso E. Chaves Ramírez*
Juan Diego Rojas Araya



ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES
DE COSTA RICA

Cédula Jurídica N° 3-002-109039-14
Registro Nacional

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Álvarez, *Director*
Henry Issa El Khoury Jacob
Alfonso Chaves Ramírez

DIRECCION POSTAL

Corte Suprema de Justicia
Código Postal 4-1003
San José, Costa Rica
Fax: (506) 257-5624

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*
Prof. Ada Pellegrini Grinover., *Brasil*
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*

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
Kattia Fernández González
Vocal

DOCTRINA EXTRAJERA

La Persecución Penal: legalidad y oportunidad 2
Winfried Hassemer

Acerca de la Motivación de los hechos
en la sentencia penal 9
Perfecto Andrés Ibañez

Pruebas Ilícitas 21
Ada Pellegrini Grinover

DOCTRINA NACIONAL

Derecho Penal de Menores y derechos
Humanos en América Latina 28
Carlos Tiffer Sotomayor

El Estado Civil en en proceso penal 39
Alfonso Chaves Ramírez

La violación dentro del matrimonio.
Precedente jurisprudencial 48
Cecilia Sánchez Romero

El error de tipo 51
Carlos Chinchilla Sandí

Algunas consideraciones sobre la evolución
de la Casación Penal 64
Daniel González Álvarez
Mario A. Houed Vega

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Penal reciente 79
Cecilia Sánchez Romero

Índice General de los números 1 al 10
de la Revista de Ciencias Penales
Alfonso E. Chaves Ramírez

Diseño, artes finales e impresión ABC Ediciones, setiembre 1995. Diseño de portada por GERARDO GONZALEZ, basado en un dibujo de Félix Arbuola titulado: "Conciencia Bursátil".

Editorial

EL AUMENTO DEL NUMERO DE PRESOS SIN CONDENA

El Poder Judicial costarricense ha hecho significativos esfuerzos por reducir el número de personas sometidas a prisión preventiva, pues se trata de sujetos que apenas están siendo juzgados y en consecuencia, mantienen un estado de inocencia reconocido incluso por la Constitución Política.

Cuando se realizó el estudio "El preso sin condena en América Latina y el Caribe" de Elías Carranza, Mario Houed, Luis Paulino Mora y Eugenio Raúl Zaffaroni (Ilanud, San José, 1983), Costa Rica mantenía (en 1981) un 47.40% de presos sin condena en relación con la población total de personas privadas de libertad, y constituía tristemente el porcentaje más bajo entre los países de América Latina con un sistema jurídico de origen continental europeo. Mientras que los países de la región con un sistema penal de origen anglosajón mantenían para ese mismo año un promedio del 20% de personas en espera de juicio privadas de libertad, en relación con la población penitenciaria total.

Después de esas fechas el porcentaje de presos sin condena ha disminuido notablemente. Muchos han sido los factores que, al interno del sistema de administración de justicia penal costarricense, han coadyuvado para que se produzca esa disminución, colocando al país bastante más cerca del grupo de orientación anglosajona. Entre los factores más importantes debemos mencionar al menos tres: En primer término la Sala Constitucional, la cual constituyó sin lugar a dudas el factor más importante, al cambiar una gran cantidad de prácticas viciadas que ocurrían alrededor de la detención, poniendo en evidencia los límites constitucionales y legales a la actividad de los policías, de los fiscales del Ministerio Público y de los jueces en relación con la detención de personas. Esa intervención la realiza la Sala Constitucional por medio de los recursos de hábeas corpus y de las acciones de inconstitucionalidad. En segundo lugar, desde el punto de vista administrativo, debemos señalar la actividad de la Comisión de Asuntos Penales y las directrices de la Corte Plena adoptadas a sugerencia de aquella, las cuales junto con otras dependencias internas del Poder Judicial han venido realizando una gran cantidad de actividades y de controles sobre el tema de los "reos presos", dirigidas sobre todo a los Jueces de Instrucción, la Policía Judicial y los Fiscales del Ministerio Público. En tercer lugar, la reforma al Código Procesal Penal, en cuanto estableció nuevos parámetros de carácter procesal para justificar una detención preventiva, instauró un límite máximo de prisión preventiva, y exigió pronunciamientos periódicos de los jueces, para que examinaran la situación de los reos mientras tramitan el proceso.

Estos mecanismos tuvieron una profunda repercusión en la práctica cotidiana, haciendo disminuir el porcentaje de reos en espera de juicio a porcentajes respetables. Observemos al respecto las estadísticas (ver cuadro).

Como puede apreciarse, por un lado los porcentajes llegaron a niveles muy bajos en los años 92 y 93, pero a partir de 1994 se aprecia una tendencia a subir, la cual se mantiene incluso durante este primer semestre de 1995.-

Esa tendencia debe analizarse con cuidado, con el fin de tomar las decisiones correctas sobre esta problemática.

Fecha	Número de detenidos con prisión preventiva	detenidos por cada 100 casos entrados	detenidos por cada 100 casos en trámite	detenidos por cada 100.000 casos habitantes
31-12-89	1280	12.8	5.5	43.3
31-12-90	818	7.2	3.6	27.0
31-12-91	745	6.2	2.8	24.0
31-12-92	467	3.8	1.7	14.7
31-12-93	469	4.0	1.8	14.5
31-12-94	612	4.9	2.2	18.5
30-06-95*	764	5.4*	2.6	22.9*

(*): Datos preliminares

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación, Poder Judicial (Informe 184-EST-95) y Registro Civil.-

Parece curioso, pero la tendencia al aumento comienza precisamente cuando la Sala Constitucional había disminuido su grado de intervención sobre la jurisdicción penal. En efecto, a partir de 1989 esa Sala realizó una verdadera intervención sobre la jurisdicción penal, al extremo de que muchos de los jueces estimaron muy disminuidas sus facultades y hasta algunos creyeron que había finalizado la independencia judicial. Desde luego que esa intervención nos la ganamos los jueces de lo penal, en virtud de los rígidos criterios y las interpretaciones extraídas de los preceptos que regulaban la prisión preventiva y la detención policial, de espaldas a la Constitución Política y las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos.

A partir de 1994 nuestro Tribunal Constitucional comenzó a rechazar recursos de hábeas corpus y acciones en relación con una gran cantidad de aspectos de la materia penal, con el fin de que esos temas se discutieran primero ante la jurisdicción penal ordinaria y sólo si no encontraran reparo en ella (mediante recursos, incidencias, excarcelación, alegatos, etc.) se recurriera a la sede constitucional. Con ello se regresa una especie de confianza, antes perdida, en los jueces de la materia penal, resaltando su condición de garantes de los derechos fundamentales de las partes. Por desgracia, ese proceso es acompañado por un incremento en el número de los presos sin condena, como se deduce de las estadísticas. Ignoramos si existe una relación entre esas dos situaciones, parece necesario detenerse a estudiarlo. Sin embargo queremos dejar de manifiesto la necesidad de que nuestros tribunales penales apliquen con adecuada medida la prisión preventiva, manteniendo en ella a todos los que deben estar, luego de realizar las respectivas indagaciones procesales (posible participación en un hecho delictivo grave, presunción de fuga u obstaculización de la investigación, resolución fundada, etc.), pero al mismo tiempo que no se aplique a quienes no deben estar en prisión, y que no se recurra a la detención preventiva para resolver otros problemas de la comunidad, como su creciente sentimiento de inseguridad y su temor a ser victimizado por un hecho delictivo.-

LA PERSECUCIÓN PENAL: LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD*

Prof. Dr. Winfried Hassemer
Profesor de Derecho Penal, de Derecho Procesal Penal
y Sociología del Derecho de la Universidad de Frankfurt del Meno

SINTEISIS :

El Autor después de describir la idea del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, para el respeto del principio de legalidad, pero con concesiones -no clásicas- al principio de oportunidad., se dedica principalmente a determinar los motivos y razones que sostienen a cada uno de estos principios opuestos. Dicho de otra manera, más práctica, las ventajas y desventajas que cada uno de estos principios incorpora al sistema penal.

El **principio de legalidad**, ciertamente calificado como "clásico" en nuestro orden cultural, se recuesta más sobre el respaldo que le otorgan las teorías absolutas de la pena (**fiat iusticia, pereat muridus**) y, por ello, está cargado de un alto grado ético, consecuente con el Estado de derecho. Por ello, sus valores principales residen en la pretensión de **igualdad de tratamiento de los habitantes ante la ley**, de conservar al máximo la **división de poderes**, de tornar realidad, en la mayoría de los casos, que la solución del conflicto provenga de un juicio público, inmediato y oral. En definitiva, todas estas razones residen en el ámbito de la equidad ideal de la administración de justicia penal.

Al contrario, el **principio de oportunidad** se recuesta sobre el respaldo de las teorías relativas o utilitarias respecto de la pena estatal y, por ello, los motivos que lo avalan se vinculan más a los criterios de **orientación a fines y consecuencias**, y a la **efectividad** del sistema. La realidad de la persecución penal aún concebida desde el principio de legalidad,

muestra que la ética que pregona este principio no es concretable en gran medida. El proceso penal y el derecho procesal penal no reside sólo en la realización del derecho penal, sino que, al mismo tiempo, persigue fines propios (de allí que se diga también: es derecho constitucional reformulado); la verdad se presenta de manera tal que resulta ser una verdad formalizada por las reglas procesales (por ejemplo: prohibiciones probatorias). Según estas realidades es poco inteligente, tanto desde el punto de vista económico, cuanto desde el político, cargar a los funcionarios de la investigación con el deber de perseguir penalmente de la misma manera y con la misma intensidad todos los casos penales. Como los recursos materiales serán siempre escasos en relación con la meta deseada, la selección se producirá de todas maneras. Si el legislador no insiste tozudamente en el ideal del principio de legalidad, puede aspirar a conducir la selección mediante criterios razonables.

Más allá de ello, resulta justo y denota una amplia visión política, determinar descompresiones del sistema penal ya durante el procedimiento preparatorio (cuando se puede prescindir de la

* Traducción del alemán del Lic. Alfredo Chirino Sánchez. Este artículo apareció originalmente publicado en idioma alemán, con una síntesis en español (que aquí se incorpora íntegramente) en: Symposium Internacional sobre la transformación de la justicia penal en Argentina, Buenos Aires, Presidencia de la Nación, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Tomo Primero, 1989, pp. 29-38.

pena, en casos de arrepentimiento activo), pues cuando el derecho penal prevé falta de consecuencias, ya el enjuiciamiento representa una carga considerable; se puede aprovechar el recurso de la selección para orientar el derecho penal hacia la ayuda de la víctima (caso del coacto o extorsionado), para evitar la paralización de los tribunales por saturación (caso de las cuestiones prejudiciales), para impedir el sin sentido de llevar a cabo un procedimiento que producirá mayores perjuicios que ventajas (caso de los perjuicios graves que debe esperar el Estado como resultado del procedimiento), en fin, para lograr efectividad en la persecución penal de algunos comportamientos (caso del testigo sospechoso no inculpado para poder incorporar su declaración en los procedimientos contra terroristas).

Por último el autor se coloca frente a la opción legalidad-oportunidad, para examinar sus presupuestos y concluir. Cada uno de estos principios opuestos acentúa partes diferentes de la idea de regulación jurídica. La **legalidad** se coloca del lado de la **justicia ideal**, del lado de las **teorías absolutas de la pena**, y es respetado como **clásico**; mientras que la **oportunidad** se inclina hacia la **orientación a fines** del derecho penal, hacia las **teorías relativas de la pena**, y se lo menciona como **moderno**. Los peligros que encierran las soluciones drásticas son también opuestos. Un derecho penal demasiado orientado a fines (oportunidad) tiene más posibilidades de poner en peligro la igualdad y el Estado de Derecho, de sobrepasar las fronteras clásicas que el derecho penal coloca a la injerencia estatal. Pero, al mismo tiempo, el principio de legalidad, formulado jurídicamente, es demasiado débil para realizarse en la praxis de la persecución penal y, por ello, posibilita la práctica de criterios de oportunidad, difícilmente controlables. La **relación entre legalidad y oportunidad** es un problema de **implementación del derecho**, antes que un problema teórico jurídico: depende más de las rutinas de los funcionarios judiciales, del control público sobre ellos y de la confianza popular sobre ellos, que de los textos legales en sí mismos. Para el caso de que esta relación se produzca, el autor propone: que los casos de oportunidad sean determinados con precisión, para resguardar la igualdad y el Estado de Derecho, eliminando reglas vagas; establecer una instancia jurisdiccional de control para las decisiones de los órganos de persecución, a fin de resguardar la separación de poderes; implementar la aquiescencia

de la víctima, como instancia de control y para no lesionar intereses particulares, y, requerir la fundamentación de las decisiones que apliquen el principio de oportunidad, para posibilitar el control público.

A. La legalidad y la oportunidad en el proyecto de reforma

El "**Proyecto de Código Procesal**"¹ (de seguido "el proyecto") consagra el Proceso Penal, de una manera relativamente rigurosa, al **principio de legalidad**:

El **art. 69** exige a las autoridades de la acusación, como objeto del proceso penal, únicamente la ejecución de las leyes penales;

El **art. 229** prescribe, de manera esencial, el principio de legalidad, mientras que deja de lado, como principio del proceso penal, al principio de oportunidad, restringiéndolo, resignadamente, a una serie de casos de excepción;

El **art. 232** obliga a las autoridades de la acusación, fuera de los casos de excepción legalmente establecidos, a una persecución de todos los casos en que exista sospecha de la realización de un hecho punible, toca también los casos de excepción como una precaución contra posibles pérdidas de prueba y remite, de una manera insólita para una legislación procesal, a la frustración de la punibilidad (desde el punto de vista del derecho penal material).

Las **excepciones** al principio de legalidad, que el proyecto prevé de una manera enumerativa, son marginales y **en gran parte falsas**:

El **art. 233** regula el proceso de investigación para el caso en que la decisión dependa de una cuestión prejudicial que haya de ser decidida en un proceso no penal (esta regulación es análoga a la del § 154 de la Ordenanza Procesal alemana).

Los **arts. 230 y 231** permiten un sobreseimiento provisional en el proceso, por ejemplo, dando paso a un tipo de procedimiento menos cargado (procedimiento monitorio, Art. 371 y ss.), cuando esto sea admitido por la legislación penal o haya sido previsto de esa manera.

Estas no son excepciones del principio de legalidad en sentido estricto. Las decisiones jurisdiccionales que se mencionan en este artículo no se

1. Se refiere el autor al Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (Argentina) el cual es comentado en este artículo. (Nota del Traductor).

solventan con la ley penal y no siguen criterios independientes de oportunidad, sino que más bien alargan las decisiones jurídico-penales con respecto a los puntos álgidos que se verifican en determinados casos en el sumario.

En los restantes casos es de tener en cuenta, que las decisiones según los arts. 230 y 231 conciernen al tribunal y no a las autoridades de la instrucción.

En su conjunto, ofrece el proyecto, un cuadro del derecho procesal penal como una prolongación rigurosa y una realización del derecho penal material.

B. Evaluación político-criminal:

I. Fundamentos para el principio de legalidad

Un semejante derecho procesal penal está cargado de **un elevado Ethos** referido al Estado Constitucional de Derecho. Corresponde, en una forma ideal, a los principios que en un estado moderno, organizado bajo los supuestos de división de poderes, tienen vigencia para la relación entre el derecho penal y el derecho procesal penal.

1. El derecho penal material no sólo determina los límites de la punibilidad (como la "Magna Charta" de Franz von Liszt), sino que al mismo tiempo tiene la tarea, de sostener y asegurar las normas fundamentales de una sociedad ("**Prevención General positiva**", ver W. Hassemmer, Fundamentos del Derecho Penal, 1984, S. 391 ss.). El aseguramiento de la normas supone que éstas son realizadas de la misma manera que el derecho penal material las afirma. Según lo planteado por el principio de legalidad jurídico penal, resulta que una oportuna consecución, puramente selectiva, de las normas jurídico penales en el proceso penal, tiene como consecuencia que estas normas, en el largo plazo, se debiliten, sobre todo aquellas cuya realización se ve más afectada por la selección a través de criterios de oportunidad.

2. Si el derecho penal material se vuelve desproporcionado a través del funcionamiento del proceso penal, es de esperarse que el entero sistema penal sufra grandes perjuicios. La población esperará siempre que el Estado sancionador observe en la realidad las normas del derecho penal que, en la forma de leyes penales, ha promulgado.

El **principio de oportunidad** en el procedimiento criminal produce, sobre todo cuando sus

supuestos no han sido estrictamente definidos (para ello bajo el C. VI.), la imagen de **desigualdad, inconsecuencia y engaño**.

3. El **principio de legalidad** garantiza, para la fundamental aplicación de la justicia penal, que se dará un **trato igualitario a los ciudadanos**, ello obliga a la aplicación igualitaria de las normas penales. Las normas penales tienen validez con plena independencia del aspecto o del prestigio de la persona, su símbolo es la venda que cubre los ojos de la Justicia. El principio de oportunidad no puede, ciertamente, exceptuar, que el poder político, financiero o personal determine de alguna manera la aplicación de las normas penales y con ello se lesione el precepto de igualdad de trato para todos los ciudadanos.

4. El **principio de oportunidad** pone en peligro el **principio de división de poderes** en todo caso en el que las autoridades de la investigación puedan decidir sobre la no persecución de los delitos. La dispensa de los delincuentes es un asunto que corresponde a los tribunales, mientras que las autoridades de la investigación tienen como tarea la demostración de la sospecha y la preparación del proceso judicial. La separación de poderes significa para el derecho penal que el poder ejecutivo ha de ceder al poder judicial la decisión sobre la punibilidad de una conducta debidamente comprobada.

5. El **principio de oportunidad** en el proceso de investigación **deprecia** tendencialmente el **juicio oral**: entre más hechos punibles (o conductas sospechosas de haber realizado un hecho sujeto a pena) ya en el proceso de investigación sean apartadas del proceso de la persecución penal, más pequeño es el sentido del plenario o debate para el control de la culpabilidad; así podría suceder, por ejemplo, que de una manera práctica y cotidiana sectores significativos de la masa de la criminalidad (quizá de la criminalidad procedente de hechos de tránsito o de los hurtos y robos) sean sustraídos del conocimiento del poder judicial.

6. El **principio de oportunidad** amenaza el principio de **publicidad** en el procedimiento criminal. Al sumario se le ha sustraído casi totalmente la presencia de la publicidad, y esto no puede ser de otra manera. Entre más decisiones normativas sobre la culpabilidad ya sean tomadas en el proceso de investigación, más sufre la publicidad de la administración de la justicia penal. Sobre todo, aquellos sospechosos que ostentan un carácter de prominencia social estarán dispuestos a tratar de terminar el asunto ya en el proceso de investigación (este es uno de los problemas del § 153 a de la

Ordenanza Procesal Alemana); incluso las autoridades de la investigación tienden, en casos delicados, a soluciones discretas del conflicto.

7. Sólo a partir de una estricta observancia del principio de legalidad es posible diferenciar la actividad del proceso de investigación jurídico penal **de aquellas actividades exclusivamente policíacas de las autoridades ejecutivas**, así como también para desarrollar estas últimas dentro de una perspectiva propia del Estado de derecho: la perspectiva policíaca de defensa frente a los peligros sigue lo dispuesto por el principio de oportunidad, mientras que el proceso de investigación jurídico penal sigue el principio de legalidad. Solo mediante esta delimitación es posible alejar del proceso penal ciertos métodos problemáticos de investigación (como las pesquisas mediante observación, la utilización de agentes escondidos, búsqueda de rastros, la utilización de "autores" sin hecho) o, por supuesto, limitarlos en el proceso penal por razones propias del Estado de Derecho.

Las razones para el **principio de legalidad** son también muy fuertes y residen en el ámbito de la Justicia de la administración de la justicia penal.

II. Razones para el principio de oportunidad

Las razones para el principio de oportunidad son más fuertes en la medida en que se entienda en él al derecho penal como **orientado a las consecuencias**. Estas razones residen, así, en el ámbito de la **efectividad** de la administración de la justicia. Sin embargo, son de un carácter más heterogéneo si se comparan con las razones del principio de legalidad.

Ya que el principio de oportunidad casi no cumple ningún papel en el Proyecto han de presentarse las razones que a su favor existen de una manera un tanto amplia.

1. Las nociones sobre la realidad que fundamentan el principio de legalidad son falsas e idealistas: en modo alguno se ubica el derecho penal material en la realidad, aún mediante una aplicación estricta de la ley. Antes bien, cada norma del derecho penal material tiene un ineluctable **campo oscuro** y dichos campos oscuros son de una gran variedad dependiendo del tipo de norma jurídico penal (por ejemplo, el homicidio vs. el robo o vs. el abuso de drogas). Resultan también indiscutible que el Ethos del derecho penal es irrealizable aún con una aplicación de la ley proporcionada y completa.

2. En contraste con el código penal el **procedimiento criminal** no es texto sino más bien **escenas, procesos**. Las normas jurídico penales requieren de una transformación en conductas prácticas. Con esta transformación son, de manera necesaria, cambiadas y colocadas en la disposición de especiales relaciones de comportamiento. Así se puede, por ejemplo, conseguir que las autoridades de la investigación no puedan señalar con exactitud el punto temporal del acceso a una sospecha, y, así, no se pueda tampoco definir con exactitud el concepto de sospecha o también que no se pueda, al menos desde un punto de vista legal, que las autoridades de la investigación puedan organizar el tipo y modo de sus investigaciones desde una perspectiva de inteligencia policíaca.

3. El **proceso penal** y el **derecho procesal penal** no constituyen simplemente una extensión del derecho penal material al servir a la realización de las normas jurídico penales, tal y como subyacen en la fundamentación del principio de legalidad, sino que tienen también sus propios fines (ellos son **"derecho constitucional aplicado"**). El proceso penal no está obligado tampoco a la investigación de la "verdad material" sino que se busca con la investigación una **"verdad realizada con las formas de la justicia"** (esto puede ser mejor entendido con la palabra clave: prohibición probatoria). Los conceptos de la relación del derecho penal material y del derecho procesal penal, tal y como subyacen en el fundamento del principio de legalidad, son también rebasados.

4. Es a corto plazo **económicamente**, y a largo plazo **políticamente imprudente** comprometer a las autoridades de la investigación para que, de un mismo modo e intensidad, persigan el esclarecimiento de la totalidad de los delitos. Los recursos materiales y personales de estas autoridades son siempre limitados, por esta razón, y esto es algo que el mismo legislador prevé, concentrarán estas autoridades sus actividades en la investigación de una manera selectiva, algunas veces intensivamente, otras veces de una manera laxa y en otras simplemente decidiendo no realizar ningún tipo de persecución. Si el legislador no permanece de una manera estricta al lado del principio de legalidad, facilitará todavía la oportunidad a las autoridades de investigación de fingir los criterios selectivos de su actividad o, tal vez, de circunscribirlos al proceso penal, si se trata de bagatelas en el sentido más amplio (ejemplos serían los §§ 153, 154, 154 a de la Ordenanza Procesal Penal Alemana) o si el proceso penal por razones determinadas, y concebibles a

priori, no puede arrastrar hacia sí una ejecución debida de la pena (ejemplos: §§ 153 c, 154 b de la Ordenanza Procesal Penal Alemana).

5. Es **justificado** y desde el punto de vista político criminal correcto, introducir **facilidades**, que ya el derecho penal material proyecta, y **precisamente en el proceso de investigación** (y no en la sentencia al final del juicio oral), como por ejemplo si el juez penal puede en un caso dado prescindir de la pena (§ 153 b de la Ordenanza Procesal Penal Alemana) o si el sospechoso debido a un arrepentimiento activo merece una no aplicación de la pena (§ 153 c de la Ordenanza Procesal Penal Alemana). de tal manera de que se produzca la esperanza de que tales facilidades funcionen ya en el proceso de investigación y allí sean **incorporadas**. Esto tiene validez cuando el juez penal puede ante un hecho sospechoso prescindir de la pena (§ 153 b de la Ordenanza Procesal Penal Alemana) o cuando el sospechoso se ha hecho acreedor a una impunidad en virtud de un arrepentimiento activo (§ 153 c Ordenanza Procesal Penal Alemana), allí por supuesto relacionado este problema únicamente a delitos "políticos". Esto es justo por cuanto ya la sola tramitación del proceso penal (y no solo una consecuencia del derecho penal) significa para la víctima una carga y con frecuencia hasta un menoscabo jurídico. Esta carga, por supuesto, puede ser evitada.

6. Es acertado, desde el punto de vista **criminalístico**, ofrecer a una víctima de chantaje o coacción una libertad de persecución (la disposición de la denuncia o la disposición de la declaración) cuando la víctima ha estado sujeta a presión por parte del autor del hecho. Esta hipótesis procesal encontraría asidero en el **principio de orientación a la víctima** y tendría aplicación a otros hechos de mediana gravedad (ejemplo § 154 c Ordenanza Procesal Penal Alemana).

7. Para lograr un **descarga de trabajo de los tribunales penales** y un acortamiento del proceso penal sería aconsejable, hasta para hechos (sospechosos) de mediana gravedad, que las autoridades de la investigación contaran con la posibilidad de sobreseer el proceso. Ya que no se trata de bagatelas (veáse B. II. 4.) este sobreseimiento no ha de estar desprovisto de consecuencias, éstas autoridades han de tener una reducida competencia sancionatoria (reparación, pago de dinero). Debido a que esta sanción está dirigida a un inocente (Art. 6 II MRK. , debe el acusado dar su consentimiento a este procedimiento. A fin de proteger el Estado de Derecho (la división de poderes, arriba B. I. 4.), ha de ser necesario también el consentimiento del tribunal

competente. Un ejemplo de esta variante del principio de oportunidad es el § 153 a de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, el cual ha sido bienvenido y utilizado en la práctica pero del que parcialmente la doctrina se ha pronunciado en contra de una manera muy severa.

8. A fin de mantener la **unidad del orden jurídico**, y de evitar sentencias contradictorias entre los diversos tribunales, sería aconsejable organizar un proceso de investigación provisional (bajo ciertos presupuestos con carácter definitivo), si la decisión de carácter jurídico penal depende, desde un punto de vista prejudicial, de un proceso no penal (ejemplos: Art. 233 del proyecto, §§ 154 d, e Ordenanza Procesal Penal Alemana).

9. Un moderno sistema jurídico penal, orientado hacia las consecuencias, no podría hacer evidente que llevará adelante un proceso si los perjuicios políticos son más altos que el provecho ("fiat iustitia, pereat mundus"). Esta filosofía concuerda con el sobreseimiento del proceso, sobre todo para causas penales de carácter político, si la puesta en marcha del proceso hace posible aguardar pesadas **consecuencias para el Estado** (ejemplo §153 d Ordenanza Procesal Penal Alemana).

10. En el República Federal de Alemania se ha buscado y se busca aún introducir una **"regulación sobre los testigos de la corona"** para asuntos penales de carácter terrorista: en donde se producirá el sobreseimiento del proceso a través del Fiscal General Federal (Generalbundesanwalt) o/y a través del juez de la investigación de la Corte Suprema de Justicia (Bundesgerichtshof) para aquél sospechoso de un hecho que ha dado declaraciones importantes, desde el punto de vista criminalístico, sobre un grupo terrorista. La fundamentación de esta variante del principio de oportunidad se plantea diciendo que sería la única posibilidad de una efectiva lucha contra el terrorismo. Como terminarán las discusiones políticas al respecto es algo que no es posible prever en la actualidad.

C. Presupuestos de una opción:

No me corresponde en este momento hacer propuestas para una política del procedimiento penal en una relación de tensión a partir de la legalidad y de la oportunidad. Desearía más bien llamar la atención, en cambio, de algunas estructuras y cambios, los cuales han de ser observados para el caso de que se desee una determinada mezcla de la legalidad y la oportunidad.

I. Los principios de legalidad y oportunidad en el Proceso Penal acentúan diferentes partes de las ideas jurídicas: la legalidad, la **justicia**, la oportunidad, la **utilidad** (efectividad, la inteligencia política). Una opción político criminal debería por ello observar que la relación entre la justicia, como meta, y la conveniencia como condición restrictiva para la consecución de esa meta, se puede fácilmente expresar de la siguiente manera: Tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como (desde el punto de vista actual político y económico) sea necesaria..

II. El principio de legalidad puede coordinarse con las **teorías absolutas de la pena**, mientras que el principio de oportunidad con las teorías relativas. El principio de legalidad está para alcanzar el automatismo, la proporcionalidad y la justa represalia por el hecho. El principio de oportunidad está para la ponderación en el caso individual, para la apreciación de las respectivas particularidades y para una inteligente consideración de las consecuencias. Por estas razones, nos parece el principio de legalidad como "clásico", y el principio de oportunidad como "moderno", por ello tiene el principio de oportunidad más oportunidades dentro del presente derecho penal orientado a las consecuencias. Pero hay que atender a que un derecho penal configurado acorde con estas "modernas" características, podría correr el peligro de disimular los nexos clásicos de esta rama jurídica y degenerar en un terrorismo de estado. El "derecho penal" ha de permanecer, en cambio, como la insuperable barrera de la política criminal (von Liszt). La objeciones, que se han formulado actualmente contra las "modernas" teorías de la pena, pueden ser hechas, *mutatis mutandis*, al principio de oportunidad.

III. El **principio de oportunidad** suele alabarse, frecuentemente, por sus efectos **descriminalizantes**. Estos es ostensiblemente correcto: este principio permite descartar, tempranamente, hechos sospechosos del proceso penal, pero ha de tenerse en cuenta que esto no sucede para todos los hechos punibles (su culpabilidad no ha sido determinada, Art. 6 II MRK) y que el principio de oportunidad no es el más correcto instrumento para lograr la descriminalización, y que este proceso pertenece propiamente al derecho penal material. Es teóricamente una contrariedad con el sistema y desde el punto de vista político un engaño para la opinión pública, proclamar en las leyes penales la criminalización (como por ejemplo de los injustos bagatelarios) y en el proceso penal descartar la persecución de manera clandestina: entre más se oriente el derecho penal

material a los principios de proporcionalidad y de fragmentariedad habrá menos margen para un procedimiento penal de carácter oportunista.

IV. Asimismo para la **descongestión de los tribunales**, la cual se espera se alcance a través del principio de oportunidad (arriba B. II. 7.), existen equivalentes funcionales. Junto a la descriminalización propia del derecho penal material de injustos no sancionables (C. III), es posible también pensar, en particular, sobre la implantación de un procedimiento abreviado y sumario, que tiene en todo caso la ventaja de una sustanciación ante el juez y la necesaria participación del inculcado.

V. En tanto el principio de oportunidad sea justificado dentro del marco de un **cálculo de beneficios** (arriba, sobre todo B. II. 7.), han de cuestionarse críticamente los conceptos de "beneficio" y "perjuicio". Según el punto de vista de mi evaluación, no se justifica desde una perspectiva político criminal, y resulta insensato, tomar en cuenta únicamente los aprovechamientos inmediatos que puedan hacerse (por ejemplo, el rompimiento de un grupo terrorista que pudiera producirse con la aplicación de una regla de oportunidad) y tener sólo eso en mente y no poner atención a los daños que es posible ocasionar a la administración de la justicia. Quien toma en cuenta hechos delictivos graves solamente desde una perspectiva únicamente criminalística o de cálculo político, no daña únicamente a la justicia sino también a la confianza de la población en la uniformidad del derecho penal de una manera extraordinaria. Sin esta confianza, la administración de justicia penal podría no sobrevivir.

VI. En tanto un derecho procesal penal admita casos que se resolverán desde la perspectiva de la oportunidad, todo dependerá, para la constitucionalidad del proceso, de que estos casos sean **correctamente precisados**. Las reglas vagas en relación con el funcionamiento del principio de oportunidad lesionan completamente el principio de legalidad y permitirían que los procedimientos de carácter oportunístico se difundan de manera epidémica y, de esa manera, se provocaría que las decisiones de no perseguir emitidas por las autoridades de la investigación pudieran no ser ni limitadas, ni eficientemente controladas.

VII. Si se permite la entrada a casos de oportunidad en el proceso, habría una posibilidad de limitar los posibles peligros para la constitucionalidad del proceso:

- Participación del **Tribunal** competente o, por supuesto, de los jueces de investigación, a fin

de estructurar una instancia de control y atemperar, de esa manera las consideraciones que pudieran surgir a partir del principio de separación de poderes (arriba B. I. 4.).

- **Consentimiento del afectado** en todos aquellos casos en que el sobreseimiento del proceso conlleva para él afectaciones (§ 153 a dStPO). Pero aún cuando no es éste el caso, persiste la necesidad del consentimiento ya que permanece la sospecha de la realización de un hecho punible por parte de un ciudadano inocente y esto sin ninguna clarificación judicial y esto conlleva un menoscabo jurídico para el inocente.

- **Requisito de la motivación** para cada decreto de sobreseimiento, para que con ello no sólo el afectado, sino que eventualmente también, la opinión pública interesada, puedan controlar las razones del sobreseimiento.

- **Desarrollo de un eficaz proceso de forzamiento de la demanda** (§§ 171 ss. de la Ordenanza Procesal Penal Alemana), con ello al menos el ofendido puede controlar, con la ayuda de los tribunales, las razones del sobreseimiento.

VIII. Justamente la relación de la legalidad y de la oportunidad en el Proceso Penal es, en la práctica de la administración y de la justicia, menos un problema de los textos legales y mucho más una consecuencia de la efectiva **implementación del derecho**. Un Derecho Procesal, podría unir el proceso penal lo que sería más acertado y correcto dentro de una perspectiva del Estado de Derecho si las autoridades de la investigación y los tribunales permiten que sean unidos. Como simple principio, el principio de legalidad es muy débil a fin de poderse realizar en la práctica del procedimiento penal, en cambio las posibilidades del proceso penal de oportunidad son demasiado numerosas, demasiado tentadoras y muy difícilmente controlables. Por ello la efectiva mezcla de legalidad y oportunidad depende, en última instancia, del Ethos de las autoridades y de los tribunales, del control a través de la opinión pública y de la confianza de la población en la administración de la justicia penal. Esto podría, para la opción que contiene el proyecto (arriba A.), llevar a preceptuar un procedimiento penal estrictamente orientado al principio de legalidad.

ACERCA DE LA MOTIVACION DE LOS HECHOS EN LA SENTENCIA PENAL*

(Primera Parte)

Perfecto Andrés Ibañez
Magistrado Presidente de la Audiencia de Madrid

"...la justicia que depende de la verdad de los hechos"
M. Murena¹

I. INTRODUCCION

A juicio de Calamandrei, "la motivación constituye el signo más importante y típico de la "racionalización" de la función judicial"². Y, aunque no siempre en la historia la imposición del deber de motivar ha respondido al interés de conferir mayor racionalidad -en el más amplio sentido de racionalidad democrática- al ejercicio del poder de los jueces³, lo cierto que la resolución motivada, como resultado, si ha operado objetivamente en favor de ese interés.

En efecto, por modesto que fuere el alcance dado al deber de motivar, el simple hecho de ampliar el campo de lo observable de la decisión, no solo para los destinatarios directos de la misma, sino al mismo tiempo e inevitablemente para terceros, comporta para el autor de aquella la exigencia de un principio o un plus de justificación del acto⁴; y una mayor exposición de éste a la opinión.

Lo prueba la histórica reacción de los jueces napolitanos⁵, sobre la intensidad de cuya resistencia a la pragmática de Fernando IV en favor de un incipiente principio de motivación, ilustra el dato de que, años después, tuvo que ser abolida. Pero más en general, las propias atormentadas vicisitudes pasadas y actuales del *jugement motivé*, que, aunque dan sobrada razón a Cordero en su afirmación de que "el hermetismo es connatural al narcisismo togado"⁶, apuntan a un más allá, o un antes, que tiene que ver con la propia naturaleza del poder en general.

*. Texto de la conferencia pronunciada por el autor dentro del plan estatal de formación de jueces de 1992, organizado por el Consejo General del Poder Judicial de España.

1. Tratado de las obligaciones del juez, por Maximiliano Murena, juriconsulto napolitano, traducido del italiano al francés; y de éste al idioma castellano por D. Cristoval Cladera. Madrid MDCCLXXXV, por D. Plácido Barco Lopez, p.66.

2. P.Calamandrei, *Proceso y democracia*, trad. de H.Fix Zamudio, EJE, Buenos Aires 1960, p.115.

3. Es un ejemplo emblemático al respecto la pragmática napolitana de Fernando IV, de 22 de septiembre de 1774, que imponía a los jueces el deber de motivar, en este caso entendido en el sentido de expresar la norma aplicada; y que, más que democratizar el ejercicio de la jurisdicción, que hubiera sido impropio de un régimen autocrático, buscaba reforzar la centralización del poder, neutralizando uno de tantos particularismos feudales. (Sobre este episodio puede verse; F.Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1981, pp.663-666).

4. "El motivo responde a la pregunta ¿por qué? Tiene, por tanto, una función de explicación; pero la explicación (...) al menos en los contextos en los que motivo significa razón, consiste en hacer claro, en hacer inteligible, en hacer comprender". (P. Ricoeur, *El discurso de la acción*, trad. de P.Calvo, Madrid, 2a. ed. 1988, p.50).

5. "Scatena un putiferio la riforma", escribe gráficamente al respecto Cordero, en *Procedura penale*, Giuffrè, Milán 1991, p. 819.

6. Op. ult. cit., p.816.

No cabe duda que es así cuando se trata de un poder, de cualquier modo, absoluto; porque "el Estado se desequilibra y debilita" si "los hombres se consideran capacitados para debatir y disputar entre sí acerca de los mandatos"⁷ de aquél. Pero tampoco el estado democrático⁸ se ve libre de esa forma de atavismo, seguramente genético. De ello da buena cuenta la conocida propensión al secreto y, en el terreno que nos ocupa, la lectura y la práctica habitualmente reductivas del imperativo de motivar las resoluciones judiciales cuando éste ha hecho acto de presencia en algún texto legal⁹.

Con todo, es una evidencia que la constitucionalización del deber de motivar las sentencias (art. 120,3), a partir de 1978 y por primera vez en nuestra experiencia histórica¹⁰, ha significado un cambio de paradigma.

En efecto, en nuestro país, como en otros del entorno, la primera aparición del deber de motivar responde prioritariamente a exigencias de carácter político; se busca en él una garantía frente al arbitrio¹¹.

Que es así y que hay un sentir al respecto más o menos generalizado lo pone de manifiesto la circunstancia de que esa línea argumental encuentre eco, en la primera mitad del siglo XIX, en otras de

carácter eminentemente práctico, como la de Verlange Huerta. Para este autor, "el dar los motivos de la sentencia, prueba por lo menos un sagrado respeto a la virtud de la justicia, y una sumisión absoluta a la ley (...). El motivar los fallos tiene ya algo de publicidad, y he aquí una de las ventajas de esta práctica. Dispensar al juzgador de razonar los decretos que de sobre la hacienda, vida y honor de los ciudadanos, es autorizarle tácitamente para ejercer la arbitrariedad...."¹²

No es tan claro, sin embargo, que esa dimensión de naturaleza político-general, por así decir erga omnes, de la sentencia, resulte eficazmente traducida en la legislación ordinaria. Por el contrario, parece que en ésta hay más bien una tendencia a entender el deber de motivar como pura exigencia técnica "endoprosesal"¹³, que mira a hacer posible a las partes el ejercicio de la eventual impugnación.

Una confirmación de esta hipótesis puede hallarse para nuestro país en la forma como la Ley de Enjuiciamiento Criminal trata el tema. En efecto, una vez excluido el control casacional de los hechos, el legislador se despreocupa de imponer al juez en la redacción de la sentencia (art.142,2) alguna cautela en garantía de la efectividad del imperativo de

7. T. Hobbes, *Leviatán*, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid 1989, p.258.

8. Cfr. al respecto: F.J. De Lucas Martín, "Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1990, pp.131 y ss.

9. Entre nosotros, como es bien notorio, solo en los últimos años, y trabajosamente, ha empezado a abrirse camino una cierta cultura democrática de la motivación. Con todo, la misma tiende a manifestarse de forma casi exclusiva en las sentencias y, dentro de éstas, preferentemente en la fundamentación jurídica. Así, no son infrecuentes resoluciones como el auto de un juzgado de instrucción de Madrid, que motivaba la denegación de reformar otro previo de archivo de las actuaciones, -fundado a su vez en que "los hechos no revisten caracteres de infracción penal"- en "que las razones alegadas por la parte recurrente no alcanzan a desvirtuar el criterio que movió al instructor para dictar el auto que hoy se impugna..."

10. Sobre los antecedentes del tema, en general, cfr.: M.Ortells Ramos, "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, pp.899 y ss. También F. Ranieri, "El estilo judicial español y su influencia en la Europa del antiguo régimen", en *España y Europa, un pasado jurídico común* (Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común, Murcia 26/28 de marzo de 1985), ed. a cargo de A. Pérez Martín, Universidad de Murcia, Murcia 1986, pp. 101 y ss.

11. Así, T. Sauvel, al referirse a la obra de la Revolución y su reflejo en la materia de que tratamos, pone de manifiesto la existencia de una opinión crítica generalizada en contra de la famosa fórmula "pour les cas résultant du procès", con que los tribunales del antiguo régimen fundaban sus decisiones; y la demanda de que éstas fueran siempre motivadas ("Histoire du jugement motivé", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger*, 1955, pp. 43-44).

Para nuestro país es expresivo el testimonio del diputado en las Cortes de Cádiz, José de Cea, que presentó un proyecto de decreto propugnando que para "quitar a la malicia fraude y arbitrariedad todo pretexto, y asegurar en el público la exactitud, celo y escrupulosidad de los magistrados... en toda decisión... se expongan las razones, causas y fundamentos en que se apoyan... para... las decisiones se funden... sobre el texto expreso de las leyes..." (cit. por Ortells Ramos, en op. cit., p.905).

12. F.Verlanga Huerta, *Procedimiento en materia criminal. Tratado que comprende todas las reglas procesivas de dicha materia respecto a la jurisdicción ordinaria*, tomo I. Librería de Ríos, Madrid 1842, p.426.

13. Así lo entiende para Italia E. Amodio, voz "Motivazione della sentenza penale", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII, Giuffrè, Milán 1977, P.186).

vinculación de la convicción sobre aquéllos al resultado de "las pruebas practicadas en el juicio", contenido el art.741.

Así lo hizo notar Gómez Orbaneja, a cuyo entender, la expresión de ese último precepto "sugiere indebidamente una operación íntima y secreta de que no hubiese que dar cuenta"¹⁴.

Es cierto que una Orden de 5 de abril de 1932, trató de salir al paso de la "práctica viciosa" en que generalmente se traducía la interpretación del art.142 por los tribunales. Pero solo porque ello hacía "prácticamente imposible el normal desenvolvimiento del recurso de casación". De este modo, la preocupación ministerial se circunscribía a la obtención de una adecuada expresión del resultado probatorio y de un correcto deslinde entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, en tanto que elementos necesarios para el juego del control de legitimidad. Pero nada parecido, en el texto de la orden, a la exigencia de que en la sentencia se hicieran explícitos los patrones de valoración y el rendimiento conforme a ellos de cada medio probatorio en el caso concreto. Lo que, en último término, constituye una ulterior confirmación del criterio antes expuesto.

Este mismo criterio encuentra también apoyo autorizado en alguna jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Seguramente en ningún caso en términos tan llamativos como lo hizo la sentencia de 10 de febrero de 1978 (ponente Vivas Marzal), al declarar que "el tribunal debe abstenerse de recoger en su narración histórica la resultancia aislada de las pruebas practicadas...y, con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley la concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones"; añadiendo que "el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del por qué llegó a las conclusiones fácticas..."¹⁵.

Frente a este estado de cosas, la inclusión del deber de motivar en el art. 120,3 de la Constitución, precisamente dentro del título VI dedicado al "poder judicial"; y en un precepto que consagra otras dos fundamentales garantías procesales: la publicidad y la oralidad, no puede dejar de ser significativa. Significativa y totalmente coherente, puesto que, como ha escrito Ferrajoli, estas últimas, junto con la de motivación, son "garantías de garantías", de carácter "instrumental", por tanto, pero condición *sine qua non* de la vigencia de las "primarias o epistemológicas"¹⁶. Del proceso penal, en general,

como vehículo del derecho punitivo.

Es por ello que la motivación como mecanismo de garantía, en un diseño procesal del género del que se expresa en la Constitución de 1978, no puede limitar su funcionalidad al ámbito de las relaciones inter partes, asumiendo necesariamente una función extraprocesal¹⁷.

De esta función, y de la consiguiente inserción de la sentencia en un marco abierto, deriva, a su vez, la apertura de un nuevo ámbito de relaciones, que tiene como sujetos, por un lado, al juez o tribunal, y, por otro, a la totalidad de los asociados, que se constituyen en destinatarios también de la sentencia e interlocutores de aquellos.

Y esto a su vez implica exigencias de naturaleza formal, pero de intenso contenido político-garantista. Porque la sentencia, al (y para) trascender la dimensión burocrática, demanda un estilo diverso del convencional, que tendría que concretarse, en primer lugar, en un lenguaje diferente, adecuado para el nuevo tipo de comunicación, y, probablemente, también en una nueva estructura.

En este contexto, la *quaestio facti* y su tratamiento en la sentencia, más que cobrar otro sentido, es que pueden llegar a adquirir el reconocimiento explícito del que efectivamente tienen: que es ser el momento de ejercicio del poder judicial por antonomasia. Puesto que es en la reconstrucción o en elaboración de los hechos donde el juez es más soberano; más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser -como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo- más arbitrario.

14. En, Gómez Orbaneja y Herce Quemada, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 6a. edición, p.249.

15. Tomo la cita de J.L. Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona 1984, p.507. El autor indica que la sentencia de instancia que fue en este caso el referente de la de casación debió perderse en un injustificado relato de incidencias procesales irrelevante para el fallo, omitiendo, sin embargo, otros datos relevantes. Pero señala también que ese mismo criterio "tiene respaldo en otras muchísimas decisiones del mismo TS, aunque no siempre en términos tan contundentes" (p.508).

16. Estas son la formalización de la acusación, la carga de la prueba y el derecho de defensa. (L. Ferrajoli, *Diritto e ragione, Teoría del garantismo penale*. Laterza, Roma-Bari, 1a. edición 1989, pp. 621 y 632.

17. En este sentido M. Taruffo, "La fisionomía della sentenza in Italia", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Penale*, 1986, p.443.

A tenor de las precedentes consideraciones, cabe preguntarse acerca del contenido de la motivación. Tradicionalmente se han perfilado dos propuestas. Una primera lo identifica con la "individualización del iter lógico-jurídico mediante el que el juez ha llegado a la decisión"¹⁸; una actividad de tipo prevalentemente descriptivo¹⁹.

Del anterior difiere el punto de vista que atribuye a la motivación un carácter más bien justificativo²⁰, que opera como racionalización a posteriori²¹ de la decisión previamente tomada.

En contraste con esas posturas, que tratan de elucidar lo que la motivación es, Ferrajoli ha reclamado recientemente para la actividad motivadora del juez un estatuto esencialmente cognoscitivo, único que puede conferir a la decisión judicial legitimidad política y validez desde el punto de vista epistemológico y jurídico²². A este punto de vista haré referencia con algún pormenor más adelante.

II. HECHOS

Se ha escrito por un magistrado italiano²³ que, del mismo modo que el burgués gentil hombre se sorprendió al conocer que hablaba en prosa, los jueces podrían también experimentar sorpresa si fueran plenamente conscientes de la densidad de las cuestiones epistemológicas y la notable complejidad de los procesos lógicos implícitos en el más elemental de los razonamientos de que habitualmente hacen uso.

La reflexión debe ir más allá porque, en tanto esa conciencia se produce, el discurso judicial -el jurídico-práctico en general- en acto, no puede dejar de acusar negativamente ese lamentable operar sobre un cierto vacío epistemológico, ese acontecer de espaldas a un conocimiento operativo de las propias reglas que lo constituyen.

Esta evidencia resulta todavía más patente en aquella vertiente del razonamiento judicial referida a lo que habitualmente se conoce como "lo fáctico", o "los hechos". Materia, por otro lado, particularmente descuidada en la mayoría de las teorías sobre la interpretación, y abandonada así en buena medida a la subjetividad del intérprete. Por eso Frank pudo escribir con toda razón que "esta "discrecionalidad en cuanto a los hechos" o "soberanía" virtualmente incontrolada e incontrolable, ha pasado por alto a la mayoría de los juristas"²⁴.

Esa actitud ha tenido correspondencia en los textos positivos y, desde luego, en nuestra Ley de E. Criminal y en la jurisprudencia tradicional del

Tribunal Supremo "exoneratoria de toda alegación sobre la convicción formada "en conciencia"²⁵.

El tratamiento judicial que habitualmente reciben los hechos suele reflejar una consideración de los mismos como entidades naturales, previa y definitivamente constituidas desde el momento de su producción, que solo se trataría de identificar en su objetividad. Lo escribió con mucha claridad Fenech, al referirse a ellos como "esos datos fríos de la realidad"²⁶.

Es decir, los datos como lo dado, o sea, esa "realidad o cualidad de alguna realidad, que es dada, y también que está dada, cuando se halla presente a un sujeto cognoscente sin la mediación de ningún concepto"²⁷.

Tal modo de existencia de los hechos para el juez haría posible de manera espontánea, sin mediaciones, una relación de total exterioridad, con el mínimo de implicaciones subjetivas.

18. Al respecto cfr. M. Taruffo, *La Motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padua 1975, p. 417.
19. E. Amodio se ha referido a este punto de vista calificándolo de "falacia descriptivista", en cuya virtud "la motivación externa se convierte en una... descripción que tiene el único fin de hacer conocer lo que el juez ha elaborado 'en su cabeza' " (en op.cit., p.214).
20. Así, también entre nosotros M. Atienza: "Los órganos jurisdiccionales o administrativos, no tienen por lo general, que explicar sus decisiones, sino que justificarlas" (En *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p.23.
21. Así lo entendió Calamandrei, en op. cit., p.125.
22. En op. cit., p.640.
23. Cfr. E. Passone, "Qualche altra riflessione in tema di prova", en *Questione giustizia*. 3/1986, p.721.
24. J. Frank, *Derecho e incertidumbre*, trad. de C.M. Bidegain, revisada por B.R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires 1968, p.70.
25. L.Prieto-Castro y E.Gutiérrez de Cabiedes, *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, Madrid 1976, p.325.
26. M. Fenech Navarro, *Enjuiciamiento y sentencia penal*, Discurso inaugural del año académico 1971-72, Universidad de Barcelona, 1971, p.51. Un punto de vista sobre los hechos, bien diferente, puede verse en C. De la Vega Benayas, *Introducción al Derecho Judicial*, Montecorvo, Madrid 1970, p.191.
27. J. Ferrater Mora, voz "dado", *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial, Madrid 1979, vol. 1, p.705.

contenidos de memoria que incidan sobre la propia actividad, que no tendría que ser menor que el que, más o menos pacíficamente, se acepta debe darse en la que habitualmente se conoce como actividad interpretativa. Es decir, la referida más directamente a las normas.

Del mismo modo que se ha dicho que los enunciados observacionales están cargados de teoría³⁷, en el área de nuestro interés, tendría que decirse que los enunciados fácticos corren, además, el riesgo de estar cargados de derecho. Lo que constituye otra particularidad del proceso de conocimiento de los hechos a tener en cuenta, a la vez que apunta a otro riesgo de contaminación del mismo que no puede ser desatendido por el juez. En efecto, éste trabaja sobre una hipótesis, que es a su vez un punto de vista normativo, puesto que implica la afirmación de que en el caso concreto ha tenido lugar un hecho que es el previsto como supuesto base de un determinado precepto. Ahora bien, aun dentro de ese contexto, y aun en la perspectiva de la evaluación de esa hipótesis, la búsqueda de la verdad ha de ser ajena a otro interés que no sea precisamente ese. Hablo en este caso de interés como interés epistemológico que tiene expresión legal en el principio de presunción de inocencia, criterio-guía que aquí debe jugar como barrera impuesta al intérprete para, no obstante moverse en el marco de una hipótesis normativa, ser capaz de tratar el material empírico que se le suministra por terceros con el máximo de neutralidad y de distancia respecto del derecho sustantivo de eventual aplicación, evitando caer en el riesgo fácil de producir un caso ad hoc³⁸.

Situados en esta perspectiva es evidente que la actividad jurisdiccional presenta un especial grado de dificultad y su ejercicio plenamente responsable demanda un extraordinario nivel de autoconciencia sobre las peculiaridades de la misma.

La mayor parte de los enunciados, como señaló Russell, "está destinada a expresar hechos, que (salvo cuando se trate de hechos psicológicos) versarán acerca del mundo exterior"³⁹. Esta circunstancia en sí misma evidente, y la mayor dificultad de la captación y el tratamiento semántico de los "hechos psicológicos", unida a alguna particularidad de nuestro derecho probatorio, ha llevado a la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a "atribuir a aquellos la inapropiada naturaleza de "juicios de valor" ", como ha puesto de manifiesto Beneytez Merino⁴⁰.

Podrían citarse multitud de resoluciones⁴¹,

pero sirva como ejemplo una sentencia reciente, la de 30 de octubre de 1991 (ponente De Vega Ruiz), que expresa muy bien el punto de vista de referencia, cuando dice que "los juicios de valor suponen, en definitiva, una actividad de la mente y del raciocinio tendente a determinar la intencionalidad del agente o sujeto activo de la infracción en las distintas formas comisivas". Se trataría así de "juicios o "pareceres" de los jueces que indudablemente no deben ser incluidos en el factum de la sentencia por ser meras apreciaciones subjetivas". Es la razón por la que "es en los antecedentes de hecho en donde han de consignarse todas las circunstancias fácticas como soporte de la calificación jurídica, para dejar aquellos juicios de valor, inaprensibles

37. Son bien elocuentes al respecto las palabras de N.R. Hanson: "En cierto sentido, entonces, la visión es una acción que lleva una 'carga teórica'. La observación de x está moldeada por un conocimiento previo de x. El lenguaje o las notaciones usadas para expresar lo que conocemos, y sin los cuales habría muy poco que pudiera reconocerse como conocimiento, ejercen también influencia sobre las observaciones". (En op. cit., p.99).
38. Vale la pena recordar que hace ya casi 20 años L. Ferrajoli advertía del riesgo de forzar la realidad de los hechos, al establecer lo que de ellos resulta "jurídicamente relevante" en cada caso, que acecha siempre a la actividad jurisdiccional. Postulaba "criterios de valoración y de juicio 'factualmente relevantes', es decir adecuados al hecho considerado y tomado en su concreta realidad" ("Magistratura Democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria", en P. Barcellona (ed.) *L'uso alternativo del diritto* (I), Laterza, Roma-Bari 1973, pp. 117-118).
39. B. Russell, "La filosofía del atomismo lógico", en J. Muguerza (ed.), *La concepción analítica de la filosofía I*, Alianza Editorial 1974, p. 145. (Cursiva mía).
40. L. Beneytez Merino, "Juicio de valor y jurisprudencia", en *Poder Judicial*, 2a. época, n. 19, septiembre de 1990, p.15.
41. En general (así, por ejemplo, Moyna Ménguez, 14 junio 1988) se reserva el calificativo de "hecho" para el ánimo o intención de matar, solo cuando existe prueba directa; y se le considera "juicio axiológico o de valor" cuando la prueba es indirecta. O también, Puerta Luis, 27 enero 1992, tratándose de casos similares, se habla de "un hecho psicológico que debe inferirse, al faltar normalmente prueba directa...", con referencia al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes en un delito de receptación. Así parece que la naturaleza de un dato fáctico, por más que de orden psicológico, dependería de factores externos, sobrevenidos, de índole procesal en este caso, como es el tipo de prueba.

por los sentidos, a la vía deductiva que, razonablemente, ha de estar inmersa en los fundamentos de derecho".

Sabido es que lo que busca la opción que expresa este criterio es extender al ámbito del control casacional a determinados aspectos de la sentencia⁴²: los relativos a la motivación sobre la intención y los motivos del agente; a los que se de tratamiento de *quaestio iuris*, para hacerlos entrar dentro del ámbito material del recurso.

Ocurre, sin embargo, que el fin perseguido que en apariencia reforzaría las garantías del enjuiciamiento, impone un precio objetivamente intolerable desde el punto de vista epistemológico, porque esa concepción niega o cuestiona implícitamente, o cuando menos siembra una seria confusión, acerca de la existencia como tal de una dimensión central de la conducta humana: y la posibilidad de acceder a un conocimiento racional de la misma.

Es decir, siguiendo el razonamiento expresado en el fallo que se cita, el único aspecto del comportamiento del que podría predicarse la existencia o inexistencia real, y susceptible por tanto de recibir el calificativo de fáctico, sería el integrado por los actos exteriores, perceptibles u observables de modo sensorial directo⁴³. Solo esa dimensión del comportamiento podría ser tratada mediante proposiciones asertivas, es decir, aquellas de las que cabe afirmar verdad o falsedad, porque sus referentes serían los únicos con posibilidades objetivas de tener o no tener existencia real.

Por contraste, la determinación del carácter intencional o no intencional de la acción o acciones a examen, el elemento subjetivo del delito, resultaría desplazado a un ámbito discursivo diferente, el de los "juicios de valor" ("bueno"/"malo", "bonito"/"feo"), que en cambio son proposiciones carentes de referente empírico. Los mismos, se expresan en lenguaje preceptivo, mediante enunciados que como tales no pueden ser ni verdaderos ni falsos, porque no corresponden a ningún hecho o circunstancia susceptible de verificación. No tiene contenido informativo que pueda ser susceptible de prueba o refutación, sino como su propio nombre indica, contenido simplemente valorativo.

Es cierto, con todo, que en ocasiones puede darse una cierta contigüidad entre lo que son propiamente aserciones relativas a hechos psíquicos y lo que constituyen juicios de valor en sentido propio, acerca de los mismos. Así, cuando a la afirmación de que concurrió un determinado ánimo, que como tal será una proposición de carácter asertivo,

se la acompaña de otra relativa, por ejemplo, a la consideración del mismo como de una especial perversidad.

A este respecto, vale la pena recordar que, como ha escrito Ayer, al valorar una acción "no estoy haciendo ninguna más amplia declaración acerca de ella. Solo estoy poniendo de manifiesto la desaprobación moral que me merece. Es como si dijese "Usted robó ese dinero", con un especial tono de horror, o como si lo escribiese añadiendo determinados signos de exclamación. El tono de los signos de exclamación no añaden nada a la significación literal de la oración. Solo sirven para demostrar que la expresión está acompañada de ciertos sentimientos del que habla"⁴⁴.

En consecuencia, visto el modo de operar de los "juicios de valor", no puede sostenerse, en el plano epistemológico, una diversidad de naturaleza entre la actividad cognoscitiva dirigida a establecer la existencia física de un determinado acto y la que tenga por objeto conocer la dimensión intencional del mismo, es decir, las caras externa e interna de un determinado comportamiento. Que el acceso

42. Esta posición tiene un autorizado exponente en E. Aguilera de Paz: "esa amplia potestad que la ley concede (alude al art. 741 de la Ley de E. Criminal), se refiere tan solo a la apreciación de las pruebas que tengan relación única y exclusivamente con los hechos de la causa y no las que se contraigan a los elementos morales o jurídicos relativos a ellos" porque "según se expuso en sentencia (del Tribunal Supremo) de 7 de abril de 1902, recaída en causa por delito de estafa, respecto a la apreciación del engaño" estaba justificado el cuestionamiento por la vía del recurso de casación, "supuesto que éste (el engaño) no es un hecho porque no pertenece a la esfera de los sucesos reales perceptibles por los sentidos, sino una mera deducción de carácter jurídico, mediante la cual se puede llegar a la averiguación de si el agente, al ejecutar los hechos estimados como ciertos en la sentencia, procedió o no con ánimo doloso y con voluntad contraria a derecho, infiriendo lógicamente por los mismos datos de la sentencia lo que hubiera de simulación o fraude en los actos por aquél realizados, pues, de lo contrario, se desnaturalizarían los preceptos de la ley y se haría ineficaz, en muchos casos, el recurso de casación" (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Editorial Reus, Madrid, 2a. ed. 1924, vol.V, pp.558).

43. Cabe advertir en este punto de vista una clara expresión del que los autores han designado como "inductivismo ingenuo" (cfr. A.F. Chalmers, ¿Qué es esa cosa llamada ciencia?, trad. de E. Pérez Sedeño y P.l López Máñez. Siglo XXI Editores, pp.12 y ss.).

44. A.J. Ayer, Lenguaje, verdad y lógica, trad. de M. Suárez, Ediciones Martínez Roca, Barcelona 1971, pp.124-125.

a esta última pueda suponer un mayor grado de dificultad y que su determinación demande mayor cuidado o finura en la observación o en el análisis, no implica una distinta naturaleza de la actividad⁴⁵.

Podrá decirse que, más allá de lo afortunado o desafortunado de algunas formulaciones, sería impensable que, por su obviedad, la existencia como tal de los factores intencionales pudiera resultar desconocida y menos negada por la tesis jurisprudencial de referencia. Pero aun admitiendo que así fuera, no por ello dejaría de resultar pertinente la crítica. Cuando menos por dos razones fundamentales.

La primera es que al atribuir a aquellas determinaciones el carácter de "juicio de valor", se opera el desplazamiento de las mismas a un campo especialmente connotado por la subjetividad menos controlable. El juez, no vendrá obligado a expresar que y por qué infiere que- algo ha contado con existencia real como parte o forma de un comportamiento ajeno; sino tan solo a afirmar y en el mejor de los casos razonar su particular convicción, el por qué de la atribución de una determinada condición, que como tal (parece que en esa concepción) carecería de propia existencia empírica. Como recuerda Castilla del Pino, al tratarse de una estimación, "ésta ya no pertenece al objeto sino al sujeto de la proposición"⁴⁶.

La segunda es que se trata impropriamente como deducción a un razonamiento que no tiene ese carácter. Porque, en efecto, derivar de datos empíricos obtenidos mediante el análisis de los rasgos de un determinado comportamiento, que el mismo respondía a un cierto propósito: "la presencia en el agente de una determinada intención y (aún puede que) de una actitud cognoscitiva relativa a los medios conducentes al fin"⁴⁷, tiene la condición de una inferencia inductiva. Como se sabe, el razonamiento deductivo presupone la existencia de una ley de valor universal, que permite, mediante la subsunción en ella de un supuesto particular y si se observan determinadas reglas lógicas, llegar a una conclusión, que es verdadera si lo son las premisas. Algo que no sucede en el razonamiento inductivo, en el que falta ese supuesto y cuya conclusión al ir más allá de las premisas, propicia una diferente calidad de conocimiento.

Esto último, aparte de privar a un discurso institucional de tanto relieve del exigible rigor, produce confusión acerca, no solo del carácter de algunos aspectos de la conducta humana, sino también -y quizá sobre todo- de la naturaleza, del grado o la calidad de conocimiento, que el juez puede llegar a obtener por la vía de los impropriamente caracteri-

zados como "juicios de valor", que, es evidente, nunca pasará de ser conocimiento probable y no deductivamente cierto.

Este aspecto de la cuestión goza a mi juicio de un relieve que no cabe desconocer, por lo importante que resulta que el juez tenga plena constancia del rendimiento de los instrumentos que utiliza, de la relatividad de los resultados, y que asuma su función como lo que debe ser realmente; antes que nada, una indagación cuidadosa sobre la existencia o inexistencia real de determinados datos de experiencia, en lo que, como luego veremos, nunca podrá contar con el auxilio de tranquilizadoras leyes de validez universal capaces de dar a sus inferencias consistencia axiomática.

Beneytez Merino, que como ya se anticipó, es autor de un encomiable esfuerzo -el primero- de clarificación en este campo, ha sugerido designar a los aludidos supuestos "juicios de valor", "juicios de inferencia"⁴⁸. Propuesta que ha tenido una acogida peculiar -acogida peculiar, porque ahora, con frecuencia, simplemente se escribe "los juicios de valor o juicios de inferencia"-, tanto en la propia jurisprudencia de la Sala Segunda, como por algunos autores; para seguir sosteniendo -bajo diferente etiqueta- la misma actitud metodológica que se ha

45. "Decir que hay intencionalidad en la conducta es sugerir algo a la vez importante y que se presta con facilidad a equívocos. La formulación acierta al poner de relieve que la intencionalidad no es algo que queda 'detrás' o 'fuera' de la conducta. (...) Lo equívoco de la formulación reside en sugerir una 'localización' de la intención, su confinamiento en un ítem de conducta determinado, como si se pudiera descubrir la intencionalidad mediante una inspección de movimientos. (...) la conducta adquiere su carácter intencional del hecho de ser vista por el propio agente o por un observador externo en una perspectiva más amplia, del hecho de hallarse situada en un contexto de objetivos y creencias". (G. H. von Wright, *Explicación y comprensión*, trad. de L. Vega Reñón, Alianza Editorial, Madrid 1980, p.140).

46. C. Castilla del Pino, *Introducción a la hermenéutica del lenguaje*, Península, 1972, p.178.

Como dice el autor las proposiciones estimativas "desempeñan una función extensiva, no respecto del referente u objeto externo, o supuestamente externo (...) sino del referidor o hablante. O de otra forma, son palabras que expresan respecto del sujeto hablante, lo sepa o no lo sepa él. "Por contraste con la proposición indicativa que es "un juicio de hecho verdadero o falso" (En op. cit., pp. 101 y 103).

47. G.H. von Wright, op. cit., p.134.

48. En op. cit., p.14.

criticado⁴⁹. Pero, si se analiza el sentido de los términos, no parece que la opción sea en sí misma demasiado afortunada, como intento de descripción de la operación intelectual del juez, que nos preocupa, puesto que juicio en este contexto es equivalente a "acto mental por medio del cual pensamos un enunciado"; o incluso "la afirmación o la negación de algo (de un predicado) con respecto a algo (un sujeto)"⁵⁰. E inferencia no es sino "un proceso en el cual se llega a una proposición y se la afirma sobre la base de otra u otras proposiciones aceptadas como puntos de partida del proceso"⁵¹. Con lo que resulta que la expresión "juicio de inferencia" es anfibológica, puesto que podría designar lo mismo a la argumentación deductiva que a la inductiva, para significar algo tan impreciso e incluso tautológico como "juicio de razonamiento". Por ello, quizá sería lo más sencillo hablar simplemente de inferencia inductiva, porque cumple con la función descriptiva a que aspira todo acto de denotación; y porque no sugiera, como no debe sugerir, diferencia alguna de método en el modo de operar, por razón del objeto.

III. RECONSTRUCCION JUDICIAL DE LOS HECHOS, MODELOS DE REFERENCIA

1. El historiador

La asimilación del trabajo del juez en la *quaestio facti* al del historiador, ha sido una constante, a partir de un conocido trabajo de Calamandrei⁵². Este autor señaló la existencia de importantes similitudes en el modo de proceder de ambos operadores: uno y otro estarían llamados a "indagar sobre los hechos del pasado y a declarar la verdad sobre los mismos" mediante "una obra de elección y construcción sobre "datos" preexistentes"⁵³. Ahora bien, esta constatación no podía ocultar algunas diferencias de relieve. Entre ellas y, sobre todo, la determinada por la situación estatutaria de pasividad del juez, que es garantía de una "imparcialidad desapasionada" que nunca estará al alcance del historiador: éste elige el tema y "en la elección del tema está ya la confesión de una preferencia y en la formulación del problema se encuentra ya implícito el criterio de la solución"⁵⁴.

Por lo demás, sigue apuntando Calamandrei, mientras el juez tiene limitadas también normativamente las fuentes de conocimiento (es el caso, por ejemplo, de la "ciencia propia"), el historiador "no

sabría resignarse nunca a cerrar los ojos a la verdad, únicamente porque el sendero que lo ha conducido hasta ella no esté indicado en los mapas oficiales"⁵⁵. Además, en fin, donde este último podría legítimamente expresar una actitud de incertidumbre, el juez estaría siempre obligado "a toda costa a llegar a una certeza oficial"⁵⁶.

También Calogero se ocupó de señalar la analogía de ambos modelos; incidiendo en una particularidad metodológica y es que: "como el historiador, también el juez se encuentra con el hecho no como una realidad ya existente, sino como algo a reconstruir"⁵⁷.

A pesar de lo sugestivo de la consideración comparativa, hay aspectos de la función del juez que condicionan desde fuera su forma de relación con los hechos y que no pueden dejar de apuntarse, aunque sea esquemáticamente. Nobili⁵⁸ se ha manifestado en ese sentido, haciendo hincapié, en primer lugar, en el carácter eminentemente práctico de la orientación del juez. En efecto, el interés que mueve su actuación no es puramente gnoseológico, en la medida en que la averiguación de la verdad tiene que ver con la resolución de un conflicto. Por otro lado, esa búsqueda está también interferida por el momento normativo. Y esto no solo porque tenga

49. Así, en el caso de J.M. Luzón Cuesta, *La presunción de inocencia ante la casación*, Colex, Madrid 1991, p. 23-24. Y también, por ejemplo en la sentencia de la Segunda de 18 de noviembre de 1991 (ponente De Vega Ruiz).

50. La primera es la acepción, de entre todas las posibles, por la que se decanta J. Ferrater Mora, que también relaciona, entre otras varias, la segunda que se recoge (en op. cit., vol. II, pp. 1821-1822).

51. Así, I. M. Copi, *Introducción a la lógica*, trad. de N. Miguez, Eudeba, Buenos Aires 1962, p.20.

52. P. Calamandrei, "El juez y el historiador", en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1961, pp.107 y ss.

53. En op. cit., p.107.

54. En op. cit., p.112.

55. En op. cit., p.114.

56. En op. cit., p.116.

57. G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Cedam, Padua, 2a. ed. 1964, p.129.

58. M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milán 1974, p.49.

que conducirse por cauces más o menos predeterminados, como se ha visto, sino porque la cuestión sobre la que el juez está obligado a pronunciarse, incluso en su dimensión fáctica, suele estar profundamente teñida de aspectos de valor y la indagación judicial siempre se da en función de una hipótesis necesariamente normativa.

Con todo, este juego de búsqueda de analogías y matices diferenciales, deja prácticamente intacto un aspecto de fondo que, en este caso es el que más interesa. Lo ha puesto de manifiesto Taruffo, al decir que así no se obtiene "ninguna indicación en torno al procedimiento en el que la investigación se exterioriza, ni precisa las características de lo que es objeto de la misma, ni aclara en qué consisten los datos en que se funda". Y es que, por esa vía se da "solo en apariencia una solución al problema del juicio de hecho, mientras en realidad no se analiza la estructura lógica del procedimiento"⁵⁹.

Ese paso lo ha dado recientemente Ferrajoli⁶⁰. Este autor comparte el ya aludido clásico punto de vista de que el juez tiene que vérselas con una forma particular de verdad histórica, puesto que no está a su alcance la observación directa de las conductas objeto de enjuiciamiento. Pero, señala, la investigación judicial "no consiste solo en la recogida de datos y piezas de convicción, sino sobre todo en experimentar y producir nuevas fuentes de prueba"; de manera que "lo que el juez experimenta no son los hechos delictivos objeto del juicio, sino sus pruebas".

Ello, es decir, el intento de determinación de los hechos "probados" del pasado, a través del análisis de hechos "probatorios" del presente, confiere a la actividad las características de la inferencia inductiva.

Ahora bien, una inferencia inductiva peculiar en determinados aspectos, de los que algunos ya han quedado señalados. Y que cuenta además con otro relevante elemento diferencial y es que en la inferencia inductiva que realiza el juez cobra un valor esencial de signo positivo la falacia del argumentum ad ignorantiam, que se comete "cuando se sostiene que una proposición es verdadera simplemente sobre la base de que no se ha demostrado su falsedad (...) y que es falaz en todos los contextos excepto en uno: la corte de justicia"⁶¹. Es el principio de presunción de inocencia, al que ya aludió Calamandrei, al caracterizar al in dubio pro reo como instrumento preclusivo de la perplejidad del juez⁶², que, juega ahora un papel central en la epistemología judicial, en la que no se limita a operar como regla de juicio, sino como verdadero eje del sistema.

2. El detective

La búsqueda de puntos de referencia metodológica que puedan ser analógicamente explicativos de la naturaleza del trabajo del juez en materia de hechos, no se ha detenido en su asimilación al historiador.

Como es bien sabido, la investigación judicial parte de la constatación empírica de que se ha producido un determinado resultado. Un resultado anómalo, es decir, que rompe la normalidad. Desde esa evidencia primaria, llevada al juez habitualmente con un conjunto de otros datos, éste tratará de reconstruir el caso en la totalidad de sus elementos integrantes.

Este modo de proceder a partir de indicios⁶³, guarda relación con el modelo de la semiótica médica (donde el "indicio" es el "síntoma"), pero presenta también una cierta homología con el "razonar hacia atrás" de Sherlock Holmes.

Por eso, no tiene nada de extraño que filósofos y semiólogos se hayan ocupado del método de investigación criminal del personaje de Doyle con profundo interés⁶⁴; creyendo haber encontrado en él una expresión del pensamiento del Ch.S. Peirce acerca de la hipótesis o abducción⁶⁵.

Más recientemente Fassone⁶⁶, siguiendo las

59. M. Taruffo, "Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche", en Rivista di Diritto Processuale, 1967, p. 445.

60. En op. cit., pp. 25-26.

61. Cfr. I.M. Copi, op. cit., p.65.

62. En op. cit., p.116.

63. Indicio: "cualquier cosa que indica la posibilidad de que haya existido, exista, haya ocurrido o vaya a ocurrir cierta cosa" (M. Moliner. Diccionario de uso del español, Gredos, Madrid 1977).

64. Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce. U. Eco y T. A. Sebeck (eds.), Bompiani, Milán 1983, (hay trad. castellana de E. Busquets, Lumen, Barcelona 1989), es un buen ejemplo. Puede verse asimismo T. A. Sebeck y J. Umiker-Sebeck, Sherlock Holmes y Charles S. Peirce. El método de investigación, trad. L. Guell, revisión de J. M. Pérez Tornero, Ediciones Paidós, Barcelona 1987. (Este libro contiene en realidad lo que es el trabajo inicial de los reunidos en el anterior).

65. Cfr. la voz "Abducción", en J. Ferrater Mora, op. cit., I, pp.12-14.

66. En op. cit.

observaciones de Eco⁶⁷ sobre el particular, ha llevado directamente el punto de vista de Peirce al terreno de la reflexión sobre la prueba judicial.

En este planteamiento, el juez opera en su averiguación a partir del conocimiento del resultado y de una regla que actúan como premisas.

Ahora bien, tal regla no es equivalente a la ley general del razonamiento deductivo. Esta se halla bien determinada y contiene en sí misma toda la información relevante; así, operar la subsunción del caso concreto, es una simple aplicación, "una mera explicitación del contenido semántico de las premisas"⁶⁸, que, si se hace con el necesario rigor formal, garantiza la validez del resultado. Pero no produce aumento de saber empírico, es decir, no permite ir hacia adelante en el conocimiento, descubrir algo nuevo.

La abducción se caracteriza, en cambio, porque ella "mira a encontrar, junto al caso, también la regla"⁶⁹. Esta puede ser de más o menos fácil localización, pero nunca susceptible de simple aplicación con lo garantía del resultado que cabe esperar en el caso de la deducción. Aquí el valor de verdad no está plenamente garantizado por la validez de las premisas, por eso existe un riesgo.

En resumen, en el razonamiento deductivo, como se sabe, se dispone de una premisa mayor, que es una regla a cuya naturaleza ya se ha aludido; y de una premisa menor, a partir de las cuales se obtiene una conclusión en la forma también expuesta.

En la abducción, lo primero que se conoce es la conclusión, (Fulano ha sido hallado con un cuchillo clavado en el corazón), que es justamente el punto de arranque del razonamiento. Se tiene o se puede llegar, además, al conocimiento de ciertas reglas (máximas de experiencia) -sobre cuyas particularidades se hablará más adelante- que pueden hallarse más o menos codificadas, ser más o menos precisas, más o menos experimentadas, de mayor o menor nivel de generalidad. Pero de su aplicación, una vez identificadas, no se deriva una conclusión necesariamente válida, sino solo probable.

Porque, en suma, como escribió Peirce, mientras "la deducción prueba que algo tiene que ser (...), la abducción sugiere meramente que algo puede ser"⁷⁰. En nuestro caso, una relación histórica, puesto que está referido a un momento pasado, y es la que se trata de establecer, entre un hecho y el acto causal.

Buscando precisar la diferencia entre la inducción y la abducción, el propio Peirce añadía que una y otra, naturalmente "conducen a aceptar una

hipótesis en cuanto los hechos observados aparecen como consecuencias necesarias o probables de tales hipótesis", pero "la abducción toma su punto de partida de los hechos, sin tener, al principio, a la vista alguna particular teoría, aunque se encuentre motivada por la sensación de que se requiere una teoría para explicar hechos sorprendentes. La inducción parte de una hipótesis que parece sugestiva sin tener al inicio algún hecho en particular a la vista, aunque se tenga la sensación de la necesidad de hechos para sostener una teoría. La abducción busca una teoría. La inducción busca hechos. En la abducción la consideración de los hechos sugiere la hipótesis. En la inducción el estudio de la hipótesis sugiere los experimentos que hacen la luz sobre los hechos auténticos a los que la hipótesis se refiere"⁷¹.

De esta cita de Peirce puede extraerse una conclusión elemental, que en ningún caso sería polémica; cualquiera que fuera la relación que llegue a establecerse entre inducción y abducción, ambas serían siempre formas de inferencia ajenas al modelo deductivo, es decir sintéticas, cuyo resultado es innovador con respecto al contenido de las premisas y, por eso, siempre arriesgado.

Por otra parte el drástico criterio de demarcación de que Peirce hace uso para distinguir entre ambos modelos, en función del punto de partida (hipótesis/hecho) y del objetivo (hechos/teoría), ha sido seriamente cuestionado⁷².

67. U. Eco, "Corna, zoccoli, scarpe. Algune ipotesi su tre tipi di abduzione", en E. Eco y T.A. Sebeck (eds), cit., pp.237 y ss.

68. M. A. Bonfantini y G. Proni, "To guess or not to guess?", en U. Eco y T.A. Sebeck (eds), cit. p.152.

69. U. Eco, en op. cit., p.244.

70. Ch. S. Peirce, *El hombre un signo*. (El pragmatismo de Peirce), traducción y notas de J. Vericat, Editorial Crítica, Barcelona 1988, p. 136.

71. Ch. S. Peirce, cit. por T.A. Sebeck y J. Umiker-Sebeck, "Voi conoscete il mio metodo": un confronto fra Charles S. Peirce e Sherlock Holmes, en U. Eco y T.A. Sebeck, *Il segno dei tre*. cit., p. 44.

72. Así, por ejemplo, N.R. Hanson: "Muchos rasgos de la resolución de problemas reales por parte de la gente ordinaria y de los científicos ordinarios, exige la comprensión de los criterios en virtud de los cuales pueden distinguirse las buenas razones de las malas razones. Mucho antes de que un investigador haya acabado su investigación, haya solucionado su problema y haya escrito finalmente su informe de investigación, debe haber habido muchas ocasiones en las que se ha visto forzado a usar su cabeza, a invocar

En fin, y para lo que aquí interesa, importa señalar que en el caso del juez del enjuiciamiento, es cierto que su inferencia lleva de un caso particular a un caso particular, de un hecho a otro hecho. Pero, en el punto de partida, existe ya una hipótesis (la hipótesis acusatoria) que avanza una propuesta de interpretación del hecho motivador de la apertura del proceso. Y, desde luego, la indagación judicial no lleva a la construcción de teorías.

De este modo, cabe concluir con Besso Mar-

cheis que "el razonamiento abductivo puede proponerse como un modelo útil de descripción de momentos diversos y anteriores respecto al de la valoración de las pruebas y resulta, así, de utilidad bastante limitada a los fines de nuestro discurso"⁷³. Por eso, y como enseguida se expone, siguiendo a Ferrajoli, parece que se puede dar cuenta de la estructura del operar judicial acudiendo al modelo inductivo.*

su razón, y a decidir entre las especulaciones que parecían potencialmente fructíferas y las que no lo parecían." (en op. cit., pp.52).

73. C. Besso Marcheis, "Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, 1991, p. 1138.

- * En el próximo número de la Revista se publicará la Segunda Parte de este trabajo.

PRUEBAS ILICITAS *

Ada Pellegrini Grinover
Profesora Titular de Proceso Penal
de la Facultad de Derecho
de la Universidad de San Pablo (Brasil)

SUMARIO:

1 - Límites al derecho a la prueba	21	7 - Teoría de la proporcionalidad y prueba ilícita "pro reo"	24
2 - Método probatorio y legalidad en el régimen de la prueba	21	8 - La inadmisibilidad de las pruebas ilícitas en el derecho brasileño	24
3 - El error de "verdad material" como libertad absoluta del juez penal	22	9 - Las balizas de exclusión de la Constitución brasileña	25
4 - Pruebas ilícitas: ubicación del tema	23	10 - Las consecuencias de la admisión de la prueba ilícita; su ineficacia	26
5 - Las pruebas ilícitas: límites del tema	23	11 - Conclusiones	27
6 - La inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos	24		

1 - Límites al derecho a la prueba.-

El derecho a la prueba, aún cuando se halla constitucionalmente asegurado, por estar inserto en las garantías de la acción y de la defensa y el contradictorio, no es absoluto, reconociendo límites.

Son ejemplos de esos límites los impedimentos para deponer de personas que, en razón de función, ministerio, oficio o profesión, deben guardar secreto (art. 207 CPP); o la negativa a deponer consentida a los parientes y afines del acusado (art. 206 CPP); o las restricciones a la prueba establecidas en la ley civil, cuando se trata del estado civil de las personas (art. 155 CPP).

Es que los derechos humanos, según la moderna doctrina constitucional, no pueden ser entendidos en sentido absoluto, a la luz de la natural restricción resultante del principio de convivencia de las libertades, por lo que no se permite que cualquiera de ellas sea ejercida de modo dañoso al orden público o a las libertades ajenas. Las grandes líneas evolutivas de los derechos fundamentales, después del liberalismo, acentuaron la transformación de los derechos individuales en derechos humanos inscritos en la sociedad. De tal modo que no es más en relación exclusivamente con el individuo,

sino en el enfoque de su inserción en la sociedad que se justifican, en el Estado social de derecho, tanto los derechos como sus limitaciones.

Otro orden de consideraciones también lleva a la necesidad de colocar límites al derecho a la prueba: el proceso solo puede hacerse dentro de una escrupulosa regla moral, que rige la actividad del juez y de las partes.

Por eso es que el Código de Proceso Civil y el Código de Proceso Penal Militar, en reglas consideradas superlativas y aplicables a todo y cualquier proceso, consideran inadmisibles los medios de prueba moralmente ilegítimos (art. 132 CPC) o que atenten contra la moral y la seguridad individual o colectiva (art. 293 CPPM).

Y es precisamente en el proceso penal, donde resalta la libertad individual, que se torna más nítida la necesidad de poner límites a la actividad instructoria. La dicotomía "defensa social-derechos individuales" asume frecuentemente connotaciones dramáticas en el juicio penal y la obligación del Estado de sacrificar en la menor medida posible los derechos de la personalidad del acusado se trans-

* Traducido del portugués por Elpidio Ramón Monzón

forma en la piedra de toque de un sistema de libertades públicas.

2 - Método probatorio y legalidad en el régimen de la prueba.

Es por eso que la investigación y la lucha contra la criminalidad deben ser conducidas de cierta manera, de acuerdo con un rito determinado, en la observancia de reglas pre-establecidas. Si la finalidad del proceso no es la de aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable. El método a través del cual se indaga debe constituir, por sí solo, un valor, restringiendo el campo en que se ejerce la actuación del juez y de las partes.

Así entendido, el rito probatorio no configura formalismo inútil, transformándose por sí mismo en una finalidad legal, en una exigencia ética a ser respetada, en un instrumento de garantía para el individuo. La legalidad en el régimen de la prueba no indica un retorno al sistema de la prueba legal, sino que señala la defensa de las formas procesales en nombre de la tutela de los derechos del acusado: las viejas reglas de la prueba legal se presentaban como reglas para la mejor investigación de la verdad; su valor era un valor de verdad. Hoy, bien por el contrario, las reglas probatorias deben ser vistas como normas de tutela de la esfera personal de libertad: su valor es un valor de garantía.

De dos maneras puede ser regulado el sistema de legalidad de las pruebas: podemos establecer, positivamente, determinadas modalidades para la admisibilidad de las pruebas; o el material probatorio puede ser seleccionado, negativamente, a través de una serie de reglas de exclusión.

Corresponde destacar que una cosa son las reglas legales sobre valuación judicial, hoy superadas y otra, bien distinta, son las reglas de admisibilidad o de exclusión de determinados medios de prueba. Estas últimas deben ser aceptadas y establecidas aunque en el plano de investigación de los hechos puedan representar algún sacrificio.

3 - El error de la "verdad material" como libertad absoluta del juez penal.

El concepto de verdad material como principio atinente a la investigación probatoria, fue objeto de polémicas ya clásicas por parte de los estudiosos del proceso civil y del proceso penal.

La prueba penal es una reconstrucción histórica: es irrelevante que los hechos sean incontrovertidos y a pesar de la conformidad de las partes el juez penal debe investigar siempre, con la finalidad de recoger la prueba que pueda hacerle conocer los hechos reales y verdaderos. Por eso se dice que en el proceso penal no rige la verdad formal sino la verdad material. Más, en todos los sectores de conocimiento la noción de verdad está constantemente condicionada a aquella serie de valores que se traducen por el método a través del cual se desenvuelve su búsqueda.

La dicotomía "verdad material-verdad formal", que podría resultar simplemente imprecisa, pero no provocadora de serias consecuencias negativas, se transforma en algo más grave, terminando por perjudicar la teoría y la práctica penal.

Es que, según una posición o postulado básico sobre el cual se cimienta todo el sistema procesal penal éste es presentado bajo el criterio de preeminencia de la pretensión punitiva, como expresión de autoridad estatal y por el principio de búsqueda de la verdad material.

La libertad del juez penal fue vista como instrumento esencial para la realización de la pretensión punitiva del Estado; el juez penal, a diferencia del juez civil, debería estar dotado de poderes ilimitados, a los efectos del ajuste de los hechos, porque el descubrimiento de la verdad, obtenida de cualquier forma, es la premisa indispensable para alcanzar el fin de la "defensa social". Y es así que la búsqueda de la verdad se transforma en un valor más precioso que la protección de la libertad individual.

A esta posición se responde demostrando que, tomado ese camino, se perderá fatalmente el sentido de cualquier límite y la verdad absoluta se tornaría un mito que corresponde al ilimitado poder del juez.

Es suficiente un instante de reflexión para percibir que el modo de proceder no puede valer más que el resultado. Dos procesos pueden ser imaginados: uno, en que la dignidad del hombre es envilecida; otro, en el que es respetada. Este último hace tolerables hasta los mismos errores inevitables.

Por eso es que el término "verdad material" debe ser tomado en su sentido correcto: por un lado, en el sentido de la verdad sustraída a la influencia que las partes, por su comportamiento procesal, quieran ejercer sobre ella; por otro lado, en el sentido de una verdad que, no siendo "absoluta" u "ontológica" ha de ser antes que nada una verdad

judicial, práctica, y sobre todo, no una verdad obtenida a cualquier precio, sino una verdad procesalmente válida.

4 - Pruebas ilícitas. Ubicación del tema.

La cuestión de la denominada "prueba ilícita" se ubica, jurídicamente, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisibles en el procedimiento probatorio y, desde el punto de vista de la política legislativa, en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta investigación.

La prueba ilícita (u obtenida por medios ilícitos) se encuadra en la categoría de prueba prohibida.

La prueba es prohibida siempre que sea contraria a una específica norma legal, o a un principio de derecho positivo.

Mas la prohibición puede ser establecida ya sea por la ley procesal, ya sea por la norma sustancial (por ejemplo constitucional o penal); puede, también, ser expresa o puede ser implícitamente deducida de los principios generales.

En el campo de las prohibiciones de la prueba, la tónica está dada por la naturaleza procesal o sustancial de la prohibición: ésta tiene naturalezas exclusivamente procesal cuando fue puesta en función de intereses atinentes a la lógica y la finalidad del proceso; tiene, por el contrario, naturaleza sustancial, cuando, aún sirviendo mediatamente también a intereses procesales, está colocada esencialmente en función de los derechos que el ordenamiento reconoce a los individuos, independientemente del proceso.

La distinción es relevante: la violación del impedimento configura, en ambos casos, una ilegalidad; mas, en tanto en el primero habrá un "acto ilegítimo", en el segundo habrá un "acto ilícito" o inexistente.

Acompañando esa terminología, se dice que la prueba es ilegal toda vez que su obtención configure violación de normas legales o de principios generales del ordenamiento de naturaleza procesal o material. Cuando la prohibición fue colocada por una ley procesal, la prueba será ilegítima (o ilegítimamente producida); cuando, por el contrario, la prohibición fue de naturaleza material, la prueba será ilícitamente obtenida.

Para la violación del impedimento meramente procesal basta la sanción erigida a través de la nulidad del acto cumplido y de la ineficacia de la decisión que se funde sobre los resultados de la intro-

ducción. Mas el punto que da origen a mayores discusiones es aquel atinente a la relevancia de las pruebas cuya obtención constituya acto materialmente ilícito.

Por prueba ilícita, en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación como derecho a la intimidad.

Constituyen, también, pruebas ilícitas las obtenidas con violación del domicilio (art. 5, XI, CF), o de las comunicaciones (art. 5, XII, CF); las conseguidas mediante tortura o malos tratos (art. 5, II, CF); las recogidas infringiendo la intimidad (art. 5, X, CF), etc.

La tutela constitucional de la intimidad, de la honra o de la imagen personal parece justificar, ahora más que nunca, la negativa del sospechoso o del acusado a someterse a exámenes de partes íntimas, así como a pruebas degradantes como el "bafómetro", toda vez que nadie puede ser obligado a producir pruebas contra sí mismo.

5 - Las pruebas ilícitas: límites del tema.

El tema, así ubicado, está limitado en su contenido en cuanto a la oportunidad a lo dicho respecto del acto ilegal.

El momento oportuno es aquel de la operación a través de la cual la prueba es obtenida para ser producida en el proceso: momento normalmente anterior y de cualquier modo externo con relación a aquellos en que se descompone el propio procedimiento probatorio.

Las actividades procesales concernientes a la prueba se desdoblán en cuatro momentos. Las pruebas son: a) Propuestas (indicadas o requeridas); b) Admitidas (cuando el juez se pronuncia sobre su admisibilidad); c) Producidas (introducidas en el proceso); d) Apreciadas (valoradas por el juez).

El problema de las pruebas ilícitas, así delimitado, está circunscrito a la ilegalidad propia de un acto anterior o no coincidente con el de la producción en juicio; por otro lado, no concierne al problema del contenido y de la veracidad de la prueba, el cual se proyecta al ámbito de su valoración.

El tema ofrece dos aspectos distintos, uno de derecho sustancial y otro de derecho procesal. El primero concierne a la constatación del acto ilícito; el segundo relativo a la admisibilidad y, en la hipótesis de su introducción en el proceso, a la utilización de la prueba ilícita.

6 - La inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos.

La doctrina y la jurisprudencia de diversos países oscilaron durante algún tiempo en cuanto a la admisibilidad procesal de las pruebas ilícitas. De la posición inicial, que admitía la prueba relevante y pertinente, preconizando apenas la sanción del responsable por el acto ilícito (penal, civil o administrativo) practicado en la recolección ilegal de la prueba, llegóse a la convicción de que la prueba obtenida por medios ilícitos debe ser borrada del proceso, por más relevantes que sean los hechos por ella aportados, una vez subsumida en el concepto de inconstitucionalidad, por vulnerar normas o principios constitucionales -como por ejemplo la intimidad, o el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la propia integridad y dignidad de la persona.

La teoría, hoy dominante, de la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas, aprehendidas en infracción a principios o normas constitucionales, viene, no obstante, atenuada por otra tendencia, que apunta a corregir posibles distorsiones a que podría llevar la rigidez de la exclusión en casos de gravedad excepcional. Trátase del denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, o sea, de un criterio de proporcionalidad, en cuyo caso los tribunales de Alemania Federal, siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, admiten la prueba ilícita, buscándose un principio de equilibrio entre valores fundamentales enfrentados o contrapuestos.

Es importante observar que el principio alemán de proporcionalidad recuerda la construcción jurisprudencial de razonabilidad, tan importante y significativa en los pronunciamientos de la Suprema Corte Americana.

Excusado es decir que, reconociendo en buena hora que el subjetivismo ínsito en el principio de la proporcionalidad puede acarrear serios riesgos, algunos autores tienen admitido que su utilización podría transformarse en un instrumento necesario para la salvaguarda y mantenimiento de valores conflictivos, desde que aplicado única y exclusivamente en situaciones tan extraordinarias llevaría a resultados desproporcionados, inusitados y repugnantes si no se admitiera la prueba ilícitamente obtenida.

7 - Teoría de la proporcionalidad y prueba ilícita "pro-reo".

Además, no deja de ser, en último análisis,

manifestación del principio de proporcionalidad la posición prácticamente unánime que reconoce la posibilidad de utilización, en el proceso penal, de la prueba favorable al acusado, aunque haya sido obtenida en infracción a derechos fundamentales suyos o de terceros.

Trátase de la aplicación del principio de la proporcionalidad, en la óptica del derecho de defensa, también constitucionalmente asegurado, y de modo prioritario en el proceso penal, basado íntegramente en el principio "pro-reo".

Más allá de lo dicho, cuando la prueba, aparentemente ilícita, es obtenida por el propio acusado, se tiene entendido que la ilicitud es eliminada por causas legales, como la legítima defensa, que excluye la antijuricidad.

Así, en la jurisprudencia y en la doctrina extranjera, se ha reconocido la conducta de la persona que graba subrepticamente su conversación con tercero para demostrar su propia inocencia.

8 - La inadmisibilidad de las pruebas ilícitas en el derecho brasileño.

Durante algún tiempo, estuvo dividida la doctrina brasileña respecto de la admisibilidad procesal de las pruebas ilícitas. Además, en lo tocante a la prueba civil aplicable al derecho de familia, se puede afirmar asimismo que hasta la Constitución de 1988, preponderaba la teoría de la admisibilidad.

Igualmente en otros campos (civil y penal) todavía hay quienes preconizan la admisibilidad procesal de las pruebas ilícitas, atemperada, por muchos autores, por el principio de la proporcionalidad.

Igualmente preponderante es la posición que, en tanto contraria a la admisibilidad procesal de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, abre la excepción, en el proceso penal, a la prueba ilícita cuando es utilizada en favor del reo (ver retro No.7).

Las Mesas de Proceso Penal, actividad ligada al Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo, tomaron posición sobre la materia en las siguientes conclusiones:

Conclusión No.48 - Denomínanse ilícitas las pruebas obtenidas en infracción a normas y principios de derecho material.

Conclusión No.49 - Son procesalmente inadmisibles las pruebas ilícitas que infringen normas y principios constitucionales, aún cuando fueran relevantes y pertinentes y aunque no exista conminación procesal expresa.

Conclusión No.50 - Pueden ser utilizadas en el proceso penal las pruebas ilícitamente obtenidas que beneficien a la defensa.

También en la jurisprudencia brasileña ya se advertía la misma tendencia evolutiva, desde la admisibilidad hacia la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas. Así, de los fallos más antiguos, que admitían como prueba hasta la confesión extorsiva, pasando por decisiones que aceptaban la prueba de grabaciones telefónicas clandestinas, llegóse a consolidar la tendencia contraria, que ya se había delineado con referencia a los registros domiciliarios y aprehensiones hechas al margen de la ley.

En la jurisprudencia más antigua, era común la admisión de la confesión policial, aún viciada, si aparecía confirmada por otras pruebas, especialmente el efectivo secuestro del producto del delito, por indicación del acusado, aún constreñido: RT 441/413, 426/439, 429/379, 440/114, 402/337, 425/372, 440/411. En cuanto a la admisibilidad de las grabaciones telefónicas clandestinas: RF 257/277; Re Pro 4/403; TJSC. Bol. Jursp. ADCOAS 21/330, 10, 26.5.1970. Para decisiones que ya repudiaban el resultado de registros y aprehensiones ilegales ver JTACiim. 44/168, 49/200, 53/213, 73/28, RT 441/433, 442/386.

Pero lo que había de más significativo en la materia, antes de la nueva Constitución, eran, incuestionablemente, tres fallos del Supremo Tribunal Federal prohibiendo las interceptaciones telefónicas clandestinas, sea en materia civil, sea en materia penal, para caracterizar la sólida posición ya tomada por el más alto tribunal del país.

El primer fallo es del 11 de noviembre de 1977, ocasión en que se dispuso desechar cintas grabadas, correspondientes a conversación telefónica de la mujer, hecha por el marido, para promover proceso de separación judicial (RTJ 84/609). Sigue a ese, en otro proceso civil, el decisorio del 28 de junio de 1984, también en caso de captación clandestina de conversación telefónica, igualmente disponiendo la exclusión de los autos de la grabación respectiva (RTJLLO/798). Finalmente, y ahora para el proceso penal, el Supremo Tribunal Federal, en fallo del 18 de diciembre de 1986 dispuso la paralización de la investigación policial basada en interceptaciones telefónicas hechas por particulares, confesadamente ilícitas (RTJ 122/47).

Y ahora, la Constitución de 1988 vino a consolidar la posición del STF, apartando del proceso brasileño, de cualquier naturaleza, la admisibilidad de las pruebas ilícitas; Art.5 L.VI: "Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos".

Los Tribunales vienen aplicando la disposición constitucional, no permitiendo el ingreso de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso: Enmienda Parcial No.92/90, TRF de la 3a. Región denegando enmienda parcial impetrada por el MP contra el acto del juez de la 12a. Jurisdicción Federal, excluyendo la transcripción y agregación a los autos del resultado de grabaciones clandestinas. La 5a. Cámara Civil del TJRS, en expte. No.590.019.089 (caso Lío César Schmitt) concedió la orden para eliminar del proceso el resultado de grabaciones hechas sin el consentimiento de las personas participantes de la conversación (L.I.II.90).

9 - Los límites de la regla de exclusión de la Constitución brasileña.

En primer lugar, se debe observar que la Constitución, al establecer la inadmisibilidad de las "pruebas obtenidas por medios ilícitos", trata incuestionablemente de las pruebas ilícitas, tal como han sido consideradas más arriba (ver supra No.4), limitando el tema a los parámetros ya expuestos (ver supra No.5).

En segundo lugar, el prescribir expresamente la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas, la Constitución brasileña considera la prueba materialmente ilícita también procesalmente ilegítima, estableciendo desde luego una sanción procesal (la inadmisibilidad) para la ilicitud material.

La misma técnica ya había sido utilizada en otros ordenamientos: Portugal en el art. 32 de la Constitución de 1976, prohibió expresamente todas las pruebas obtenidas mediante tortura, ofensa de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones. El Código Procesal Penal Italiano de 1988, en el art.191 I. afirma que las pruebas obtenidas en violación de las prohibiciones legales no pueden ser utilizadas.

Pero algunas cuestiones todavía pueden colocarse por delante del texto constitucional, cuestiones, además, que continúan dividiendo a la doctrina y jurisprudencia en todo el mundo.

La primera es la relativa a las denominadas "pruebas ilícitas por derivación", o sea, aquellas pruebas en sí mismas lícitas pero a las que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba ilícitamente recogida.

Es el caso de confesión arrancada mediante tortura, en que el acusado indica donde se encuentra el producto del delito, que viene a ser regula-

mente incautado. O el caso de interceptación telefónica clandestina, por medio de la cual la policía descubre un testimonio de hecho que, en declaración regularmente prestada, incrimina al acusado.

En una posición más sensible a las garantías personales, y consecuentemente más intransigente con los principios y normas constitucionales, la ilicitud de la obtención de la prueba se transmite a las pruebas derivadas, que son igualmente excluidas del proceso.

Es la conocida teoría de los "frutos del árbol envenenado", acuñada por la Suprema Corte Americana, según la cual el vicio de la planta se transmite a todos sus frutos. No obstante, en resonante y reciente fallo, difundido por los diarios, el Alto Tribunal Americano ha admitido, por 5 votos a 4, la prueba resultante de la confesión extorsiva.

Sin duda, esa cuestión, delicada y grave, quedará abierta a la jurisprudencia brasileña, felizmente mayoritaria, que comparte el importante precedente sentado por el STF de prevalencia de la posición que impide el ingreso al proceso de las pruebas ilícitas por derivación.

Trátase del último fallo del STF, anterior a la Constitución, en asunto relativo a la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas (ver supra No.8) cuando, contra el voto del Relator, resolvió no solo el apartamiento de las grabaciones clandestinas, sino también la paralización del propio sumario policial, por inexistencia en los autos de otros elementos no viciados que justificasen proseguir la investigación del hecho.

Otra cuestión es la de saber si la fórmula constitucional también posibilitaría la aceptación del criterio de la proporcionalidad de la jurisprudencia alemana (ver supra No.7).

Nótese, además, que el principio de la proporcionalidad viene siendo adoptado por parte de la doctrina brasileña y fue acogido, en vía jurisprudencial, por la 5a. Cámara del TJ de Río de Janeiro (A.I. 7.I.I.I., juzg. en 28.11.83, Rel. Barbosa Moreira, en Derecho Aplicado, del mismo autor, Río, 1987, p.164 y ss.). El fallo admitió la prueba obtenida mediante interceptación clandestina de las conversaciones telefónicas del cónyuge sospechado de adulterio por el otro, en base al principio de la proporcionalidad, valorándose de un lado el derecho a la intimidad y del otro, el derecho a la prueba. Obsérvese, con todo, que el derecho a la prueba está siempre limitado por las reglas de exclusión y que si fueran esos los intereses en juego, no se podría excluir ninguna prueba ilícita que fuese la única posible en las circunstancias concretas.

Como ya se ha dicho, no deja de configurar aplicación del principio de proporcionalidad la admisibilidad, en el proceso penal, de la prueba ilícita pro-reo.

Pensamos que, en esos casos (admisibilidad de la prueba ilícita que beneficia a la defensa, eventual aplicación del principio de proporcionalidad y vicios de la prueba regular derivada de la ilícitamente obtenida) la Constitución brasileña no rechaza radicalmente ninguna tendencia; y esto es así, porque como ya se ha dicho (supra No.1), los derechos y garantías fundamentales no pueden ser entendidos en sentido absoluto y como enfrentados a la restricción natural resultante del principio de convivencia, que exige la interpretación armónica y global de las libertades constitucionales.

10 - Consecuencia de la admisión de la prueba ilícita: su ineficacia.

La Constitución brasileña, como hemos visto, considera expresamente inadmisibles las pruebas obtenidas por medios ilícitos. Pero no establece de manera explícita la consecuencia derivada de que, a pesar de la prohibición, la prueba haya sido admitida, ingresando en el proceso.

De modo diverso lo hace el ordenamiento italiano, en el art.191 del nuevo CPP, prescribiendo el impedimento de utilizar las pruebas que contraríen las prohibiciones legales. Recuérdese, una vez más, la distinción entre los "momentos" del procedimiento probatorio y entre las pruebas requeridas, admitidas, introducidas y valoradas.

Mientras tanto, los principios generales del sistema constitucional orientan al intérprete en la solución de ese problema.

Afirmase así que el ordenamiento constitucional, con relación a las normas de garantía, acarrea regularmente y como consecuencia, la sanción de nulidad absoluta. Lo menos que se podría decir, por tanto, es que el ingreso de la prueba ilícita en el proceso, "contra constitutionem", importa la nulidad absoluta de esas pruebas, que no pueden ser tomadas como fundamento de ninguna sentencia judicial.

Más aquí el fenómeno toma otra dimensión: las pruebas ilícitas, siendo consideradas inadmisibles por la Constitución, no se las tiene como pruebas. Trátase de un acto de negación de la prueba, que se reduce a la categoría de inexistencia jurídica. Ellas simplemente no existen como pruebas: no tienen aptitud para aparecer como pruebas. De ahí su total ineficacia.

Por eso, en grado de recurso, el tribunal deberá descalificar las pruebas ilícitas que hubieren sido irregularmente admitidas y valoradas en la sentencia. Como lo determinó el STF, deben ser apartadas del proceso (ver supra No.8). Y el tribunal juzgará la causa como si ellas no existiesen.

En fallo del 3.12.90 la 4a. Cámara del Tribunal de Justicia de San Pablo (Relator Dante Busana) descalificó la prueba ilícita, resultante de la búsqueda e incautación efectuada sin mandato judicial, con violación de domicilio, absolviendo al reo por inexistencia de prueba de hecho (Ap. Crim. 83.624/3).

Cumple advertir que no ocurre, en la hipótesis, supresión de un grado de jurisdicción, porque la cuestión controvertida fue apreciada en su integridad en primera instancia, devolviendo el recurso al tribunal el conocimiento integral de la causa, en los límites de la materia impugnada.

Después del pase al juzgado de sentencia, si estuviere apoyado en prueba ilícita, será posible, igualmente, llegar a la absolución en revisión penal. Más, si se tratara de hábeas corpus, el Tribunal deberá anular la sentencia, indicando las pruebas viciadas y determinando su apartamiento. Siendo posible también que otras pruebas resulten viciadas por derivar de la prueba ilícita, contaminando actos procesales sucesivos y ocasionando su ineficacia.

Alguna peculiaridad ofrece la cuestión de la prueba ilícita en el Jurado. Si la instancia estuviera sostenida, podrá ser reformada por la vía recursiva o anulada mediante hábeas corpus. Más, si se consumare la preclusión o el hábeas corpus no fue instado, no compete al Juez Presidente providencia alguna; el veredicto de los jurados, con todo, será irremediamente nulo, porque la ausencia de motivación impide el conocimiento de las razones para sentenciar. Si las pruebas ilícitas hubieran ingresado al proceso, pero no hubieran sido valoradas, el Presidente mandará sacarlas, antes que los jurados tomen conocimiento de ellas. Pero si a ellas se hace referencia en el plenario, contra lo dispuesto en el art. 475 CPP, el juez deberá disolver el Consejo de Sentencia.

Los tribunales norteamericanos han procedido sistemáticamente a la disolución del cuerpo de jurados en casos como el indicado en último término.

11 - Conclusiones

Concluyendo, se puede afirmar que:

a) El derecho a la prueba, que se inserta en las garantías del "debido proceso", no es abso-

luto, encontrando límites puestos por la observancia de otros derechos de naturaleza constitucional.

- b) La legalidad en el régimen de la prueba distingue a la defensa de las formas procesales, en su enfoque de garantías;
- c) El principio de la verdad real no autoriza al juez ni a las partes a ultrapasar los límites éticos y legales colocados por un proceso penal sensible a los valores de la dignidad humana;
- d) Se entiende por prueba ilícita la obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de naturaleza material y principalmente contraria a principios constitucionales;
- e) La cuestión de las pruebas ilícitas se ubica en el modo de su incorporación, se relaciona a su admisibilidad en el proceso. Otras son las cuestiones relativas a la valoración de la prueba;
- f) La prueba ilícita es inadmisibile en el proceso, aunque se trate de prueba relevante y pertinente. Por eso, no puede ser valorada judicialmente;
- g) La teoría de la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas puede ser atenuada por el principio de proporcionalidad, confrontándola con otros valores constitucionalmente relevantes;
- h) En el proceso penal, por lo menos, se da un caso en que encuentra aplicación el principio de proporcionalidad: es el de la prueba ilícita que favorezca a la defensa, la cual debe ser admitida con vistas a la prevalencia del valor libertad y del principio de inocencia, en contraposición con otros valores (intimidación, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, etc.);
- i) Punto delicado, sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia extranjera todavía discrepan es el atinente a la admisibilidad procesal de las "pruebas ilícitas por derivación" (las pruebas colectadas por medios lícitos pero a los que se llega por intermedio de fuentes de prueba ilícitamente obtenidas);
- j) La consecuencia del ingreso en el proceso de pruebas obtenidas por medios ilícitos es su ineficacia, debiendo ser excluidas. Será nula la sentencia fundada en ellas.

DERECHO PENAL DE MENORES Y DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA

Carlos Tiffer Sotomayor

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

INDICE

1. Introducción	28	3.2. Breve exposición de indicadores generales.	33
1.1. Delincuencia juvenil y entorno social	28	4. Preceptos internacionales	34
1.2. Objetivos y obstáculos de la comparación	29	4.1. Doctrina de las Naciones Unidas	34
1.3. Antecedentes históricos	29	4.2. Convención Internacional sobre Derechos del Niño.35	
2. Legislación penal de menores	30	5. Panorama actual del derecho penal de menores	35
2.1. Características principales	30	5.1. Nueva concepción doctrinal.	35
2.2. Fundamento de la punición penal	31	5.2. Proceso de reforma legislativa.	36
2.3. El caso de Costa Rica	32	5.3. Nueva legislación de menores en Costa Rica.	37
3. Perspectiva de la realidad social latinoamericana	32	6. Comentario final.	37
3.1. Condiciones socioeconómicas del menor infractor.	32		

1. INTRODUCCION

1.1. Delincuencia juvenil y entorno social.

El estudio de la criminalidad juvenil constituye un tema de actualidad, no sólo del derecho penal, sino también de la criminología y de las ciencias conexas. El constante aumento de los conflictos sociales, y con ellos el de la delincuencia, ha incrementado el interés por el tema, tanto en los países industrializados o centrales, como también en los llamados países periféricos, como son los de América Latina.

Para comprender el interés por el análisis y la búsqueda de soluciones para la delincuencia juvenil, es necesario ubicar este fenómeno dentro de la problemática de la sociedad actual. La estructura social en que les ha tocado vivir a los niños y jóvenes de hoy, está caracterizada por una complejidad cada vez mayor, donde la búsqueda de soluciones no depende ni de fórmulas tradicionales, ni de líderes carismáticos.

La delincuencia juvenil se ubica, por lo menos en América Latina, dentro de un contexto social caracterizado por grupos de niños y adolescentes ubicados dentro de niveles de miseria o pobreza, desempleo, narcotráfico, concentración urbana, baja escolaridad o analfabetismo, agresiones sexuales y desintegración familiar. A estos grupos sociales se les ha negado todos los derechos humanos, tales como el derecho a la vida, la salud, la educación, la vivienda, en fin, el derecho al desarrollo¹.

Sumado a este contexto, hay que agregar que la sociedad actual se caracteriza por un debilitamiento de los sistemas tradicionales de apoyo para

* Ponencia presentada al XIV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia. Bremen, Alemania 28-8 al 2-9-94. Con el apoyo del Servicio Alemán de Intercambio Académico DAAD.

1 UMAÑA LUNA, E. *El menor de edad. Estructura legal y coyuntura social*. Santa Fe de Bogotá, 1991, pág. 25 a 49.

el desarrollo de la niñez y de la adolescencia. Quisiéramos mencionar, por lo menos, tres medios de apoyo que con los cambios sociales, se han debilitado como para dar una respuesta efectiva al desarrollo de la niñez y de los adolescentes. En primer lugar tenemos que mencionar a **La Familia**. Los medios de comunicación, sobre todo la televisión, han suprimido la jerarquía y hegemonía que la familia tenía como formadora de costumbres sociales. Además, la incorporación de la mujer al sistema laboral, por necesidad u oportunidades de desarrollo, y otros cambios en la estructura familiar, como la ausencia generalizada del padre, replantean las relaciones del niño y del joven. **La Escuela**, por su parte, se caracteriza por un marcado énfasis academicista y por la competitividad feroz, borrando el sentido comunitario y la promoción del desarrollo integral de los jóvenes. Además, los **Sistemas de Asistencia y Recreación**, como apoyos alternativos, son mínimos y siempre insuficientes para la satisfacción de las necesidades de la población juvenil.

Por último, quisiéramos manifestar que la delincuencia juvenil es el resultado de la combinación de diversos factores de riesgo y respuesta social. Se presenta en toda sociedad, en donde los antivalores de violencia, agresividad, competencia salvaje, consumo, se imponen a los valores supremos de la sociedad, como la tolerancia, la solidaridad y la justicia².

1.2. Objetivos y obstáculos de la comparación.

Cualquier investigación comparativa presenta problemas generales y particulares. Por ejemplo, el mismo concepto y extensión de América Latina es ya de por sí problemático. Las fuentes de información son muy variadas y no siempre confiables. Sin duda, es una región del mundo política y socialmente muy conflictiva, y aunque en esta década de los 90 se presenta con mayor estabilidad política, no siempre ha sido así en el pasado³.

América Latina históricamente se ha caracterizado por ser receptora de las concepciones europeas del derecho. Se ha desenvuelto en un mundo jurídico que en muchas ocasiones no corresponde a la realidad. Un derecho que se mantiene distanciado de la objetividad existente, de espaldas a la realidad cultural y social, desconocido e ignorado por enormes sectores de población. Muy lamentablemente hay que reconocer que la tradición jurídica latinoamericana descansa en una dicotomía flagrante entre el discurso y la práctica. Por un lado se nos presenta

un derecho liberal, democrático y garantista, el cual es rápidamente desvirtuado y distorsionado en la realidad por los factores verdaderos del poder. El derecho penal de menores no es la excepción en este divorcio entre lo teórico y lo práctico.

Pese a todos estos obstáculos, y otros que se pudieran mencionar, queremos presentar en esta ponencia, aunque sea de manera general e introductoria, un panorama amplio del derecho penal de menores latinoamericano. En muchos casos no es necesario particularizar en un país determinado, ya que la legislación tiene un mismo origen, una misma doctrina inspiradora y una evolución muy similar.

El nivel de la comparación no quisiéramos que se quede sólo en lo estrictamente formal de las particularidades de cada legislación, lo cual ubicaría la ponencia en un análisis puramente jurídico o normativo. Más bien nos parece, por el contenido del programa del Congreso y sus objetivos, que la comparación debería hacerse en lo sustancial del derecho penal de menores. Sin dejar pasar la oportunidad de presentar la situación del derecho penal de menores, y en general de la criminalidad juvenil latinoamericana, en el marco de los derechos humanos.

1.3. Antecedentes históricos:

A pesar de no tener ninguna duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo el de los pueblos Aztecas, Mayas, Incas o de Mesoamérica, desconocemos si existía alguna regulación especial, o particular para niños o jóvenes que cometieran algún "delito". Lo mismo que se desconocen las regulaciones de esta situación en el llamado derecho colonial americano. El inicio legislativo de la "cuestión criminal" surge en el período republicano, luego de la independencia de las colonias europeas. Aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una basta codificación, especialmente en Constituciones Políticas y Códigos Penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular⁴.

2. HORACIO VIÑAS, R. *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Buenos Aires, 1983, pág. 42.

3. PIZZORUSSO, A. *Curso de derecho comparado*. Barcelona, 1993, pág. 79 a 97.

4. GARCIA MENDEZ, E. y CARRANZA, E. *Del Reves al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Buenos Aires, 1992, pág. 7 a 20.

ductas predelectivas.

d) Bajo el eufemismo de la intervención estatal por medio de las llamadas "acciones tutelares", se impusieron castigos severos, trabajos excesivos y se desconoció a los menores infractores el carácter de sujetos de derecho y más bien se les consideró como objetos de protección.

Algunas características del segundo período, que queremos presentar aquí, son las siguientes:

a) La intervención legislativa se fundamenta en una supuesta "situación irregular" en la que se encuentran los jóvenes y niños, excluidos, generalmente en forma voluntaria, de los medios informales de protección, como la familia, la escuela, la comunidad.

b) Las leyes de menores se caracterizan por judicializar y en muchos casos penalizar situaciones de pobreza y falta de recursos materiales, o falta de vínculos familiares.

c) La figura del juez de menores es jerarquizada en una competencia casi sin límite, bajo una concepción de "buen padre de familia" y con poderes discrecionales.

d) Desconocimiento para los menores de las garantías procesales comúnmente aceptados en el derecho penal de adultos, como el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia, el principio de legalidad, el derecho de defensa, etc.

El tercer período en el que vivimos actualmente y que se inicia con la Convención Internacional de Derechos del Niño, marca un rompimiento, esperamos definitivo, con las concepciones de las legislaciones pasadas. Algunos rasgos de estas nuevas legislaciones son los siguientes:

a) Desaparece la concepción del menor objeto de tratamiento, y es sustituida por la del sujeto-persona titular de derechos. Reconociendo a los infractores penales las garantías procesales comúnmente aceptadas internacionalmente para los adultos.

b) Se separan las situaciones de naturaleza jurídica, que ameritan la intervención judicial, de las patológicas sociales, que deben solucionarse por otros medios de política social del Estado.

c) Se homogeniza el concepto de niño, en todo ser humano menor de 18 años. Lo mismo que se establece una edad mínima para la adquisición de la capacidad penal.

2.2. Fundamentos de la punición penal.

Tal y como lo hemos afirmado la promulgación de la nueva Convención de los Derechos del

Niño, marcó un hito en el desarrollo histórico de las legislaciones de menores. Siguiendo esa señal podemos separar las legislaciones antes y después de la Convención. Haciendo esa diferenciación podemos encontrar cuáles han sido los fundamentos de la punición en el caso de los menores infractores en América Latina⁶.

Antes de la Convención en la mayoría de las legislaciones, lo que justificaba la intervención jurídico-penal, lo fue la "situación irregular", y no necesariamente haber infringido las leyes penales. Esta particular categoría es considerada para todo niño, niña o joven que carece de las necesidades básicas para su desarrollo. Bien pueden ser de carácter material o inmaterial. Por ejemplo, si se dedica a la mendicidad, si no tiene vivienda, o si no asiste regularmente a la escuela, es claro que carece de lo material necesario para su desarrollo, pero también si no tiene familia o es abandonado, se encuentra igualmente en "situación irregular". Es por ello que la mayoría de las legislaciones incluyen las categorías de abandono **material o moral**.

Sin entrar a analizar y criticar la llamada "situación irregular", sobre todo por razones mismas de esta ponencia, sólo quisiera manifestar que esta situación, llamada también por algunas legislaciones "peligro social", se convierte en sinónimo de conducta delictiva o predelictiva. Sin duda semejante comparación quebranta toda la teoría del delito y refleja desde luego un tipo especial de control social.

Después de la Convención el panorama legislativo y doctrinario latinoamericano se ha venido modificando. Pese a que casi todos, por no decir todos, los Estados latinoamericanos suscribieron la Convención y la han ratificado, no sucede lo mismo en el ámbito de legislaciones internas. Tenemos conocimiento de que hasta la fecha sólo en siete países de la región se han promulgado leyes especiales sobre menores nuevas o se han modificado las existentes, a efectos de ser adaptadas a la Convención de los Derechos del Niño.

A diferencia de las legislaciones anteriores a la Convención, la nueva fundamentación de la punición se apoya en la **culpabilidad por el hecho**, que es la mejor garantía para el respeto de los Derechos Humanos. Como principio básico para la intervención jurídico penal es necesaria la atribución de haber cometido o participado en un hecho delictivo.

6. BACIGALUPO, E. *Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal*. Revista ILANUD, Nos. 17 y 18, San José, 1983, pág. 57 a 68.

Infracción que debe estar expresamente consagrada en la ley penal vigente en el momento en que supuestamente se cometió el hecho. De un derecho penal de menores caracterizado por el modelo de la culpabilidad del autor y la peligrosidad, se ha pasado a un derecho de culpabilidad por el hecho. Es decir, que cualquier sanción debe suponer la culpabilidad y que la sanción no debe sobrepasar la medida de esta culpabilidad.

También en las nuevas legislaciones se reconocen las garantías procesales internacionales admitidas para el derecho penal de adultos, además de aquellas garantías especiales que les corresponden por su condición de menores, por ejemplo trato diferencial, reducción de los plazos de internamiento y mayores beneficios institucionales que los adultos.

2.3. El caso de Costa Rica.

En muchos países de la región las disposiciones relativas a menores se encuentran dispersas en diferentes cuerpos legislativos, como el Código Penal, el Código de Familia, el Código de Trabajo, etc. En Costa Rica sucedía lo mismo. No fue sino hasta el año 1963 en que, como en otros países, se promulgó una ley especial de menores, con regulaciones principalmente en el ámbito penal.

Esta primera legislación se enmarca dentro de la corriente defensorista de la sociedad. Fundamentando su aplicación en niños y jóvenes menores de 17 años que se encontraran en situaciones de peligro social. No se establecía una edad mínima para la posible aplicación de las medidas tutelares. Se basaba en una culpabilidad del autor y se violaba el principio de legalidad al ampliar la competencia del juez tutelar a situaciones no delictivas. Solamente existía en San José un Juzgado Tutelar especializado en la materia, llamado inicialmente, en forma equivocada, Tribunal. La ley no garantizaba la participación del defensor del acusado, y no se respetaba el principio de inocencia. Sin embargo, de positivo hay que mencionar que la medida tutelar de internamiento siempre se usó, y se sigue usando, como última alternativa⁷.

También dentro del movimiento de reforma internacional que promovió la Convención de los Derechos del Niño, Costa Rica promulgó, el 8 de marzo de 1994, una reforma legislativa de la original Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores. Importante de resaltar de esta nueva legislación podemos mencionar lo siguiente: Limita

la competencia del Juez a la resolución exclusiva de conflictos penales, delitos o contravenciones. Establece una edad entre 12 y 18 para la aplicación de esta nueva ley. Reconoce el principio de inocencia, la no privación de su libertad ni la imposición de ninguna medida sin que se cumpla con el debido proceso legal. El derecho a la defensa, a la vida privada, a ser oído y a que la sanción que se le aplique se le imponga una vez comprobada su participación en el hecho, y que la misma sea proporcional a la infracción o el delito que cometió. También la nueva ley garantiza al menor la no imposición de medidas indefinidas. Lo mismo que el recurrir ante un superior en grado de las resoluciones dictadas en su contra.

Costa Rica cuenta con dos centros para el cumplimiento de las medidas de internación, uno para varones y otro para mujeres. En ambos se admiten menores entre los 12 y los 18 años de edad. El número de casos sometidos a la jurisdicción tutelar en los años 1990, 1991 y 1992 corresponde a un promedio de 1.000 expedientes. De los cuales cerca del 16% fueron mujeres y el resto varones. El internamiento sigue siendo la medida tutelar menos utilizada, correspondiendo en el año 1988 a un 10,7%, mientras que en 1992 fue sólo un 6,6%. Esto por cuanto el criterio jurisprudencial ha sido correcto y no porque el legislador haya otorgado un amplio panorama de medidas alternativas al internamiento.

3. PERSPECTIVA DE LA REALIDAD SOCIAL LATINOAMERICANA.

3.1. Condiciones socioeconómicas del menor infractor.

Pese a que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas relativas a menores mantienen una orientación protectora y defensorista para la niñez y la juventud, lo cierto es que el derecho se desenvuelve en condiciones objetivas o realidades distantes de estos objetivos, a niveles que muchas veces parecen inalcanzables. Presentándose una sistemática violación de los derechos humanos para los menores, concretamente del derecho a la educación, a la salud, a la integridad física y moral. Estas

7. ISSA EL KHOURY, H. *Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares*. Revista Judicial N°17, San José, 1980, pág. 59 a 66.

condiciones hacen que, en muchos casos, al penalizarse el problema lejos de solucionarlo, más bien lo agravan.

Pese al elevado número de población joven, menor de 17 años de edad, en América Latina, los Estados latinoamericanos no le dan la importancia que merece este gran sector de la población. Todo lo contrario, son los sectores poblacionales a los que más golpean las crisis económicas. Por ejemplo, según informes de CEPAL en 1970 América Latina tenía 282 millones de habitantes, había en la región aproximadamente 112 millones de personas pobres, de las cuales 27.7 millones eran menores de seis años. En un informe posterior, el mismo organismo informa que en 1986 América Latina tenía 429 millones de habitantes. De estos 170 millones eran pobres y 81.4 millones eran indigentes. Siendo los menores de 17 años casi la mitad del número poblacional. Para 1992, América Latina cuenta con aproximadamente 450 millones de habitantes, de los cuales se calcula que más de la mitad vive en condiciones de pobreza, y la población menor de 17 años se ubica dentro del 40 al 50%, con una proporción siempre en aumento.

La relación entre las condiciones socioeconómicas y los menores infractores de la ley está sobradamente demostrada. Solo quisiera presentar aquí el resultado de una investigación patrocinada por ILANUD, que recogió información de los sistemas de justicia de menores en 18 países de la región latinoamericana⁸. La investigación que estamos citando confeccionó un perfil del adolescente infractor tipo que pasa por los tribunales de menores de estos países. Determinó que en el 75% de los casos estos tribunales se ocupan de un joven de sexo masculino, con algo más de 4 años de retraso escolar, residente primordialmente en zonas marginales u otras zonas de vivienda de clase baja, trabaja en actividades que no requieren calificación laboral, o bien procura la obtención de dinero por medio de actividades ilícitas, contribuye al sostenimiento del núcleo familiar y el padre o la madre son desempleados o subempleados. En la mayoría de los casos vive en una familia que es incompleta o desintegrada, con ausencia de padre⁹.

Este mismo estudio que estamos citando determinó que el 89% de los casos sancionados por la justicia juvenil se distribuye entre las categorías de menor ingreso económico, perteneciendo muchos de ellos al 40-60% de la población regional que se encuentra en los niveles de pobreza o de pobreza extrema según definición que de éstas da el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo¹⁰.

3.2. Breve exposición de indicadores generales.

Tal y como se ha expuesto en la sección anterior, se constata que el perfil del menor infractor que pasa por los sistemas de justicia penal en la región latinoamericana, pertenece a los sectores pobres de la población. De ahí que cualquier programa para la prevención del delito estará condicionado, directa o indirectamente, en buena medida, con el aumento o disminución del sector poblacional pobre y con las políticas sociales programadas por los Estados para estos sectores.

Pese a que en América Latina se cuenta con un derecho penal de menores garantista, la misma realidad social nos demuestra las pocas posibilidades de alcanzar estos fines. A manera de ejemplo y para ilustrar lo anterior, vamos a presentar algunos indicadores sociales de la infancia en América Latina, tomando como muestra algunos de los países más representativos. En una publicación, patrocinada por la Comisión de Comunidades Europeas, titulada Situación de la Infancia en América Latina y el Caribe¹¹, se establecen algunos indicadores básicos en el campo de la protección de menores que son: el ámbito de protección, salud, educación y trabajo. Estos indicadores reflejaron los siguientes datos de relevancia.

En el caso de MEXICO, con una población de 88.598.000 habitantes en 1990, se constató que el 63% está ubicada entre el grupo de edad entre 0 y 14 años. Se calcula que en las zonas rurales viven unas 17 millones de personas en estado de miseria y 5 millones "a la deriva social"; callejeros, en mendicidad, prostitución, en albergues, sistemas pre-carcelarios, consejos tutelares, instituciones privadas, etc. Se calcula que en todo el país trabajan aproximadamente cerca de 2 millones de menores de 14 años al servicio de algún patrón, esto sin tomar en cuenta los miles de menores que realizan algún trabajo en forma autónoma. Más de un millón

8. GARCIA MENDEZ, E y CARRANZA, E. Ob. cit. (4) pág. 12 y 13.

9. CARRANZA, E. *La prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil y la participación de la comunidad*. Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Cali, Colombia, 1989, pág 305 a 325. 10. GARCIA MENDEZ, E. y CARRANZA, E. Ob. cit. (4).

10. GARCIA MENDEZ, E. Y CARRANZA, E. Ob. Cit. (4).

11. BOLAÑOS MORA, A. y CAAMAÑO MORUA, C. *Situación de la infancia en América Latina y el Caribe*. San José, 1993, pág. 41 y sig.

de niños menores de 5 años murieron por desnutrición entre 1982 y 1988. El 45.1% del total de consulta externa en los hospitales corresponde a menores de 5 años. Para 1988 el 63% de la población entre 4 y 23 años estaba matriculada en algún nivel del sistema de educación formal.

Con respecto a GUATEMALA, que para 1989 alcanzó un total de 8.935.394 habitantes, con 41.9% de población indígena y el resto ladina, el tipo de familia predominante es la rural con 82%, integrada por un promedio de 6 miembros. Pese a las dificultades para obtener información estadística confiable, según la Organización de Derechos Humanos Amnistía Internacional, se calcula que aproximadamente 5 mil niños y niñas deambulan por las calles. Muchos de ellos son huérfanos, abandonados o discapacitados. La UNICEF ha calculado que existen unos 3.700 menores institucionalizados en lugares públicos y privados. La tasa estimada de mortalidad infantil en 1988 fue de 51.3 por cada mil niños nacidos vivos. Para 1990 el 38% del total de población en edades de 4 a 23 años se encontraba matriculada en algún nivel del sistema de educación formal.

Una de las realidades más complejas y difíciles, no sólo de explicar sino de entender, es la de BRASIL. En 1990 la población total era de 150.368.000 habitantes, el 59% de los cuales eran menores de 14 años. En 1987 el 34% de las familias en el área urbana y el 60% de las familias en el área rural se encontraban en estado de pobreza. Aproximadamente 7 millones de niños viven y trabajan en las calles de Brasil, existen reiteradas denuncias de que diariamente estos niños son maltratados, torturados, mutilados y asesinados por escuadrones de la muerte, estando bajo custodia policial. Se calcula que en 1990 unos 1.500 niños o adolescentes fueron asesinados por estos grupos. El 80% de las víctimas eran varones entre 15 y 18 años y el 82% eran negros o de raza mezclada. Según Amnistía Internacional centenares de menores son abatidos a tiros en las calles, sólo en el primer semestre de 1993 más de 300 niños y adolescentes fueron asesinados en Río de Janeiro. Por otra parte, en 1990 el porcentaje de analfabetismo fue de 18.9% y el 57% de la población entre 7 y 23 años se encontraba matriculada en algún nivel de educación formal.

En VENEZUELA, con una población de 19.733.000 habitantes para 1990, el 66% era menor de 14 años. En 1986 el porcentaje de hogares bajo la línea de pobreza en todo el país era de 27%. La mortalidad de menores de 5 años para 1990 fue de 43 por cada mil (25 mil niños). El porcentaje de

analfabetismo en ese mismo año fue de 11.9%. En 1988 el 60% de la población de 4 a 23 años estaba matriculada en algún nivel de educación. En 1985 el porcentaje de niños de 10 a 14 años de edad económicamente activos era de 2.5%, pese a que según la legislación la edad mínima para el trabajo de los niños es de 14 años.

A pesar de que COSTA RICA se encuentra ubicada entre los 30 países del mundo con mejores indicadores sociales, de acuerdo con el informe de 1994 de UNICEF, también es cierto que existen graves desajustes sociales. La población de Costa Rica en 1987 era de 2.790.635 habitantes, mientras que para 1992 se calcula en 3.160.405 habitantes. Los porcentajes de población de 0 a 18 años no han variado significativamente entre los años 1987 a 1992, manteniéndose aproximadamente en un 44%. En 1990 se reportaron un total de 151.153 familias en situación de pobreza (20% del total de familias) de las cuales un 11% se encontraba en extrema pobreza y no podía satisfacer sus necesidades alimentarias básicas. En el caso de la niñez y la adolescencia, para 1991 se estimó en situación de pobreza alrededor de 340.00 menores, siendo el 25% de la población de 0 a 18 años de edad. Aunado a la situación de las condiciones de vida de los sectores más débiles de la sociedad, el Estado costarricense de los últimos años se ha caracterizado por la reducción de la inversión en las áreas de salud, educación, nutrición, vivienda, cultura y recreación. Menores institucionalizados se calculan aproximadamente en el año 1992 cerca de 3.500 a 5.000, en instituciones públicas y privadas. No existen datos sobre trabajadores del sector informal, específicamente sobre los de la calle, sin embargo se estima que hay unos 1.000 entre 7 y 17 años de edad en el área metropolitana.

4. PRECEPTOS INTERNACIONALES:

4.1. Doctrina de las Naciones Unidas.

Para llegar a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en noviembre de 1989 (en adelante sólo la llamaremos Convención), se tuvo mucho camino que recorrer. Casi prácticamente desde la fundación de las Naciones Unidas, esta organización se caracterizó por la defensa de los Derechos Humanos y particularmente por la protección de la niñez mundial, no sólo por medio de organizaciones internacionales

de defensa, sino también de promoción y de denuncia.

Un antecedente de la Convención lo constituye sin duda la **Declaración Universal de los Derechos del Niño**, adoptada en 1959. Constituye un documento que establece líneas fundamentales sobre la niñez, que como marco teórico de protección universal, fue configurando límites positivizados en las legislaciones nacionales y sobre todo en la conciencia jurídica universal. Por cierto, que estamos muy lejos aún de lograr tales ideales.

Producto de las reflexiones del Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente (Caracas 1980), fue la creación de las **Reglas Mínimas Uniformes para la Administración de la Justicia de Menores**, conocidas como "**Reglas de Beijing**", aprobadas en las reuniones preparatorias (1984) para el Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Las Reglas son normas mínimas para el tratamiento de los menores delincuentes. Establecen una noción de "menor", objetivos de la justicia de menores, garantías procesales y una orientación de política social de carácter preventivo.

En la reunión preparatoria interregional, celebrada en Viena abril de 1988, para el Octavo Congreso Mundial de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (La Habana, 1990), se aprobaron dos importantes resoluciones de trascendencia en la lucha por el reconocimiento de los derechos de los menores. Una fue el proyecto de **Directrices de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil**, llamadas "**Directrices de Riyadh**", y la otra fue el proyecto de **Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad**.

Las Directrices de Riyadh, deben aplicarse en el marco general de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. Establece principios fundamentales de política social, criterios de intervención oficial en caso de menores, lo mismo que líneas fundamentales para la legislación y la justicia de menores. Las Reglas Mínimas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establecen los procedimientos mínimos para el ingreso, permanencia y egreso de menores en centros de detención. Establecen requisitos para los centros de detención sobre registros, clasificaciones, ambiente físico y comunicación con el mundo exterior, uso de la fuerza y relaciones con el personal de los centros.¹²

4.2. Convención Internacional sobre Derechos del Niño

Esta Convención tiene una relevancia única dentro del marco de la protección internacional de la niñez mundial. Tal y como lo hemos dicho, marca un hito en la historia de la niñez y sus efectos a nivel mundial ya se han reconocido. Es la declaración más completa y elaborada de los derechos del niño, y fue adoptada por unanimidad en la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Quisiéramos mencionar algunos rasgos fundamentales que caracterizan este importante instrumento jurídico, desde luego, tan sólo a manera de ejemplo.

a) La Convención es el resultado de toda la elaboración de normas jurídicas anteriores. Como tal, recoge toda la experiencia internacional y sirve como marco general de interpretación.

b) La Convención ha producido como efecto inmediato la adopción de una nueva legislación interna en cada país. Por lo menos se ha iniciado un proceso de reforma. Esto ha obligado a erradicar viejos sistemas jurídicos, caracterizados por promover o facilitar las violaciones de Derechos Humanos.

c) La Convención ha puesto en una línea principal de discusión o, podríamos decir, ha "internacionalizado", todos los aspectos relacionados con la infancia, y no únicamente el caso de los menores infractores de la ley penal.

d) La Convención no sólo establece las garantías procesales comúnmente aceptadas para el derecho penal de adultos, sino también toma en cuenta la particular condición de la infancia para la aplicación de la ley.

e) La Convención establece la solución judicial para los conflictos de menores frente a la ley como un último recurso, siempre y cuando las otras posibles soluciones no sean factibles. Para todo caso, sean soluciones judiciales o no, deben respetarse los Derechos Humanos y las garantías legales.

5. PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO PENAL DE MENORES

5.1. Nueva concepción doctrinal.

Como lo hemos manifestado en nuestra expo-

12. MANAVELLA, C. y JIMENEZ, M. *Tutela judicial de los derechos humanos en América Latina*. San José, 1993, pág. 33 y sig.

sición, desde que se aprobó la Convención se inició una nueva doctrina de la infancia, tanto a nivel internacional como a nivel de cada país que ha iniciado el proceso de reforma. Según opinión del experto y especializado en el tema de la infancia Emilio García Méndez, "*La Convención aparece hoy, como el dispositivo central de una nueva doctrina: la doctrina de la Protección Integral. Este nuevo paradigma, posibilita repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia, convirtiéndolas en instrumentos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes. La ruptura con la vieja doctrina es evidente*"¹³.

Esta nueva doctrina hace referencia no sólo al contenido de la Convención, sino también a lo expresado en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. En especial a los instrumentos internacionales referentes a menores a que hemos hecho referencia en la sección de la doctrina de las Naciones Unidas. Es la doctrina de los Derechos Humanos, que ha alcanzado en este campo de la niñez un nivel positivizado. Es la doctrina que elimina las odiosas discriminaciones, creando una sola categoría de infancia, que jerarquiza la función judicial, que garantiza la participación del niño como sujeto pleno de derechos, como ser humano con dignidad propia.

Sin embargo, no podemos perder de vista la perspectiva realista. Las violaciones de Derechos Humanos son múltiples, terribles y reiteradas. La positivización de los Derechos Humanos, sea de rango internacional o nacional, no significa su garantía ni su cumplimiento. Sería absurdo pensar que la ley por sí sola limita los abusos y las desviaciones del poder político. Más en nuestra América Latina, que como decíamos, se ha caracterizado por la dicotomía entre lo que la ley dice y lo que se hace. Tan sólo permítaseme poner el ejemplo de Brasil, quien suscribió la Convención, la incorporó a su legislación nacional y promulgó un reciente estatuto del niño y del adolescente, que por cierto ha recibido muchos elogios, pero, por otro lado, tenemos que en ese país se comete, diariamente, una de las más terribles y monstruosas violaciones de los Derechos Humanos contra miles de niños. Sin duda no se puede ignorar la existencia de profundas diferencias sociales y múltiples violaciones de los Derechos Humanos¹⁴.

5.2. Proceso de reforma legislativa.

Uno de los efectos casi inmediatos producidos por la adopción de la Convención, lo constituye

el proceso de reforma legislativa que se ha iniciado en América Latina y probablemente en otras latitudes. Tenemos conocimiento de las siguientes reformas llevadas a cabo posteriormente a la fecha de la Convención: en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú, México y Costa Rica. Desconocemos cuáles han sido los procesos internos en cada país para la promulgación de estas nuevas leyes, esperamos que hayan sido producto de un debate rico en ideas y reflexiones, con la participación no sólo de las organizaciones gubernamentales, sino también de las no gubernamentales relacionadas con el tema de la infancia. Para también ir desapareciendo esa costumbre latinoamericana de la promulgación de leyes sin estudios ni discusión pública, y más bien tradicionalmente hechas por "comisiones técnicas" integradas por "expertos" nacionales o importados.

En **Colombia**, se acordó un nuevo Código del Menor por decreto N° 2737 del 27 de noviembre de 1989, tan sólo siete días después de que la Asamblea General de Naciones Unidas adoptara la Convención. En 1990 concretamente por la Ley Federal N° 8069 del 13 de julio, **Brasil** aprobó el Estatuto del Niño y del Adolescente, cuya principal fuente inspiradora fue la Convención.

En el año 92, **Ecuador** aprobó un nuevo Código del Menor, el día 16 de julio. En diciembre de ese mismo año también **Bolivia** y **Perú** aprobaron, el primero un nuevo Código del Menor, y el segundo, vía decreto ejecutivo, lo que le podría restar vigencia, un Código del Niño y del Adolescente. México, también siguiendo la tendencia reformadora, derogó la Ley de 1979 y promulgó una nueva legislación de menores en 1991 llamada: Ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en materia común para toda la República en materia federal. La última reforma legislativa de que tenemos conocimiento es la de este año en **Costa Rica**, por ley N° 7383 del 8 de marzo de 1994, se reformó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores N° 3260 del 21 de diciembre de 1963. Mientras que también sabemos que actualmente en El Salvador existe un anteproyecto para la creación de una ley específica, que regule exclusivamente las relaciones de los menores infractores de la ley penal.

13. GARCIA MENDEZ, E. *Infancia y Derechos Humanos*. Conferencia en el XI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1993.

14. AMNISTIA INTERNACIONAL. *Informe Anual 1994*. Madrid, 1994.

5.3. Nueva legislación de menores en Costa Rica

Pese a que en el caso de Costa Rica no se promulgó una nueva ley o Código de Menor en sentido estricto, sino más bien se hizo una reforma a la Ley Tutelar vigente desde 1963, si se observa en esta reforma una ruptura con las líneas fundamentales de la ley anterior. Esta ley, a diferencia de otras técnicas legislativas, regula exclusivamente los casos en los cuales se le atribuye a los menores entre los 12 y los 18 la comisión de un delito o una contravención. Dejando la regulación de las otras materias relacionadas con menores en los Códigos de Trabajo, Civil, Familia, etc.

La nueva ley costarricense fijó la edad de 12 años para la adquisición de la capacidad de la responsabilidad penal. Estableciendo que a los menores de esa edad no se podría atribuirles ninguna infracción penal, quedando a salvo la responsabilidad civil.

Se fijan, entre otras, las siguientes garantías procesales: El principio de legalidad penal, el principio de inocencia, la no privación de libertad sin que se cumpla el debido proceso, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra parientes, el respeto a su vida privada y de su familia, el derecho a la defensa, el derecho a no ser reseñado, la prohibición de imponer medidas indefinidas y la posibilidad de recurrir ante un superior en grado de las resoluciones dictadas en su contra.

La ley establece un capítulo de procedimientos que prevee la intervención de trabajadores sociales. Lo mismo que un capítulo para la aplicación de las medidas tutelares. Las medidas que el juez puede imponer son las siguientes: a) Amonestación, b) Libertad Asistida, c) Depósito en Hogar Sustituto, ch) Colocación en un trabajo u ocupación conveniente, d) Internación en un establecimiento reeducativo. Para los casos de delitos contra la vida y delitos sexuales se aplican las medidas contenidas en los incisos c), ch) y d).

A partir del primero de julio de este año, iniciaron las labores Juzgados Tutelares en todas las siete provincias del país. Aunque con recargo en la materia de familia, por lo menos cambia el panorama anterior a la ley, en el cual existía sólo en la provincia de San José un Juzgado con competencia especializada en materia tutelar.

Criticable de esta nueva ley costarricense son la falta de criterios claros para la determinación o la imposición de las medidas tutelares. Dejando al criterio del juez la escogencia de la medida tutelar, lo que significa que las facultades del juez son tan amplias

que se pueden prestar a abusos en los derechos de los menores infractores. Además hace falta una política criminal clara y coherente con los principios proteccionistas de esta nueva ley, por parte del Estado costarricense, en la cual se refleje un verdadero compromiso con la niñez y la juventud del país.

6. COMENTARIO FINAL

Las principales conclusiones que podemos derivar de lo dicho hasta el momento son las siguientes:

1) El perfil del menor infractor que pasa por los sistemas de justicia penal en la región latinoamericana, pertenece a los sectores pobres de la población.

2) Cualquier programa para la prevención del delito en América Latina (países en desarrollo) estará condicionado directa o indirectamente, en buena medida con el aumento o disminución del sector poblacional pobre y con las políticas sociales programadas por los Estados para estos sectores.

3) Es necesario separar las situaciones de naturaleza jurídico-penal, que ameritan la intervención judicial, de las patologías sociales, que deben solucionarse por otros medios de política social del Estado.

4) Es necesario limitar la competencia del juez tutelar a la resolución exclusiva de conflictos penales.

5) La intervención jurídico-penal debe estar apoyada en el principio de legalidad penal y el proceso debe desarrollarse respetando los principios procesales universalmente aceptados para adultos, con mayores atenuantes para el caso de los jóvenes, principalmente: El derecho a la defensa legal y los recursos legales ordinarios y extraordinarios.

6) La utilización de medidas privativas de libertad, sea detención provisional o el internamiento, sólo debe usarse en casos graves y como "última ratio".

La historia del derecho penal de menores en América Latina está plagada de toda clase de injusticias. Problemas sociales como son el abandono, la mendicidad y el desempleo, han sido convertidos en problemas legales de tipo penal. La ideología del "peligro social" y de las "medidas" ha atentado contra los Derechos Humanos de los niños y de los jóvenes, ha servido para estigmatizarlos como niños enfermos, niños problema o niños peligrosos. Pero a la misma vez ha servido para ocultar o negar la incapacidad de los Estados para solucionar los con-

flictos sociales, económicos y políticos de la sociedad.

Sin embargo, algo se ha avanzado, y el proceso de reforma iniciado luego de la Convención no

debe quedarse sólo en el campo legislativo. Debe convertirse en un factor desencadenante para las transformaciones de las condiciones reales en las que vive nuestra infancia latinoamericana.

BIBLIOGRAFIA

- AMNISTIA INTERNACIONAL. (1994). *Informe Anual 1994*. Madrid.
- AMNISTIA INTERNACIONAL. (1990). *Guatemala. Los niños de la calle*. Madrid.
- AMNISTIA INTERNACIONAL. (1990). *Brasil. Por encima de la ley*. Madrid.
- AMNISTIA INTERNACIONAL. (1990). *Argentina. Niños desaparecidos*. Madrid.
- BACIGALUPO, E. (1983). *Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal*. Revista ILANUD Nº17 y 18. San José.
- BOLAÑOS MORA, A. CAAMAÑO MORUA, C. (1993). *Situación de la infancia en América Latina y El Caribe. Breve exposición de indicadores generales*. San José.
- CARRANZA, E. (1989). *La prevención y tratamiento de la delincuencia y la participación de la comunidad*. Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Cali, Colombia.
- ESTADISTICA JUDICIAL. (1992). *Juzgado tutelar de menores de San José*. San José.
- GARCIA MENDEZ, E. (1993). *Infancia y Derechos Humanos*. Conferencia. San José.
- GARCIA MENDEZ, E. y CARRANZA, E. (1992). *Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Buenos Aires.
- HORACIO VIÑAS, R. (1983) *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Buenos Aires.
- ISSA EL KHOURY, H. (1980) *Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares*. Revista Judicial Nº17, San José.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. (1990). *Boletín Infancia*. Nº 230. Uruguay.
- MANAVELLA, C. y JIMENEZ, M. (1993). *Tutela judicial de los Derechos Humanos en América Latina*. San José.
- MINISTERIO DE PLANIFICACION Y POLITICA ECONOMICA. (1992). *Apuntes para una política integral con y por la infancia y juventud costarricense*. San José.
- ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (1990). *La lucha contra el trabajo infantil*. OIT. Ginebra, Suiza.
- PIZZORUSSO, A. *Curso de derecho comparado*. (1987) Barcelona, España.
- TIFFER SOTOMAYOR, C. y DÜNKEL, F. (1989) *Das Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendrechts und der Sanktionspraxis in Costa Rica*. Berlín, ZStW 101.
- UMAÑA LUNA, E. (1991). *El menor de edad. Estructura legal y coyuntura social*. Santa Fe de Bogotá.
- UNICEF. (1992). *Estado Mundial de la Infancia*. Barcelona, España.
- UNICEF. (1994). *Estado Mundial de la Infancia*. Barcelona, España.

EL ESTADO CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Lic Alfonso E. Chaves Ramírez
Magistrado de la Sala Tercera

INTRODUCCION

Dispone el artículo 198 del Código de Procedimientos Penales que "No regirán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas". Igual disposición existe para el debate, según lo establece el artículo 378 *ibidem*. Ningún problema importante surge de la norma general ahí establecida, pues se trata de la aplicación del conocido principio de libertad de los medios de prueba. Donde sí encontramos dificultades es en la excepción, sea lo relativo al estado civil de las personas, pues la legislación costarricense no contiene ninguna disposición que expresamente defina el concepto de estado civil, como lo veremos seguidamente, aunque de la conjunción de diversas normas y la doctrina, podemos extraer esa definición.

IMPORTANCIA DEL TEMA

Podría alguien preguntarse que trascendencia tiene en el proceso penal, la cuestión del estado civil (institución del derecho de familia o del civil, en su caso), como para que se le dedique alguna atención. La respuesta debe ser que es de enorme importancia. En el aspecto penal, pues varias de las figuras delictivas toman en consideración cuestiones relativas al nacimiento, la edad y el parentesco. Así, a manera de ejemplos, comete Homicidio Calificado, quien mate a su ascendiente, descendiente o cónyuge, o hermanos consanguíneos (**relación de parentesco**) (artículo 112 inciso 1); perpetra Homicidio especialmente atenuado la **madre** de buena fama que para ocultar su deshonra diere muerte a su **hijo** dentro de los tres días siguientes a su **nacimiento**; se agrava la pena en el caso de Lesiones Gravísimas, Graves y Leves, si concurre alguna de

las circunstancias del homicidio calificado (artículo 126); comete Abandono de menor (artículo 143) la **madre** que abandonare un **recién nacido** de no más de tres días, para ocultar su deshonra; incurre en Omisión de Auxilio quien encuentre perdido o desamparado a un **menor de diez años** y omita prestarle el auxilio necesario (artículo 144); será reprimido con pena de prisión quien tenga acceso carnal con un **menor** (de uno u otro sexo) **de doce años** (artículo 156); esa Violación es calificada si el autor es **ascendiente, descendiente o hermano por consanguinidad o afinidad** (artículo 157) o puede ser condenado por Estupro quien tenga acceso carnal con **mujer honesta, mayor de doce años y menor de quince**. Evidentemente existen más casos (como Estupro Agravado, Abusos Deshonestos, Raptos, Corrupción Simple y Agravada, Proxenetismo Agravado y otros, como el Perdón Judicial (artículo 93), que por la índole de este trabajo, no es necesario transcribir. En el **aspecto procesal**, además de que la jurisdicción penal se aplica "a las personas de dieciocho años cumplidos" (artículo 17), en relación con delitos de acción pública dependiente de instancia privada, se alude a que puede formular la denuncia el ofendido por el delito o en orden excluyente sus **representantes legales, tutor o guardador** (artículo 6 del Código de Procedimientos Penales) y en último caso el Ministerio Público si el perjudicado es **menor**, con anuencia del Patronato Nacional de la Infancia (artículo 81 bis del Código Penal), norma que también indica cuáles son esos delitos. Respecto a la acción privada, en caso de Ofensas a la memoria de un Difunto (artículo 148 del Código Penal), "el derecho de acusar por este delito comprende al **cónyuge, hijos, padres, nietos y hermanos consanguíneos del muerto**". En lo tocante a la **acción civil**, ésta "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" (artículo

9 del Código de Procedimientos Penales). Además ese ejercicio lo debe realizar el Ministerio Público "cuando el titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente" (artículo 10 *ibidem*). Asimismo, si se produce la muerte del ofendido a consecuencia del hecho punible, el condenado satisfará "una renta para los **acreedores alimentarios legales** que recibían del occiso alimentos o asistencia familiar (artículo 128 del Código Penal de 1941, vigente en estos renglones). Si "los acreedores alimentarios legales no recibían o no podían recibir de la persona fallecida alimentos o asistencia familiar, el condenado pagará, a título de indemnización, al **consorte, descendientes, ascendientes, hermanos, tíos o sobrinos del difunto**, que hayan sido declarados herederos legítimos de éste, una suma equitativa", fijada discrecionalmente por los juzgadores. (artículo 129 *ibidem*). El numeral siguiente (130) fija algunas reglas para el caso del **cónyuge** supérstite y los **hijos menores** o inhábiles. Sirvan los anteriores ejemplos para corroborar nuestra afirmación respecto de la importancia del tema que tratamos.

Decíamos líneas atrás que debemos buscar ese concepto de estado civil y a eso nos abocamos de inmediato.

EN LA LEGISLACION NACIONAL.

A) Código Civil.

En su Capítulo II del Título II, correspondiente a los Derechos de la Personalidad y Nombre de las Personas, aparece el artículo 50 que establece, en lo que interesa: "Los Registradores auxiliares del Registro del Estado Civil, al recibir la declaración de un nacimiento consignarán un nombre simple o compuesto de dos nombres conforme a lo que indique la persona que haga la declaración". Agrega el numeral 54 que "Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre..." Con base en estas dos disposiciones podemos concluir, inicialmente, que el **nacimiento** y el **nombre**, por supuesto, forman parte del estado civil de una persona.

B) Código de Familia.

El capítulo IV del Título I establece la celebración del matrimonio y el artículo 31 en su último

párrafo especifica que "El funcionario debe enviar dentro de los ocho días siguientes a la celebración del matrimonio, copia autorizada de dicha acta, y los documentos referidos en el artículo 28 al Registro Civil". El citado artículo 28, en su inciso 3º exige, para la celebración del matrimonio, "la certificación de los asientos de nacimiento y libertad de estado de los contrayentes, expedida por el Registro Civil". El artículo 33 establece que "El matrimonio surte efectos desde su celebración y debe ser inscrito en el Registro Civil". El artículo 67 estatuye que la sentencia que declare la nulidad del matrimonio, se inscribirá en el Registro Civil. Por otra parte, la filiación de los hijos habidos en el matrimonio (artículo 79); los habidos por el subsiguiente matrimonio de sus padres (artículo 81) y los habidos fuera del matrimonio (artículo 89), se prueba por su inscripción, la manifestación correspondiente y el reconocimiento ante el Registro Civil, respectivamente. Por último, agrega el artículo 108, que "la resolución que autorice la adopción se inscribirá en el Registro Civil y se anotará al margen del asiento de nacimiento del adoptado..." De las anteriores transcripciones puede deducirse que, de acuerdo a la legislación, también integran el concepto de estado civil, además del nacimiento, el **matrimonio** y la **filiación** de cualquier tipo.

C) Código Penal.

El Título IV comprende los Delitos contra la Familia y la Sección II prevé los Atentados contra el Estado Civil (artículos 182 y 183), los que se refieren a la suposición, supresión y alteración de estado, sancionándose la inscripción en el Registro Civil de persona inexistente; la inserción de hechos falsos en el acta de nacimiento que alteren el estado civil de un recién nacido, o tornar incierto, alterar o dejar sin estado civil a un recién nacido. Nuevamente, este Código alude al **nacimiento** como componente del estado civil.

Ch) Ley orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil.

En el Título III, Capítulo I, se indica que el Departamento Civil comprende la Sección del Estado Civil y la Sección de Opciones y Naturalizaciones. En el Capítulo II, a partir del artículo 43 y principalmente éste, se regula que "Se inscribirán en el Departamento Civil mediante asientos debida-

mente numerados, los nacimientos, los matrimonios y las defunciones. Además se anotarán al margen del respectivo asiento, las legitimaciones, los reconocimientos, las adopciones, las emancipaciones, las investigaciones o impugnaciones de paternidad, los divorcios, las separaciones judiciales, las nulidades de matrimonio, opciones y cancelaciones de nacionalidad, las ausencias y presunciones de muerte, las interdicciones judiciales, los actos relativos a la adquisición o modificación de la nacionalidad y la defunción de la persona en el asiento de su nacimiento o de su naturalización". Este numeral es el que, en nuestra legislación, más nos acerca a una posible definición de estado civil, pues a la par del **nacimiento** y el **nombre**, como lo hace el Código Civil; el nacimiento, al **matrimonio** y la **filiación**, como lo hace el Código de Familia (y el Código Penal respecto al nacimiento); agrega otros posibles componentes del estado civil, como la **defunción**, la libertad de estado de los contrayentes (**divorcios** y **separaciones judiciales**), la **nacionalidad**, la **ausencia** y **presunción de muerte**, y las **interdicciones judiciales**. Del Capítulo III al VI inclusive, de esta Ley Orgánica, se regula específicamente lo referente a nacimientos (destacándose el artículo 51, en el que se exige para la inscripción de ellos el lugar, hora, día, mes y año del nacimiento; el sexo y nombre del recién nacido y los nombres, apellidos, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad y domicilio de los padres); matrimonios (debiendo hacerse énfasis en el numeral 58 que -para su inscripción- exige nombres, apellidos y generales de los cónyuges con indicación de su estado civil anterior; nombres, apellidos y nacionalidad de los progenitores de los contrayentes); defunciones y los actos de legitimación, reconocimiento, filiación, divorcio, separación judicial, nulidad del matrimonio, ausencia, presunción de muerte, interdicción judicial, adopción y naturalización. Algo semejante ocurre en cuanto al Reglamento del Registro del Estado Civil. Sin embargo, para algún autor, la enunciación que contiene el artículo 43 de la Ley Orgánica mencionada es más amplia de lo que en realidad debe contener el concepto de estado civil, pues el Registro "...más que Registro del estado civil, es Registro de la existencia, estado e identificación de la persona".¹

Como se repite, no existe en la legislación nacional ningún concepto preciso de estado civil, "lo cual no es extraño ni criticable, pues la formulación de conceptos no es misión legislativa"². "Déjense, pues, las definiciones para tratados y manuales y no se limite en este punto a ciertos textos

legislativos que están salpicados de ellas. A los códigos no les incumbe dar definiciones, sino tan solo fijar los requisitos jurídicamente trascendentes que haya de reunir un determinado acto o figura"³. Para poder precisar el concepto que buscamos, debemos recurrir a la doctrina.

EN LA DOCTRINA

A) Los procesalistas penales, en realidad, no han profundizado sobre el concepto de estado civil. Así, Ricardo Núñez escribe que el asunto se reduce a "la prueba de la **filiación** y de la **edad** a los fines penales"⁴. Para José I. Cafferata Nores, "Se ha entendido sometida a esta limitación la prueba de la **filiación**, el **matrimonio**, la **adopción** y la **edad**".⁵ Raúl E. Torres Bas, se remite al civilista Alfredo Orgaz en la obra "Personas Individuales", diciendo que este autor "Parte del **nacimiento** y **muerte** como hechos fundamentales y ejemplifica con **matrimonio**, **legitimación** y **reconocimiento de filiación**"⁶. Julio B. J. Maier, al comentar sobre las limitaciones relativas a la prueba indica: "En ocasiones, sin embargo, la ley limita, mencionando los únicos medios a autorizar para demostrar determinado hecho o situación. El ejemplo característico, en el Derecho argentino, se refiere al estado civil de las personas, por ejemplo, al **matrimonio**, que sólo puede ser probado, en principio, por el acta labrada por el jefe de la oficina del Registro Civil o por su testimonio

1. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *El Concepto de estado Civil*, España, Estudios de Derecho Civil, Tomo I, Ediciones Universidad de Navarra, 1978, pp. 59-143, citado por LLOBET, Javier: *Código de Procedimientos Penales*, San José, Editorial Juricentro, 2ª Edición, pág. 225.
2. NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA, publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas, Tomo VIII, Barcelona, Editorial Francisco Seix S.A., 1956. pág. 886.
3. ALCALA-ZAMORA, Niceto: *Principios de Reforma Procesal*, en Estudios de Teoría e Historia del Proceso, México, IJ-UNAM, 1974, Tomo II, pág. 99.
4. NUÑEZ, Ricardo: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.*, Buenos Aires, Ediciones Lerner S.R.L., 1978, pág. 191.
5. CAFFERATA NORES, José: *La Prueba en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, p. 28.
6. TORRES BAS, RAUL E.: *El Procedimiento Penal Argentino*, Tomo II, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1987, pp. 446 y 447.

auténtico"⁷. Jorge Clariá Olmedo manifiesta: "En atención al bien jurídico tutelado por la ley civil sustantiva relativo a la estabilidad e integración de la familia, los códigos modernos sientan expresamente una excepción a la libertad del medio probatorio: cuando se refiere a la prueba del estado civil de las personas. Si de ello se tratare, sólo podrán emplearse los medios autorizados por el Código Civil"⁸.

En nuestro país, con mayor extensión, Javier Llobet señala: "Nuestro criterio es que el concepto de estado civil evidentemente hace referencia a las relaciones familiares sin que exista base para hacer limitaciones, en cuanto a éstas, por lo que las comprende a todas. El estado civil abarca así lo relativo a los **matrimonios, las legitimaciones, reconocimientos, filiación, divorcio, separación judicial, nulidad de matrimonio**"⁹.

B) Los tratadistas de derecho penal, al analizar los delitos contra el estado civil o contra la familia, desarrollan parte del concepto. Carlos Creus establece que "el estado civil que aquí se protege es la situación jurídica que la persona tiene por sus **relaciones de familia**, originadas en hechos naturales (**nacimiento** y sus relaciones con la **filiación, sexo**) o jurídicos (**legitimación, reconocimientos, matrimonio, adquisición de ciudadanía por naturalización y su pérdida**), que la individualiza en la sociedad en que vive"¹⁰. Fontán Balestra es coincidente con el anterior pensamiento, al manifestar que "El estado civil, que es el bien jurídico protegido por la ley en este título, es el estado o situación jurídica que tienen las personas por su propia condición y sus vínculos de familia. Los datos constitutivos del estado civil varían de una a otra persona y es así como se las individualiza. Algunos de esos datos hacen a la existencia misma del sujeto, a su propia condición y existen en todos los casos. Así, el **nacimiento**, con las circunstancias de lugar, día y **sexo**. Otros dependen de la voluntad del individuo, como ocurre con el **matrimonio** o la **adopción de la ciudadanía**. Del conjunto de datos que determinan el estado civil de las personas, pueden resultar distintos derechos y obligaciones"¹¹. Ricardo C. Núñez, comparte las anteriores posiciones: "El estado civil de las personas, que es el bien protegido en este título, está constituido por un conjunto de datos que, como la fecha y lugar de **nacimiento, la filiación, el sexo, el nombre y apellido** y la **nacionalidad**, las individualizan en la sociedad"¹². Para Sebastián Soler, "Por estado civil debe entenderse la situación jurídica de una persona con respecto a sus vínculos de familia con otras

personas, determinada por el **nacimiento, la legitimación, el reconocimiento, la adopción** y el **matrimonio**, situación de la cual derivan una serie de derechos y obligaciones tanto de derecho privado como de derecho público. También el **sexo** tiene influencia en ese tipo de relaciones"¹³. Los autores Omar Breglia Arias y Omar Gauna, agregan algún otro componente al concepto: "El estado civil... es todo lo que respecta a la condición social de las personas. El estado -dice Borda- es la posición jurídica que las personas ocupan en la sociedad, pudiendo apreciárselo desde tres puntos de vista: con relación a las personas en sí mismas (**mayor o menor de edad, hombre o mujer, sano o demente**); con relación a la familia (**soltero o casado, padre o hijo**); o con relación a la sociedad (**nacional o extranjero**)". Agregan, líneas adelante, que se entiende por tal "la posición jurídica que las personas ocupan en la sociedad, constituida por la **edad, sexo, salud mental, calidad de esposo, padre, hijo, pariente, nacional, extranjero**"¹⁴. Para Francisco Muñoz Conde, ese concepto comprende "el estado civil familiar, es decir, el hecho de la pertenencia de una determinada persona a una familia. Tal pertenencia se fundamenta por la **filiación, por la adopción** o por el **matrimonio**."¹⁵ Para Bustos "El estado civil

7. MAIER, Julio: *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., tomo I, vol. B, 1989, p. 587.
8. CLARIA OLMEDO, Jorge: *Tratado de derecho Procesal Penal*, Tomo V, Ediar, 1964, pág. 33.
9. LLOBET RODRIGUEZ JAVIER: *Op. cit.*, p. 225.
10. CREUS, Carlos: *Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, Parte Especial, t. I, segunda edición, 1988, p. 265.
11. FONTAN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal*, Parte Especial, Buenos Aires, octava edición, Abeledo-Perrot, 1978, p. 217.
12. NUÑEZ, Ricardo: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.*, Buenos Aires, Ediciones Lerner S.R.L., 1978, p. 157.
13. SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1976, p. 343.
14. BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: *Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, pp. 421-422 y 431.
15. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial.*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 9ª Edición 1993, pág. 429.

no es una cuestión ajena a la persona que pueda vincularse a la sociedad, no es la sociedad ni la familia las que tienen derecho a un estado civil o las que otorgan dicho estado, sino que es la persona en una sociedad organizada jurídicamente la que tiene derecho a que se le reconozca una posición jurídica de participación (cualquiera que ella sea)¹⁶.

Vale la pena resaltar que los autores últimamente mencionados incluyen, como novedad respecto a los anteriores conceptos, la salud mental de la persona y que los delitos contra el estado civil, en el Código Penal argentino, comprende los matrimonios ilegales, la simulación de matrimonio, conductas punibles del oficial del Registro Civil y el Consentimiento Ilegal al Menor, todo esto en el Capítulo I, mientras que en el Capítulo II, respecto a Supresión y Suposición de Estado Civil, ese delito propiamente dicho, en su forma simple y agravada. En el Código Penal costarricense se incluyen, en el Título IV -denominado Delitos contra la Familia-, en las Sección I (artículos 176 a 181) conductas delictivas referidas a Matrimonios Ilegales (comprendiendo ese delito propiamente dicho, Ocultación de Impedimento, Simulación de Matrimonio, la Responsabilidad del Funcionario Público y de los Representantes en esas conductas ilícitas). En la Sección II, denominada Atentados contra el Estado Civil, (artículos 182 y 183), Suposición, Supresión y Alteración del Estado, tanto en su forma simple como en la atenuada.

C) Por tratar el tema que nos ocupa un lugar importante en el Derecho Civil o de Familia, debemos recurrir a estas otras fuentes doctrinales. "Estado civil. Consiste en la distinta situación en que se considera al hombre, según la cual goza de diversos derechos y se le imponen diferentes obligaciones". "...En realidad, son seis las causas que en la actualidad determinan el estado civil de las personas; a saber: el nacimiento, la nacionalidad, el sexo, la familia, la edad y la ausencia"¹⁷. "Estados de soltero, casado (y, en su caso, viudo), de hijo legítimo, legitimado, natural e ilegítimo (y de padre y madre de las mismas clases), de español, extranjero o apátrida, de aragonés, catalán, etc, o castellano (Derecho común), de mayor y menor de edad y de menor de edad emancipado, de locura, demencia o imbecilidad y de sordomudo analfabeto, declarados (o incapacitados), de prodigalidad y de interdicción. Estos son, a nuestro juicio, todos y sólo los estados civiles posibles en el actual Derecho civil español"¹⁸. Nótese que se deja por fuera el nacimiento y el sexo. Cabanellas, en su Diccionario concibe el estado civil como "la situación en que se

encuentra el hombre, dentro de la sociedad, en relación con los diferentes derechos o facultades y obligaciones o deberes que le atañen. Corrientemente el estado civil se confunde con el Derecho de Familia, y por él se comprende el estado de soltería, de matrimonio o de viudez, y el de divorciado, allí donde se admite la total ruptura del vínculo conyugal. Sin embargo, en este concepto jurídico, como en tantos otros, las distintas épocas han señalado un contenido variable e incluso opuesto". "En la moderna técnica jurídica, el estado civil se determina por estas circunstancias o elementos: 1º El nacimiento... 2º la nacionalidad... 3º el sexo... 4º La familia, origen de numerosísimas diversidades en la capacidad;... 5º La edad... 6º La ausencia..."¹⁹. Es la situación en que se encuentra la persona por razón de las circunstancias particulares que el ordenamiento jurídico y más especialmente la legislación civil, considera fundamentales para determinar su capacidad de obrar. Aunque habitualmente se alude al estado civil para determinar la situación de la persona en relación al matrimonio, también hay estados civiles en relación con la edad, vecindad, nacionalidad y defectos o deficiencias físicas, psíquicas o morales"²⁰. "Condición del individuo dentro del orden jurídico, que influye en sus facultades, capacidad y obligaciones. Así, son factores del estado civil la calidad de nacional o extranjero; la edad; la condición de casado, soltero, viudo o divorciado; la de hijo o padre; el sexo, etc. Comúnmente en el lenguaje diario, la expresión estado civil hace referencia exclusivamente a la calidad frente al matrimonio: casado o no, viudo o separado"²¹. "Modo de comprobación de los principales hechos que intere-

16. BUSTOS RAMIREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, Ariel Derecho, 2ª Edición, 1991, p. 143.
17. DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, bajo la dirección de Ignacio De Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro, Tomo I, Barcelona, Editorial Labor S.A., 1950, pp. 1828, 1829.
18. NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA, Op. Cit, p. 890
19. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 17ª Edición, Tomo III, 1981, pp 569 y 570.
20. RIBO DURAN, Luis, *Diccionario de Derecho*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1987, p- 280.
21. OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1989, p. 294.

san al estado de una persona (**nacimiento, matrimonio, divorcio, defunción, reconocimiento de hijos naturales, adopción, legitimación**).²² "El estado civil es la situación que, entre el nacimiento y la muerte, ocupa la persona en el ámbito del Derecho Privado; en una acepción más precisa, el estado civil es la situación familiar con arreglo a la filiación y el matrimonio".²³

EN LA JURISPRUDENCIA:

Las diversas resoluciones que se han dado sobre el tema, en algunos casos son contradictorias y en otros parciales, sólo referidas al punto de discusión jurisdiccional. Así, se ha indicado: "Según el artículo 198 ídem no registrarán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas. Esto significa que en cuanto al **parentesco**, que es el punto que ahora interesa, sólo puede probarse por medio de certificaciones expedidas por el Registro Civil. Así las cosas, no cabe duda que el medio aceptado por el Tribunal de juicio para tener por cierto que el imputado es el padre de la ofendida, sea la partida de bautizo y la correspondiente prueba testimonial, resulta ilegítimo en virtud de expresa disposición del precitado artículo 198".²⁴ Asimismo, se ha señalado: "El **nacimiento** y la **edad** de las personas, no integran el concepto de estado civil. Se tratan el nacimiento y el estado civil, de dos concepciones distintas: con el primero se demuestra la acción y efecto de nacer y con el segundo la calidad de estado civil, o más claramente aun, si la persona era soltera, casada, viuda, divorciada, por ejemplo. La prueba documental que el tribunal de mérito tuvo para acreditar la edad de la ofendida, no está dentro de la que excluye el artículo 198 precitado, pues éste se refiere al estado civil. De manera que el medio probatorio usado para demostrar la edad de la ofendida es idóneo, ya que se trata de la certificación de bautismo emanada de la respectiva Parroquia Eclesiástica"²⁵. "El **parentesco** forma parte del concepto de estado civil, entonces ha de considerarse que rigen las limitaciones del artículo 198 del Código Procesal Penal".²⁶ "...el **nacimiento** (por ende la **edad**) constituye uno de los aspectos que comprende el estado civil..."²⁷. También se ha dicho que forma parte de ese estado la relación conyugal entre imputado y ofendida, por lo que rige la limitación señalada.²⁸

NUESTRO CONCEPTO DE ESTADO CIVIL

Parece necesario, a estas alturas y con la información transcrita, definir cuáles son los elementos, que a nuestro criterio, integran el estado civil. Para ello sirve la doctrina indicada pero además, y principalmente, la legislación nacional, pero vista en forma complementaria. No sobra advertir que algunos de esos elementos tienen mayor trascendencia y algunos aparecen como derivados de otros. Entre ellos están: **nacimiento** (comprendiendo la **edad, sexo y nombres y apellidos**); **nacionalidad** (sea por nacimiento o naturalización o la calidad de extranjero); **filiación** (incluyendo la **legitimación, el reconocimiento y la adopción**); **matrimonio; libertad de estado** (sea soltería, divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio); **ausencia y presunción de muerte; interdicciones judiciales**). Esos son, a nuestro juicio, los componentes del estado civil.

LA PRUEBA DEL ESTADO CIVIL

La prueba del estado civil debe realizarse siguiendo las leyes civiles. Según el artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, "lo referente al estado civil, se prueba con la correspondiente inscripción practicada en el Departamento Civil".²⁹ Esa disposición

22. CAPITANT, Henri. *Vocabulario Jurídico*, Argentina, Ediciones Depalma, 1981, p. 261.
23. CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, Barcelona, Editorial Bosch, 1960, p. 284.
24. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 205 F de 15:35 horas del 15 de octubre de 1985.
25. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 115-F de 14:40 horas del 9 de julio de 1985.
26. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 35-F de 11:15 horas del 17 de enero de 1992.
27. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 640-F de 15:50 horas del 23 de noviembre de 1993 y N° 67-F de 8:50 horas del 8 de abril de 1994.
28. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 609-F de 10:05 horas del 22 de diciembre de 1994.
29. Sobre los asientos de inscripción en el Departamento Civil, ténganse presentes los ya mencionados artículos 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil; 50 y 54 del Código Civil; y 28, 31, 33, 67, 79, 81, 89 y 108 del Código de Familia.

expresa, a la que remite el mencionado artículo 198 del Código Procesal Penal, la obligatoriedad de que la acción penal sea promovida legalmente y problemas de tipicidad y calificación exigen, entonces, que los Tribunales procuren las correspondientes certificaciones para obviar posibles problemas de nulidad, cuando se formule la correspondiente excepción (artículo 329 inciso 2) *ibidem*) o se pida la nulidad de lo actuado, por esos defectos, ante la Sala o Tribunal Superior de Casación. Además, es un trámite que no implica mayor diligencia de parte de los Despachos ni tampoco va a producir demora en la resolución de los asuntos. En algunas oportunidades, ha tenido la Sala Tercera que obviar esas deficiencias, recurriendo, con base en la doctrina, a la prueba en casación, primordialmente cuando se trata de casos de omisión o de falsedad en el trámite procesal, oportunamente invocados para motivar el recurso.³⁰ No deje de apreciarse que en esos asuntos, se efectuó la instrucción y luego el debate, sin que los tribunales intervinientes y el Ministerio Público, buscaran la corrección del defecto, lo que denota falta de atención. Por eso se reitera que deben los juzgadores de la instrucción y/o del juicio oral, recabar las correspondientes certificaciones, así como el Ministerio Público ejercer su labor de supervisión. También, tales certificaciones pueden ser expedidas por Notarios, según los facultados correspondientes Ley Orgánica del Notariado. Pero no en todos los casos es posible procurar esa prueba documental, como cuando no se haya producido la inscripción, por cualquier motivo (la mayoría por negligencia o descuido del registrador auxiliar) y primordialmente tratándose de extranjeros. Por ello el artículo 46 de la mencionada Ley de Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, dispone: "No hallándose registrado los actos referentes al estado civil o no estándolo en debida forma, se admitirá cualquier especie de prueba conforme lo disponga la ley". Si entendemos este término "conforme lo disponga la ley", relacionado con el procedimiento en que se esté discutiendo el punto del estado civil (sea penal, civil, contencioso, etc), las normas a aplicar serían las propias de cada rama, y en ese supuesto, en cuanto a la materia penal, se aplicaría que todo puede probarse por cualquier medio legítimo de prueba (primera parte del artículo 198 del Código de Procedimientos Penales), es decir, desaparecería la limitación. Si la interpretación es extensiva, en el sentido que deben aplicarse todas las normas del ordenamiento referidas al tema, tampoco ningún problema ocurriría, pues existen disposiciones en la materia procesal civil y

de familia, semejantes a la procesal penal. Al respecto, el Código de Procedimientos Civiles establece (artículo 351) que "Los hechos puros y simples podrán ser probados por medio de testigos, cualquiera que sea la importancia de la cuestión en la cual se trate de establecer su existencia". Agrega el siguiente artículo 352: "Cuando la prueba verse sobre un acto jurídico que no sea una convención, para determinar si la prueba testimonial es o no admisible, deberá considerarse el acto en las consecuencias que pretenda deducir de él la parte que lo alegue". Además, los documentos otorgados en el extranjero (artículo 374 *ibidem*) se equiparan a los públicos del país, si en su otorgamiento se observaron las formas y solemnidades establecidas en el país donde se hayan verificado los actos y los contratos y si la firma del funcionario expedidor está debidamente autenticada. También "las fotocopias de los documentos originales tendrán el carácter que este artículo establece si el funcionario que lo autoriza certifica en ellas la razón de que son copias fieles de los originales, y cancela las especies fiscales de ley". (artículo 369, párrafo segundo *ejusdem*). Asimismo, debe tomarse en cuenta, para la celebración del matrimonio, que "el extranjero podrá demostrar su libertad de estado por cualquier medio que le merezca fe al funcionario, en defecto de los documentos anteriormente citados" (artículo 28 inciso 3) del Código de Familia). Además, *in extremis*, podría recurrirse a la inspección corporal por medio de peritos, para determinar, por ejemplo, la posible edad de una persona. (Artículo 204 del Código de Procedimientos Penales). Como se observa, la limitación del artículo 198 *ibidem*, no es tan absoluta, aunque debe resaltarse que estos últimos casos son de excepción, pues la regla que sigue rigiendo, aunque con los matices señalados, es que se recurra inicialmente a la certificación expedida por funcionario público y así deben entenderlo claramente los respectivos tribunales.

30. Ver, entre otras, sentencias 35-F de 11:15 horas del 17 de enero de 1992; 650-F de 15:55 horas del 23 de noviembre de 1993 y 609-F de 10:05 horas del 22 de diciembre de 1994. Además, Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, 1967, página 198 y De la Rúa, Fernando, *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Víctor P. de Zavalía, Editor, 1968, páginas 126 y 127.

EL ESTADO CIVIL Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

A raíz principalmente de algunas consultas judiciales, sobre el tema del derecho de las concubinas de abstenerse de declarar en contra del imputado, así como si tal derecho abarca a los parientes por consanguinidad y afinidad y hasta qué grado, lo cual tiene íntima relación con la prueba del estado civil, según se desarrollará posteriormente, la Sala Constitucional en diversas resoluciones se ha expedido sobre el punto: "La garantía constitucional del artículo 36 de la Constitución Política, es absoluta en el tanto que no admite ninguna limitación aún cuando provengan de la ley". "Esta norma en forma clara, con el fin de proteger la cohesión del núcleo familiar, fundada en razones de orden moral y familiar, deja a entera voluntad del testigo decidir si declara o no dentro del proceso penal. En consecuencia, es el testigo el que ostenta el privilegio de valorar su relación familiar y libremente decidir si declara o no lo hace. Desde la perspectiva del artículo 36 constitucional, no existe ningún supuesto bajo el que esté obligado a hacerlo". "Es de singular importancia también, advertir que el texto del artículo 36 constitucional, lo que consagra es un derecho a la abstención de un acto procesal, en aras de proteger los vínculos familiares, como ha quedado dicho, y como tal, es ejercitable en cualquier etapa del proceso y desde luego, no es renunciable en forma absoluta. Es decir, que el hecho de denunciar un supuesto ilícito, no implica para el sujeto, el deber de declarar como lo señala el artículo 228 referido. Siempre y cada vez que sea necesario declarar, el pariente en los grados indicados en el artículo 36 de la Constitución Política, puede abstenerse de hacerlo, sin que ello le implique responsabilidad de ninguna índole".³¹ "También se queja la defensora Rodríguez de la nulidad de la declaración tomada a la concubina del reo, pues no se le advirtió que tenía derecho a abstenerse de declarar en contra de su compañero tal y como lo establece la ley. Estima la Sala que en el presente caso, debe tomarse en cuenta que el artículo 36 de la Constitución que dice: Artículo 36.- En materia penal nadie estará obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.", tiene como objeto primordial proteger el vínculo familiar de los efectos que podría tener una "declaración" de el (sic) cónyuge o de los parientes en los grados allí descritos, en contra de otro familiar. Norma que es consecuente con los

números 51 y 52 ibidem que colocan a la familia: "...como elemento natural y fundamento de la sociedad...", y definen al matrimonio como "...la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges." Sin embargo, la realidad hizo que el constituyente previera una situación diferente cual es la relación parental de hecho, de la que nacen hijos con los mismos derechos que los habidos en matrimonio y se desarrollan familias estables. De allí que en el artículo 53 en relación con el 54 de la Constitución, otorgara reconocimiento y plenos derechos e igualdad a los hijos nacidos fuera del matrimonio". IV.- Pero no regula la Constitución la hipótesis de que la persona sea precisamente el denunciante-ofendido por el hecho delictuoso cometido por su familiar y por ello debe hacerse la distinción entre la "declaración" protegida por esa norma, es decir la participación de una persona en el proceso penal como un testigos de los hechos que se le imputan a un pariente; de la denuncia que él interponga contra un familiar". "...Vemos que la facultad de abstenerse de declarar en contra de familiares desaparece cuando se trata de un denunciante que es el caso que nos ocupa y por ello ha actuado correctamente el juzgador al tener como válida la denuncia de la concubina del acusado".³² "La Sala en el considerando III de la sentencia, llegó a la conclusión que, debido a la protección dada a la familia por el constituyente (art. 51); a la igualdad de derechos de los cónyuges (art. 52) y a la prohibición de calificar la naturaleza de la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio (art. 54), se concluye que la unión familiar de hecho está plenamente reconocida y protegida por la Constitución. En consecuencia, las garantías procesales otorgadas a los familiares por el artículo 36 de la Constitución, para un caso penal, se extienden a la concubina o compañera del acusado, precisamente por el vínculo familiar establecido, vínculo que el juez deberá valorar en cada caso según criterios de razonabilidad que permitan definir la existencia de un vínculo afectivo. En este sentido, el juez deberá analizar los diversos factores que componen la relación familiar, como el grado de cohesión de la pareja, si han procreado hijos juntos, etc. que permitan deducir que la declaración de uno en contra del otro, producirá una lesión a la armonía familiar y por ello es

31. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 264-91 de las 14:30 horas del 6 de febrero de 1991.

32. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 2776 de las 14:30 horas del 2 de setiembre de 1992.

importante hacerle la prevención de que tiene derecho de abstenerse de hacerlo".³³ "Según lo expuesto, para el legislador constituyente, las llamadas "familias de hecho" y el matrimonio son simultáneamente dos fuentes morales y legales de familia (hay que tomar en cuenta que no existe impedimento legal para constituir una familia de hecho); ambos garantizan la estabilidad necesaria para una permanente vida familiar, porque se originan en una fuente común: el amor que vincula al hombre y la mujer, el deseo de compartir, de auxiliarse y apoyarse mutuamente y de tener descendencia". "...La familia de hecho es una fuente de "familia", entendida esta como el conjunto de personas que vinculadas por la unión estable de un hombre y una mujer, viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria. Sin embargo, debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho, cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio, y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de, estabilidad (en la misma medida en que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales)".³⁴ Ese desarrollo de la jurisprudencia provocó una consulta por parte de la Sala Tercera a la Constitucional, para que se estableciera si ese derecho de abstención de declarar, incluía no sólo a los familiares en tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad, cuyas relaciones de parentesco surgen del matrimonio sino también a los familiares, en igual grado, de una relación de hecho, que reúna las características de estabilidad, publicidad, cohabitación y singularidad, con fundamento en el principio de igualdad constitucional del artículo 33 y el de abstención del imputado y sus parientes del artículo 36, ambos de la Constitución Política.³⁵ Al evacuar

esa consulta la Sala Constitucional determinó que "...el derecho de abstenerse de declarar que contempla el artículo 228 del Código Procesal Penal comprende a los familiares, en tercer grado inclusive, de consanguinidad o afinidad, cuyas relaciones de parentesco surjan de una relación de hecho que reúna las características de estabilidad, publicidad, cohabitación y singularidad".³⁶

CONCLUSIONES

Si bien seguimos sosteniendo que la disposición del artículo 198 del Código de Procedimientos Penales, exige la certificación expedida por el Registro Civil o en su caso por Notario Público, para acreditar los elementos que forman parte del estado civil de las personas, pues ningún trastorno causa al Despacho correspondiente ni provoca atrasos en la instrucción, en algunos casos, cuando no conste la anotación en el respectivo Registro o sea defectuosa, puede recurrirse a otros elementos probatorios para establecerlo, lo que demuestra que tal limitación no es tan absoluta. Además, con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en torno a la posibilidad de abstención de concubinos y familiares hasta tercer grado inclusive, de consanguinidad o afinidad cuyo parentesco surja de una relación de hecho que reúna las características de estabilidad, publicidad, cohabitación y singularidad, se establece una situación que va a afectar la mencionada limitación, pues se estaría exigiendo la demostración emanada del Registro Civil, cuando las relaciones sean producto de matrimonio, y cualquier otra prueba cuando provengan de relaciones de hecho, pues casi con excepción de los hijos, no se encuentran inscritas. Ello debe provocar una modificación al citado numeral 198, para que se elimine la situación de injusticia procesal que a partir de ahora puede darse, o una interpretación más amplia para corregir esa eventual desigualdad.

33. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 2984-93, citada en la N° 1151-94 de 15:30 horas del 1 de marzo de 1994.

34. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 1151-94 de 15:30 horas del 1 de marzo de 1994. En igual sentido, N° 1153-94 de las 15:36 horas del 1 de marzo de 1994.

35. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 152-A-94 de las 11:00 horas del 23 de setiembre de 1994.

36. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 6798-94 de 14:51 horas de 23 de noviembre de 1994.

LA VIOLACION DENTRO DEL MATRIMONIO: PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

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

El acceso carnal forzado con la cónyuge, es un tema poco tratado expresamente por nuestros tribunales, como constitutivo de un ilícito penal, y de casación solo conocemos la sentencia N° 600, de 9:20 hrs. del 22 de abril de 1994, a la que nos referiremos más adelante. La razón de ese vacío jurisprudencial, no creemos que obedezca precisamente a la falta de denuncia de situaciones de ese tipo, sino más bien a una equivocada concepción del papel de la mujer en nuestra sociedad.

La discusión sobre el punto ha estado latente siempre, y en no pocas oportunidades se levantaron voces defensoras de la mencionada conducta, señalando que la "cohabitación" o "vida en común" a que alude el Código de Familia, implica una obligación por parte de la mujer de acceder sexualmente cuando sea requerida al efecto por su marido. Está claro que ésta es una visión cosificante que desconoce su individualidad e irrespeta en grado sumo el derecho a la propia forma de pensar, sentir, vivir etc., pero que, por desgracia cuenta con partidarios en nuestro medio, reforzados en sus argumentos por una equivocada concepción religiosa de la institución matrimonial, pues en gran medida la iglesia contribuye a fortalecer las desigualdades al imponer la obligación de "soportar", "para salvar el matrimonio" como expresamente lo señalan algunos de sus representantes. La unión legal se convierte desde esta perspectiva en una relación de dominación en la que, una de las partes, el varón por supuesto, está facultado para imponer su voluntad y modelar a su antojo la convivencia. Así, comentando la sentencia a la que nos referiremos, un penalista de nuestro medio señaló que la mayoría de los tratadistas niegan que pueda existir violación en el matrimonio "porque la mujer tiene un deber de cohabitar con el marido y eso es el matrimonio.

Excepto cuando la vida de la mujer está en peligro, por el contagio de una enfermedad o por la presencia de la menstruación, ésta no puede negarse a tener relaciones sexuales con su esposo y si viniera una acusación por violación, el esposo tendría la facultad de alegar ese derecho."¹

La relación entre moral cristiana tradicional y derecho, se hace evidente en muchas disposiciones normativas, y sobre todo en su apreciación por los juzgadores; sobrados pronunciamientos conforman nuestra jurisprudencia en materia de familia, en los que las situaciones de adulterio fueron tratadas en forma completamente distinta según se tratara del varón o de la mujer, pues en este último caso la afrenta al honor del marido fue duramente castigada. En el campo del Derecho Penal, el contenido que se le ha dado a elementos normativos de algunos tipos penales, entre ellos la "honestidad", mencionada en el artículo 159 que sanciona el acceso carnal con mujer honesta, aun con su consentimiento, si se trata de una mayor de doce años o menor de quince, es muy representativo del ligamen a que hemos hecho referencia entre moral y derecho, pues aunque han sido varias y muy diversas, la mayoría de las valoraciones reflejan una parcializada y sexista visión del honor, ya que hasta la visita frecuente a un "salón de baile", se ha dicho que convierte a la víctima en una mujer no honesta, cuya libertad sexual no debe protegerse.

Por supuesto que no nos inclinamos por la penalización de todos los actos de índole sexual, pero sí creemos que las conceptualizaciones sobre el tema deben estar alejadas del moralismo y las llamadas "buenas costumbres" y que temas como el

1. Periódico *La Nación*, 25 de enero de 1995, p. 8A.

del aborto debieran ser analizados no desde el punto de vista ético cristiano sino con una propuesta distinta que incluya un visión democrática de maternidad como opción libre, o que, al menos, en todo caso, se analizara fuera del Derecho Penal, pues éste, con la criminalización no resuelve el derecho a la vida de las nuevas generaciones. Se trata de un tema de mucha actualidad que merece por supuesto un posterior análisis en forma separada, pero al menos queremos dejar expuesta la inquietud sobre la necesidad de someterlo a discusión.

A. La concepción androcéntrica del mundo

Las mencionadas apreciaciones sobre el papel de la mujer en nuestro medio, no se alejan de aquellas que a lo largo de la historia la han marginado y excluido de la posibilidad de ocupar cargos de relevancia, de ser reconocidas intelectualmente y de brindarles el lugar que merecen como actrices y agentes en el desarrollo de la historia. "Las mujeres son y han sido parte central, no marginal, de la formación de la sociedad y de la construcción de la civilización."²

La cultura nuestra es sin duda una cultura androcéntrica, es decir, centrada en el hombre y lo relacionado con él; lo masculino es tomado como punto de partida y ángulo desde el cual se evalúa todo; así, la población femenina es considerada entonces en relación con las necesidades y preocupaciones del grupo masculino, y lo que es bueno para el hombre es bueno para la especie humana.

El lenguaje, por su parte, es sin duda una de las formas que ha contribuido en buena medida a la invisibilización de la mujer, y dentro del concepto masculino utilizado para denominar una gran cantidad de cosas, debemos sentirnos incluidas; de ahí que no sea en vano la lucha de algunas feministas contra esta sobrevaloración de lo masculino en el lenguaje, en tanto éste no solo refleja y comunica, sino que conforma y fija los hábitos y valores de una determinada cultura.

Por otro lado, un problema que afecta aún más la situación de la mujer es que, como señala Alda Facio³, en "El Derecho como producto del patriarcado", las mujeres, al vivir inmersas en esta cultura masculina y por ende, androcéntrica, también pensamos y sentimos androcéntricamente; de ahí que, en muchos casos, la agresión, a todo nivel, se asume casi con naturalidad en el tanto forma parte de un rol asignado e introyectado históricamente. Consecuencia de ello es que, nos atreveríamos a afirmar, una gran mayoría de estos hechos no

se denuncian, especialmente cuando ocurren en el seno de un matrimonio establecido con todos sus ritos; y, en muchísimos casos, la imposibilidad de hacer frente a la situación económica, especialmente cuando hay hijos de por medio, contribuye a mantener un régimen de agresión permanente, ya que, por otro lado, no existen tampoco los mecanismos socioeconómicos necesarios para facilitar en estos supuestos a la mujer la atención de sus necesidades y las de su familia.

Como ya lo habíamos señalado, esta concepción androcéntrica también ha permeado el ordenamiento jurídico, y evidencias de las más contundentes las encontramos a través de la historia desde las primarias disposiciones del Código de Hammurabi y las Leyes de Manú; así, señala el primero:

"El esposo tiene ciertos derechos sobre la mujer. Puede reducirla a servidumbre en casa de un acreedor... Si una mujer de conducta desordenada y mala ama de casa desatiende a su marido, éste puede escoger: primero repudiarla ante el tribunal, sin derecho a indemnización o declarar ante el juez que no la quiere repudiar, quedando entonces como esclava. En los dos casos es lícito al marido contraer nuevo matrimonio".

Por su parte, en las Leyes de Manú se establece que:

Regla 148: "Durante su infancia, una mujer debe depender de su padre, durante su juventud, depende de su marido, si ha muerto su marido, de sus hijos; si no tiene hijos, de los próximos parientes de su marido, y, en su defecto, de los de su padre, si no tiene parientes paternales, del soberano; una mujer no debe nunca gobernarse a su antojo".

Regla 154: "Aunque sea censurable la conducta de su marido, aunque se dé a otros amores y esté desprovisto de buenas cualidades, debe la mujer virtuosa reverenciarlo constantemente como a un Dios".

Por supuesto que hoy día, la discriminación no se expresa en forma tan clara, mucho menos en los textos legales y se han hecho importantes esfuerzos por alcanzar algún reconocimiento y mejora de la posición social y condiciones de vida de las mujeres. Pero es

2. Lernes, Gerda. "The origins of Patriarchy". New York, Oxford University Press, 1986, pág. 2.

3. Facio Alda y otras. "Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones", ILANUD, 1993. San José, Costa Rica. p.11

claro que, entre otras cosas, no se ha logrado detener el alto índice de violencia doméstica que se presenta en nuestro país, así como tampoco se han implementado las medidas correctivas adecuadas para, por lo menos, disponer de un marco legal idóneo, que por supuesto no creemos deba estar necesariamente comprendido dentro del derecho penal.

Está claro que no solo se debe establecer si el ordenamiento jurídico ha eliminado la discriminación contra las mujeres en el plano formal, sino que se requiere como elemento básico, analizar la manera en que las leyes se aplican, pues como todos sabemos, el componente cultural es determinante, y es así como los valores y principios que conforman la mentalidad de nuestros jueces en ese y en todos los planos, se revelan en el contenido de sus resoluciones y por los antecedentes que hemos señalado hay un trabajo riguroso por realizar en esa constatación.

B. Impacto del precedente jurisprudencial

En el contexto de discriminación que hemos mencionado, lógicamente el que nuestro máximo tribunal en la materia se haya pronunciado en la forma que se transcribirá, resulta de sumo interés e importancia.

Nótese que uno de los alegatos del recurrente, se sustenta en que, tratándose de su mujer, el acceso carnal por la fuerza no es constitutivo de un delito, sino parte de la mutua entrega sexual a que se obligan los cónyuges, y que el varón está en facultades de hacer valer; reflejándose aquí por supuesto, esa mentalidad degradante sobre el papel femenino.

Sin embargo, de manera acertada, la Sala Tercera, en su sentencia N°600 de las 9:20 hrs. del 22 de diciembre de 1994 señaló que: "La Sala no puede, ni siquiera por asomo, compartir el criterio esgrimido por el recurrente. El matrimonio no es un acto que dé a ninguno de los contrayentes facultades de dominio sobre el otro. Nunca puede estimarse que el vínculo matrimonial implique la enajenación de las libertades inherente a la condición de ser humano. Concebir que por haber contraído matrimonio uno de los cónyuges, habitualmente la mujer, pierde su individualidad e identidad (es decir su propia forma de ser, pensar, sentir, vivir y de tener expectativas) y se ve sometida a la voluntad y talante del otro, es una visión atávica de la relación interpersonal, propia de una actitud cosificante, en la cual el cónyuge en desventaja pasa de ser sujeto (esto es con su propia individualidad) a ser objeto (de servicio, satisfacción, compañía o simple presencia). Si bien es cierto a través del matrimonio se adquieren

derechos y obligaciones hacia el otro contrayente, esencialmente respeto, ninguno tiene la potestad de imponer su voluntad al otro ni autotutelar su interés a la viva fuerza, intimidación o lesión al honor. Si es que alguno de los contrayentes irrespeto o desatiende derechos de los que el otro es titular, deberá éste recurrir a las vías que al efecto prevé el ordenamiento de familia a fin de poner término a la desavenencia o bien la relación, si es que así cabe y lo desea; pero no por aquello una acción cuya tipificada por el Derecho Penal se verá justificada".

Resulta clara la trascendencia del precedente jurisprudencial transcrito, en el tanto se inscribe dentro de la corriente que tiende a hacer efectivo el reconocimiento del verdadero papel de la institución matrimonial en nuestro medio, como acuerdo de voluntades en todo sentido, según el cual los contrayentes asumen el compromiso de cumplir una serie de deberes recíprocos, pero impidiendo la potestad de imponer la voluntad de uno sobre el otro. Y por supuesto, es reflejo también de una concepción igualitaria del rol de los cónyuges y superadora de la concepción machista que toma la sexualidad en función del placer como prerrogativa masculina. De lo que se trata no es de eliminar las diferencias entre los sexos, sino acabar con las desigualdades.

Ojalá ésta se convierta en la tendencia dominante en todos nuestros tribunales y se supere la idea de exigir de la víctima de violación, acoso y agresiones sexuales, la demostración de una serie de requisitos que la excluyan como la "provocadora" del suceso.

Es importante destacar que si bien en otras oportunidades nos hemos pronunciado contra el carácter selectivo del Derecho Penal y su evidencia más clara: la criminalización de los sectores de más escasos recursos, razón por la que no creemos que aumentar las penas ni fortalecer tendencias represivas sea la solución más adecuada a los conflictos como los que aquí evaluamos, sí consideramos importantes los mecanismos de control social democráticos, no sexistas, que dirijan sus esfuerzos fundamentalmente hacia la prevención o en su caso, la resocialización o readaptación del sujeto infractor del ordenamiento, -aunque como señala el Profesor Raúl Zaffaroni, hablar hoy día de los "re", es una falacia, pues a lo sumo se aspiraría a que el sistema de reclusión provoque menos deterioro en el ser humano al que se le aplica-.

Hay de por medio un trabajo de educación importantísimo que debe darse en todos los ámbitos del diario quehacer, precisamente de una educación que reconozca el verdadero papel de la mujer en el desarrollo social y quizá así evitaríamos muchas de las conductas como la acusada en el caso que comentamos.

EL ERROR DE TIPO

Carlos Chinchilla Sandoval
Juez Sexto de Instrucción de San José

SUMARIO

INTRODUCCION	52	1.- Error relevante	58
		2.-Error irrelevante	59
CAPITULO PRIMERO:			
ASPECTOS GENERALES	53	B.- Error sobre el curso causal	59
A.- Generalidades	53	1.- Desviación no esencial	59
B.- Diferencia entre el denominado "error de tipo" y "error de prohibición"	54	2.- Desviación esencial	59
CAPITULO SEGUNDO:		C.- Aberratio ictus (o error en el golpe)	59
TRATAMIENTO JURIDICO-POSITIVO		1.- Error sobre objetos desiguales	60
DEL ERROR DE TIPO	55	2.- Igualdad de objetos, con la misma consideración jurídico-penal	60
A.- Error sobre elementos esenciales	55	CH.- Consumación anticipada y "dolus generalis"	60
1.- Error invencible	55	1.- Consumación anticipada	60
2.- Error vencible	55	2.- "Dolus generalis"	61
B.- Error sobre elementos accidentales	56	D.- Error sobre los presupuestos de alguna causa de justificación o exclusión de lo injusto	61
1.- Error sobre elementos que agraven la pena	56	1.- Teoría del dolo	62
2.-Error sobre elementos que disminuyen la pena	57	2.- Teoría estricta de la culpabilidad	62
CAPITULO TERCERO:		3.- Teoría restringida de la culpabilidad	62
OTROS CASOS DE ERROR.		4.- Teoría de los elementos negativos del tipo	62
ASPECTOS GENERALES	58	5.- Nuestra toma de posición	62
A.- El error sobre el objeto de la acción (error in persona vel in objecto)	58	CONCLUSIONES	63
		BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	64

INTRODUCCION

El tema propuesto resulta de gran interés y actualidad. Resolviendo en forma efectiva los problemas emergentes del conocido "*error de tipo*", lograremos dar solución a otras discusiones que se plantean dentro del derecho penal, tanto en forma dogmática como en probables casos prácticos.

Inicialmente es prudente lograr arribar a una definición sencilla y clara de lo que es el error en forma general, para luego hacer la necesaria diferencia entre los diferentes tipos de error que trata la doctrina -hablamos, error de tipo y error de prohibición-

Pero el aspecto importante y singular de la presente investigación, estriba en lograr ubicar dentro de la normativa penal la regulación del mencionado error de tipo. Aun más, lograr escudriñar su verdadera regulación legal, y si la misma en este momento es suficiente para dar solución a todos los problemas que surgen de esta institución. Sabemos que la actual legislación no comprende varias situaciones, por ello, el motivo del presente trabajo y estudio.

En igual forma, cuando se trata del tema del error de tipo, se logra la aplicación de una u otra teoría en cuanto a la dirección que debe de tener la

aplicación del mismo. Lo anterior, se debe de lograr concretar, ya que de una posición u otra, o la toma de partido por una teoría u otra, vendrán consecuencias jurídicas diversas. Por ejemplo, dentro del campo del error de tipo y específicamente ante el error de los presupuestos de una causa de exclusión de lo injusto o la antijuridicidad, se manejan la

teoría del dolo, la de la culpabilidad estricta, la culpabilidad restringida y la de los elementos negativos del tipo; debiendo de tomarse posición por la aplicación preferente de una sobre otra, no dejando de lado la opinión mayoritaria de la doctrina española y la de la jurisprudencia.

Madrid, Mayo de 1994.

* * *

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES.

Este primer capítulo se dirigirá a ubicarnos en el tema propuesto, orientándonos en cuanto a los aspectos generales que debemos de dominar, para luego exponer las diferencias existentes entre el error de tipo y el error de prohibición -en forma general, ya que ese no es el tema de la presente investigación-.

Por otra parte, es necesario indicar que este capítulo se dividirá en dos secciones; la primera dedicada a problemas de terminología y contenido jurídico del error de tipo, y la segunda, aspectos relevantes respecto a la diferencia básica entre el error de tipo y el error de prohibición. Veamos cada uno de estos temas.

A. Generalidades.

Como bien lo señala *Jescheck* en su *Tratado de derecho penal (Parte general)*, el punto de partida de toda teoría del error debe ser la distinción objetiva de los diferentes casos de error ¹.

En general, el error es la ignorancia o falsa apreciación de una situación ². En forma específica, la teoría del error del tipo se relaciona directamente con el dolo y su referencia es inmediata en cuanto a su valoración jurídica. En efecto, tenemos que el dolo se entiende de forma general como el *conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal* ³. Esta definición resulta algo imprecisa, pero nos sitúa en el medio de lo que tratamos de exponer en esta investigación.

Ahora bien, el error, y en forma específica el error de tipo supone el *desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto* ⁴. *Bacigalupo* al hablar sobre el error de tipo, señala que el mismo existe cuando "...el autor carezca de la correcta re-

presentación de la realidad, en la que actúa de tal forma que no pueda saber que su acción realiza el tipo de un delito..."⁵ Como consecuencia de tal desconocimiento o error sobre la existencia de esos elementos, se *excluye* el dolo y todo lo más ⁶. Como ejemplo; el caso del sujeto que dispara sobre una liebre que supone oculta bajo una mata, pero lo hace sobre un niño que se encuentra en el lugar en que él cree está la liebre (art. 407 del Código Penal).

En el caso de la total exclusión del dolo, estaríamos hablando del llamado error invencible, pero de ser vencible, deja subsistente el tipo objetivo de injusto de un delito imprudente -en los casos que sea posible su aplicación-.

Tenemos que el artículo 6 bis a), del Código

1. **JESCHECK (Hans-Heinrich)**, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Granada, cuarta edición, Editorial Comares, 1993, p.275.
2. **BUSTOS RAMIREZ (Juan)**, *Manual de derecho penal. Parte general*, Barcelona, tercera edición, Editorial Ariel, 1989, p. 257.
3. **BUSTOS RAMIREZ**, *ibíd.*, p. 263.
4. **MIR PUIG (Santiago)**, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, tercera edición, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990, p. 268. Por su parte, en forma concordante con lo expuesto, **JESCHECK**, *ob. cit.*, p. 275, señala que el error de tipo se presenta cuando alguien "en la comisión del hecho desconoce una circunstancia que pertenece al tipo legal"; haciendo notar, que cuando se habla de "circunstancias", se alude en primer lugar a todos los elementos objetivos del tipo legal.
5. **BACIGALUPO ZAPATER (Enrique)**, *El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición en Comentarios a la legislación penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1985, p. 65.
6. **MUÑOZ CONDE (Francisco) y GARCIA ARAN (Mercedes)**, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1993, p. 252.

Penal español recoge lo relacionado con el error en general, diríamos, tanto la fórmula del error de tipo como el de prohibición. En efecto, los dos párrafos primeros se refieren al error de tipo, y su párrafo final, hace referencia al error de prohibición, eso parece deducirse de su detalle.

En cuanto al error de tipo, el numeral citado indica que al tratarse del "...error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena (entiéndase *error de tipo*), excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso" (lo escrito y resaltado entre paréntesis no corresponde a su original). Continúa señalando tal disposición en su párrafo segundo, "...Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa".

En forma clara y explícita, el derecho penal español consagra la institución del error de tipo y viene a salvar lagunas que anteriormente se mantenían. Tal redacción corresponde a la reforma de 1983, y es la que ha venido a introducir en forma explícita, situaciones que anteriormente se echaban de menos.

Otro ejemplo del caso del error de tipo tenemos; el cazador que dispara sobre otro su escopeta tomándolo como una pieza. Aquí nos encontramos ante el desconocimiento esencial del tipo de homicidio, donde se requiere que se mate a otro hombre (ver artículo 407 del Código Penal español).

Respecto a su contenido, *Jescheck* indica que puede consistir tanto en una *representación falsa* como en la *falta de una representación*, ya que error es en términos generales, la discrepancia entre conciencia y realidad⁷. Lo anterior es de tal forma, ya que la falta de seguridad respecto a un elemento objetivo del tipo no es error, sino dolo eventual o imprudencia consciente⁸; teniendo otro tratamiento jurídico.

Volviendo a los aspectos de la redacción del ordinal 6 bis a) del Código Penal, incurre en una falta no tan grave si la comparamos con el gran avance en la teoría del error representa este artículo. El aspecto al cual nos referimos, se refiere a la integración dentro del numeral, de la indicación de que ha de tratarse de un elemento "**esencial**" integrante de la infracción. Esta fórmula utilizada es poco afortunada pues brinda la sensación de que la infracción estuviera integrada por elementos esenciales y no esenciales (accidentales). En opinión de *Bacigalupo* desde la visión del error de tipo, lo que importa es si se trata de elementos que *fundamenta*

o *modifican* la pena⁹. Continúa indicando tal autor, que en tanto la ley se refiere por una parte a los elementos de la infracción (los que fundamentan la penalidad), como aquellos que agraven la pena (en definitiva, que la modifican), la distinción entre elementos "esenciales" y los que sólo serían "accidentales" resulta superflua¹⁰. La mayoría de los autores que tratan el tema, dan por supuesto y aceptada la diferencia que expone la ley, y proceden a partir de la distinción entre elementos "esenciales" y elementos "accidentales"; distinción que por otra parte, no llega a apartarse de la idea de fundamentación y modificación de la pena que se ha expuesto.

B. Diferencia entre el denominado "error de tipo" y "error de prohibición".

La distinción que ahora utilizamos entre *error de tipo* y *error de prohibición* no se ha logrado imponer sino hasta tiempos recientes. Anteriormente imperaba la utilización de los términos diferenciadores que provenían del derecho civil, que distinguía entre *error de hecho (error facti)* y *error de derecho (error iuris)*; distinción que aún puede encontrarse en muchos países, como es el caso del Código Penal de Costa Rica en sus artículos 34 y 35, así como en la jurisprudencia. El error de hecho era aquel que recaía sobre las circunstancias fácticas del delito; por su parte, el error de derecho recaía sobre las circunstancias jurídicas valorativas del delito¹¹.

Por su parte, la doctrina hoy guarda completo acuerdo en cuanto a la determinación de los términos y se ha abandonado la vieja fórmula de error de hecho y de derecho; tal abandono se presentó, al admitirse la categoría de los elementos normativos del tipo, que implicaban valoración ya en la tipicidad¹². Uno de los aspectos polémicos que aún persiste dentro del error, es acerca de los presupuestos típicos de las causas de justificación y si en definitiva se consideran error de tipo, o en su caso, error de prohi-

7. JESCHECK, *ob. cit.*, pp. 275-276.

8. *Ibid.*, p. 276.

9. BACIGALUPO, *ob. cit.*, p. 68.

10. *Ibid.*, p. 66.

11. BUSTOS RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 257.

12. Cfr. BACIGALUPO, *ob. cit.*, p. 54; BUSTOS RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 257.

bición (al respecto ver *infra*, Capítulo III, aparte D.-).

Como ya lo hemos dicho líneas atrás, el error de tipo supone el *desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto*, por lo cual, se considera que no existe dolo alguno. Por su parte, el error de prohibición afecta a la *significación antijurídica del hecho*, ya por creer que éste no está prohibido, ya por creerse el autor legitimado para hacerlo (error sobre la justificación de la conducta)¹³. Por tanto, dentro del error de prohibición encontramos, tanto el error sobre la licitud de la conducta, como el error sobre la concurrencia de alguna causa de justificación o exclusión de lo injusto.

CAPITULO II: TRATAMIENTO JURIDICO-POSITIVO DEL ERROR DE TIPO.

El tratamiento del error de tipo y sus consecuencias jurídicas, se debe de desarrollar en forma conjunta con la distinción entre elementos *esenciales* y *accidentales* del tipo.

A. Error sobre elementos esenciales.

Cuando nos encontramos ante el tema del error sobre los elementos esenciales, pueden suceder dos cosas; primero, que el error sea *invencible*, y segunda, que sea *vencible*. Ambas situaciones reportan resultados jurídicos diversos, que pasamos a estudiar.

Girando sobre el artículo 6 bis a), el párrafo primero del mismo se refiere específicamente sobre el error invencible, y por su parte, el párrafo segundo, versa sobre el error vencible. Con detalle, veamos cada uno de los casos.

1.- Error invencible.

Se presenta cuando el error no se hubiese logrado evitarse ni aun aplicando la diligencia debida (error "no imprudente")¹⁴. Como lo señala Jescheck, se excluye el dolo, ya que no existe el conocimiento de todos o algunos de los elementos del tipo objetivo¹⁵, deberíamos de agregar, que se excluye también la imprudencia, la cual se reserva para otros casos que veremos *infra*.

En consecuencia, estaremos ante la impunidad de la conducta realizada, ello por la razón que en el sistema moderno únicamente contamos con

tipos dolosos o culposos, y la simple causación de una resultado lesivo sin dolo ni culpa resulta *atípico*.¹⁶

Como lo dijimos líneas atrás, este tipo de error invencible se encuentra recogido en el artículo 6 bis a) párrafo primero del Código Penal, al señalar el mismo que "el error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal... excluye la responsabilidad criminal...".

2.- Error vencible.

La problemática del error vencible discurre por otros caminos. en efecto, el artículo 6 bis a) párrafo segundo indica que "si el error... fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa".

Entramos a la consideración de la imprudencia. En definitiva, el error vencible excluirá el dolo pero no la *imprudencia*. El error vencible es aquel que hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado, por lo que puede considerarse "error imprudente"¹⁷.

Se debe de tener presente, que el tipo de la imprudencia nos puede conducir a la amplia apreciación partiendo del artículo 565 del Código Penal al tratar de la imprudencia punible. Pero si revisamos detenidamente el artículo 6 bis a) párrafo segundo, notaremos que la norma refiere a la expresión "*en su caso*", con lo cual podemos aducir que lo que trata de significar es que el error vencible sobre los elementos del tipo objetivo sólo será punible si se considera punible la forma culposa del delito cuyo tipo objetivo realizó el autor¹⁸.

Otro aspecto que resulta interesante de resaltar y que la mayoría de los estudiosos dejan de lado

13. QUINTERO OLIVARES (Gonzalo), *Derecho penal. Parte general*, Madrid, segunda edición, Editorial Pons, 1989, p. 415.

14. MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 269.

15. JESCHECK, *ob. cit.*, p. 278. Cfr. BACIGALUPO, *ob. cit.*, p. 76; GOMEZ BENÍTEZ (José Manuel), *Teoría jurídica del delito. Parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1984, pp. 222-223.

16. MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 270.

17. *Ibid.*, p. 269. Cfr. GOMEZ BENÍTEZ, *ob. cit.*, pp. 222-223.

18. BACIGALUPO, *ob. cit.*, p. 77.

y considero, dan por supuesto, es el que *Bacigalupo* expone acerca de la idea de la imprudencia. En efecto, el error es evitable cuando el autor, observando el cuidado exigido, hubiera conocido o conocido correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representada. En tal sentido, la determinación del cuidado exigido debe de hacerse en función de la *capacidad individual* en las circunstancias concretas de la acción, ya que el texto legal señala que a tales fines se atenderá a las "...circunstancias del hecho y las personales del autor"¹⁹. Con ello, en opinión de *Bacigalupo* la cual nos parece muy acertada, se ha dirigido la ley a dar un apoyo importante a la posición que exige en el delito culposo un *deber individual de cuidado* (determinado por las capacidades y conocimientos del autor), en oposición a un *deber objetivo de cuidado*²⁰.

B. Error sobre elementos accidentales.

El artículo 6 bis a) párrafo primero, señala que "...el error invencible sobre un elemento... que agrave la pena, excluye... la agravación...". Como vemos, esta regulación legal se limita únicamente a aquellos casos donde se presente el error en elementos que agraven la pena, dejando sin tratamiento legal alguno, aquellos casos donde el error recae sobre elementos que disminuyen la pena. Un desacierto del legislador español al dejar de lado este último aspecto, que en definitiva resulta de importancia. En esta sección, veremos el tratamiento legal que se le debe de brindar al error sobre algún elemento que disminuya la pena. Primero, analizaremos el caso que recoge la disposición legal en comentario, para llegar al caso en abandono legislativo.

Tenemos que los elementos accidentales son aquellos "... que inciden sobre el tipo básico generando un tipo cualificado o atenuado (circunstancias específicas de agravación o atenuación) y aquellos otros que sin dar origen a un tipo distinto aumentan o disminuyen la pena prevista para la realización del tipo al que aparecen referidas (circunstancias genéricas agravantes o atenuantes)"²¹.

Como vemos, contamos con circunstancias específicas y genéricas que resultan agravantes y atenuantes. Respecto al primer grupo, sea las circunstancias específicas se encuentran como ejemplos, los tipos penales de los artículos del Código Penal 480, párrafo tercero (privilegiante) y 481 (cualificante). Por su parte, respecto a las circunstancias genéricas agravantes y atenuantes tenemos los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal. Al estudio de las

disposiciones genéricas, se le debe de agregar el examen del artículo 60 del Código Penal; "Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurran.

Las que consistiesen en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuviesen conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito". Con lo cual se establece la incomunicabilidad de las llamadas circunstancias subjetivas y la apreciabilidad en función de que se conozcan de las objetivas²².

1.- Error sobre elementos que agraven la pena

El artículo 6 bis a) párrafo primero señala que "El error invencible sobre un elemento... que agrave la pena, excluye... la agravación en su caso". Dentro de tal norma, se incluye lo concerniente al error sobre uno de los elementos -accidentales- que agravan la pena, en definitiva, son tanto las circunstancias específicas de agravación (pertenecientes al tipo de un delito cualificado), cuanto las agravantes genéricas (que no son elementos de tipo alguno aunque, en principio, estén referidas a cualquiera sin pertenecer a él). En realidad tal disposición no viene a ser lo completa que se hubiera querido, ya que regula en forma específica el error invencible, dejando excluida toda referencia al error vencible en cuanto a circunstancias agravantes. Debemos de decir, que cuando se trata de este tipo de error, no es del caso hacer distinción alguna en cuanto al tratamiento del error invencible o del error vencible, ya que de todas formas, las consecuencias jurídicas resultan ser las mismas. Se debe de tomar en cuenta, que lo principal es el "*conocimiento*" de la agravante, que de no tener conocimiento de la mis-

19. *Ibid.*, p. 77.

20. *Ibid.*, p. 77.

21. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (Emilio) y HUERTA TOCILDO (Susana), *Derecho penal. Parte general; teoría jurídica del delito*, Madrid, segunda edición, Editor Rafael Castellanos, 1986, p. 141.

22. OCTAVIO DE TOLEDO, *ob. cit.*, pp. 141-142.

ma no podría aplicársele, resultando inútil la diferencia acerca de si el error resulta invencible o vencible²³. En todo caso, subsiste la figura del tipo básico consumado. Un ejemplo de este tipo error se presenta en la siguiente situación; un sujeto cree venciblemente que la detención ilegal por él cometida ha durado menos de quince días, cuando en realidad, ha transcurrido más tiempo, no responderá por la realización del tipo agravado previsto en el artículo 481.2 del Código Penal, pero sí por la del tipo básico del artículo 480 *iusjudem*.

Consideramos que la posición adoptada por la doctrina dominante, en cuanto a la consideración de la innecesaria distinción entre el error vencible e invencible respecto al error sobre un elemento que agrava la pena, es la más acertada. La solución la encontramos al revisar el artículo 60 párrafo segundo, donde se exige el conocimiento de los elementos de naturaleza objetiva -ejecución material del hecho o los medios empleados para realizarla- por parte del autor, de lo contrario devienen en inaplicables al mismo. Debemos de decir, que no es correcto pensar que el párrafo segundo del artículo 6 bis a) tenga aplicación en los casos del error vencible que venimos señalando, por la razón que no se obliga a imponer la pena de la imprudencia ("en su caso") cuando el hecho sigue siendo doloso²⁴.

Dentro de la doctrina existe un caso sumamente interesante, pero que en realidad se encuentra resuelto con los anteriores razonamientos expuestos; el mismo se refiere al denominado "*error al revés*". En tal error, el sujeto considera erróneamente que a su acción le asisten elementos que agravan la pena. En tal caso, la solución debe de ser la misma a la anterior, o sea no se puede llegar a tomar en cuenta tal agravante, siendo la misma totalmente *irrelevante*, debiendo de castigarse la acción según el delito base sin cualificar²⁵.

2.- Error sobre elementos que disminuyen la pena.

En este campo el artículo 6 bis a) en ninguno de sus dos párrafos donde se recoge el error de tipo, se establece específicamente el *error sobre circunstancias -genéricas o específicas- que atenúen la pena*. Esta falta de regulación ha llevado a la resolución diferenciada de los diferentes casos acerca de tal tipo de error. En igual forma, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a su tratamiento jurídico y las reglas a aplicar para cada caso.

Cuando se trata de circunstancias atenuantes en sentido estricto (artículos 9 y 11 del Código

Penal) se debe de partir del estudio del art. 60 del Código Penal, el cual viene a regular las circunstancias atenuantes genéricas, dividiéndolas entre las personales (párrafo primero) y las objetivas (párrafo segundo). Requiriéndose para las objetivas el conocer las mismas para que la sean aplicables, pero al regularse las personales, no queda claro si para que "concurran" es preciso su conocimiento.

En el caso de estas circunstancias atenuantes genéricas, se deben de conocer las mismas por parte del sujeto para que le sean aplicables, de lo contrario, no serán de su dominio y se entenderá cometido el tipo básico sin atenuantes. Ello viene a ser armónico con lo establecido por el art. 60.2 del Código Penal.

El problema principal surge cuando se tiene la creencia errónea de que concurre el *elemento específico atenuante*. Cuando el sujeto actúa erróneamente con la idea de ejecutar el tipo básico en todos sus elementos, así como los del tipo privilegiado, resulta ese conocimiento (siquiera erróneo) total del tipo privilegiado el que debe de regir las consecuencias penales. Esta idea del conocimiento y su relación con el art. 60. 2 del Código Penal, es lo que nos

23. Cfr. BUSTOS RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 264; MIR PUIG, *ib. cit.*, pp. 272-273. Criterio contrario sostiene GÓMEZ BENÍTEZ, *ob. cit.*, pp. 222-224; el mismo admite la diferencia generadora entre el error invencible y el error vencible, en cuanto se trata de error sobre los elementos que agravan la pena. La diferencia proviene en cuanto al tratamiento del error vencible, ya que existe acuerdo en cuanto al error invencible y la no aplicación de la agravante. En tanto se trate de error vencible, considera Gómez Benítez que quien pudo evitar su error sobre un elemento agravatorio específico no por ello debe responder sólo por el tipo cualificado imprudente -si ello es posible-, sino también ha realizado el tipo básico en forma dolosa; considera, de que de lo contrario se produciría un ilógico beneficio penal. Opta tal autor, por la normativa del *concurso ideal de delitos*, entre el delito básico doloso consumado y el delito cualificado imprudentemente consumado (por error vencible), si es que el delito cualificado admite la forma imprudente. Agrega, que si el delito cualificado no admite la fórmula imprudente respondería sólo por el delito básico doloso.

24. MIR PUIG. *ob. cit.*, p. 272.

25. *Ibid.*, p. 273. Mir Puig brinda un ejemplo interesante; es el caso del autor de un hurto que creía que la cosa hurtada se hallaba destinada a un servicio público (art. 516, 1º del Código Penal). Tenemos un evidente caso de "error al revés", ya que el sujeto consideraba que a su actuar le concurría una agravante por el destino de la cosa -supuestamente servicio público-; en tal caso, no se toma en cuenta tal agravante y resulta irrelevante. Debiendo conocerse únicamente el delito base consumado.

conduce a llegar a conclusiones como las anteriores. Pero en nuestra opinión, la aplicación de la idea del "conocimiento" -y entiéndase incluido el mismo desconocimiento-como nervio motor de la regulación del error sobre los elementos -genéricos y específicos- que disminuyen la pena, no es de aplicación inmediata cuando tal conocimiento no acontece. Con ello, discrepamos de la doctrina alemana y la mayoritaria española, consiguiendo acuerdo con la tesis sostenida por *Mir Puig* para quien la demostración de la ausencia del conocimiento de una de las circunstancias que rebaje la pena, debe de tener análogo tratamiento a la suposición de una circunstancia que la eleva, y por ello, debería de establecerse la concurrencia del elemento atenuante²⁶.

CAPITULO III: OTROS CASOS DE ERROR. ASPECTOS POLEMICOS.

El presente capítulo tendrá como contenido el desarrollo de otros casos que la doctrina a venido desarrollando en comentario al error de hecho, y la exclusión de muchos de ellos. Además, se tratarán varios casos de aparentes errores de tipo, que parte de la doctrina los ha considerado como tales, y de los mismos discrepa la otra parte. En ellos, abordaremos los problemas jurídicos que presentan y tomaremos posición ante los mismos.

A. El error sobre el objeto de la acción (error in persona vel in objecto).

En este tipo de error el sujeto yerra sobre las características, y en especial, sobre la identidad del objeto de la acción²⁷. En todos estos casos siempre subsiste el dolo, pero al dirigirse el error sobre una circunstancia importante, tendrá trascendencia la misma en la determinación de la pena.

El supuesto más importante lo constituye el "error in persona", por medio del cual se confunde a la víctima, tomándola por otra persona. Se debe de distinguir entre el llamado error "relevante" o "irrelevante"²⁸.

1.- Error "relevante".

En estos casos, el hecho que se ha realizado equivocadamente puede merecer una calificación

distinta a la que hubiese correspondido al hecho que se quería ejecutar. Se deben de tomar en cuenta la protección especial que brinda el derecho sobre ciertas personas, como en el caso del Jefe de Estado, Ministros, ascendientes o descendientes, entre otros. Como ejemplo tenemos; aquel que creyendo que da muerte a su padre (parricidio art. 405 Código Penal), en realidad da muerte a un extraño (homicidio art. 407 Código Penal) o viceversa. En ambos casos el error siempre será "relevante" (esto es; tendrá consecuencias jurídicas)²⁹.

En el caso propuesto anteriormente, no se excluirá el dolo respecto al homicidio producido, en razón que se quería matar al padre y ello significa que se quería matar a un hombre (el padre también lo es); pero el error in persona que estudiamos, obligará a castigar, además de por homicidio doloso, por tentativa inidónea de parricidio (en concurso ideal de delito, según art. 71 Código Penal). En el caso contrario, de aquel que queriendo matar a un extraño mata a su padre, el error impedirá apreciar un parricidio doloso. Concurrirá un homicidio doloso, ya que se quería matar a un hombre y el padre también lo es, en concurso ideal de delitos con un parricidio imprudente, si se admite esta última figura³⁰.

26. *MIR PUIG*, *ob. cit.*, pp. 273-274. En igual forma encontramos a *JESCHECK*, *ob. cit.*, p. 279; que llega a discrepar de la doctrina alemana dominante y prefiere en todo caso, la aplicación de la ley menos grave. Para los efectos de estudio que realizamos, se debe de entender que el tipo menos grave es el privilegiado, y por tanto, le asistiría la circunstancia de atenuación. Posición contraria respecto al no tratamiento igualitario del desconocimiento de la circunstancia atenuante, que reafirma la doctrina dominante alemana, lo encontramos en *OCTAVIO DE TOLEDO*, *ob. cit.*, p. 151; el cual se inclina por la exclusión de la circunstancia atenuante en caso de su desconocimiento.

27. *JESCHECK*, *ob. cit.*, p. 279.

28. *MIR PUIG*, *ob. cit.*, p. 275. *OCTAVIO DE TOLEDO*, *ob. cit.*, p. 151. Por su parte, *GIMBERNAT ORDEIG (Enrique)*, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 49; utiliza la terminología error "esencial" e "inesencial".

29. *MIR PUIG*, *ob. cit.*, p. 275; *OCTAVIO DE TOLEDO*, *ob. cit.*, p. 151.

30. *MIR PUIG*, *ob. cit.*, p. 275. En igual sentido ver *OCTAVIO DE TOLEDO*, *ob. cit.*, p. 152.

2.- Error "irrelevante"

Se verifica el error irrelevante, cuando versa sobre una persona protegida de la misma forma por la ley que la que se creía atacar.

Como ejemplo tenemos; que Juan queriendo disparar sobre Pedro, lo hace sobre Andrés; o confunde a su padre con su madre; o queriendo dar muerte a su padre, en realidad mata a su abuelo. En todos estos casos el error es *irrelevante*, porque para el tipo del homicidio (o asesinato o parricidio), es suficiente que se mate voluntariamente a otro, o en el parricidio, a un "ascendiente, descendiente o cónyuge", y no es preciso conocer la concreta identidad de la víctima. En definitiva, la acción consumada con o sin error, es el mismo tipo de homicidio, asesinato o parricidio.

B. Error sobre el curso causal.

Se presenta el error sobre el curso causal, cuando se quería causar el resultado pero por otro conducto. En opinión de *Jescheck*, el autor no sólo debe de conocer la acción y el resultado, sino que debe de prever además el curso causal en sus rasgos esenciales, ya que la relación de causalidad es tan elemento del tipo como la acción y el resultado³¹.

Una verdadera apreciación de este tipo de error, únicamente cabe plantearla tras la previa *imputación objetiva* del resultado al autor.

Se puede verificar en el desarrollo del proceso causal, lo que se ha denominado la "desviación no esencial" y la "desviación esencial", partiendo de una u otra, se obtendrán resultados jurídicos diversos.

1.- Desviación no esencial.

Se presenta cuando en el curso causal objetivamente imputable que el autor esperaba, se produce un curso causal desviado pero también objetivamente imputable³². Si sucede tal desviación del curso causal en la forma dicha, no se excluye por lo general el dolo, y es lo que se denomina una "desviación no esencial". El peligro insito en la acción continua siendo el que posteriormente se materializa en la lesión del objeto protegido por la acción, sin que se llegue a alterar el dolo por el curso causal desviado³³. Como ejemplo; se quería envenenar con cianuro, cuando se hacía con arsénico³⁴.

2.- Desviación esencial.

En esta, la desviación del proceso causal excluye la posibilidad de imputación objetiva del resultado, por la ruptura de la necesaria relación de riesgo del mismo con la conducta³⁵. Se pierde la vinculación de la relación causal con la conducta del sujeto y no es posible realizar la debida imputación objetiva. Ejemplo; se quería matar pero sólo se logra lesionar, y el herido muere por un accidente que sufre un vehículo de un particular que lo llevaba hacia el hospital. Aquí, no se logra imputar objetivamente el resultado a la conducta inicial, no concurrirá el tipo objetivo y procederá la impunidad. Se debe de tener presente, que la impunidad procederá respecto del resultado, pero no de las lesiones iniciales³⁶.

C. Aberratio ictus (o error en el golpe).

Este tipo de error se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física. En este el objeto sobre el que recae la conducta es distinto del previsto por el autor a causa del error que ha sufrido. Aparentemente guarda mucha relación con el *error in objecto*, pero se diferencia en la medida que no se confunde un objeto con otro, sino porque equivoca la dirección de su actuar³⁷. El autor por contar con mala puntería en lugar de matar a C, cuando quería matar a B.

Del presente tipo de error podemos derivar dos aspectos importantes; primero, que se trate del ataque sobre objetos desiguales, y el segundo, cuando estemos ante objetos iguales, con la misma significación jurídico-penal.

31. JESCHECK, *ob. cit.*, p. 280.

32. JESCHECK, *ob. cit.*, p. 280.

33. *Ibid.*, p. 280.

34. MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 276.

35. *Ibid.*, p. 276.

36. MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 276.

37. Cfr. MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 276; OCTAVIO DE TOLEDO, *ob. cit.*, p. 154; JESCHECK, *ob. cit.*, p. 281; BACIGALUPO, *ob. cit.*, pp. 71-72.

1.- Error sobre objetos desiguales.

El problema no resulta muy difícil de resolver y existe acuerdo sobre su solución. En efecto, se trata del caso de que el resultado corresponde a un tipo distinto al que se perseguía por el autor. Ejemplo; el sujeto que dispara con la intención de matar a B, pero el disparo alcanza a matar a su padre que se encontraba al lado de aquel. Aquí, se debe de seguir las reglas del concurso de delitos o de leyes, como en el *error in objecto* relevante³⁸.

Otro ejemplo el caso del sujeto que desea romper el cristal de la ventana de su enemigo, pero alcanza por equivocación al propio dueño de la casa; en tal caso, deberá de ser castigado por tentativa de daños en concurso ideal con lesiones imprudentes³⁹.

2.- Igualdad de objetos, con la misma consideración jurídico-penal.

El asunto se convierte en más polémico, cuando se trata de igualdad de objetos, que poseen la misma consideración jurídico-penal. El clásico ejemplo en el cual se apuntaba a Juan y en su lugar se mata a Pedro.

Ahora bien, para resolver el presente caso, contamos con la doctrina dominante en Alemania y parte de la española, según la cual, se debe de proceder a considerar relevante el error y apreciar un concurso de homicidio -o asesinato- frustrado (de Juan en el ejemplo) y homicidio imprudente, en su caso (en el ejemplo, si era previsible la muerte de Pedro)⁴⁰.

Por otro rumbo discurren pocos autores alemanes y en forma mayoritaria la doctrina española y el mismo Tribunal Superior, a la cual nos plegamos porque consideramos la más efectiva para resolver el problema que se viene estudiando. En efecto, para estos últimos la solución se obtiene al considerar que el error en el golpe del ejemplo en estudio, corresponde a una desviación del desarrollo de los hechos irrelevante. En definitiva, concurre un *único delito doloso consumado*⁴¹.

La solución acordada y por la cual tomamos partido, mantiene solución semejante con el *error in objecto irrelevante* estudiado líneas atrás. Consideramos que es la forma más apropiada de dar respuesta al problema, ya que el dolo de matar se ha dirigido contra "otro" y no se debe de pensar que hacia persona "determinada". Tenemos que al protegerse el bien jurídico vida, se protege la vida de los demás,

pero no es especial consideración la de específica persona. Al quererse matar a Juan, pero por un error en el desarrollo causal se logra impactar a Pedro y logra la finalidad inicial, "matar a otro"; se tiene por completo el dolo y la acción, aunque el curso causal de la misma y su objeto se vieron dirigidos por otros cauces. En este caso, el error es completamente irrelevante, resultando ser el dolo el único y efectivamente consumado.

CH. Consumación anticipada y "dolus generalis".

Tenemos el estudio de dos situaciones accidentales de desviación del curso causal, que se pueden presentar al querer el sujeto un resultado y llegar al mismo pero por un error en el proceso causal distinto al ideado, pero que en definitiva consideramos que sería irrelevante, tanto en la consumación anticipada, como en el "dolus generalis"⁴². Veamos cada una de estas figuras.

1.- Consumación anticipada.

La *consumación anticipada* tiene relación con el "dolus generalis", ya que resultan ser hipótesis inversas. En cuanto a la primera, tenemos que se verifica la misma cuando la desviación entre el desarrollo producido y el pensado por el autor consiste en que el resultado se produce *antes* del momento en que el autor planeaba producirlo⁴³.

Como ejemplo tenemos el que nos refiere *Bacigalupo* en los siguientes términos: la enfermera X quiere matar al inválido Z, poniéndolo previamente en estado de inconsciencia, para lo cual le aplica una inyección con un fuerte somnífero; Z muere a con-

38. MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 277.

39. JESCHECK, *ob. cit.*, p. 281.

40. MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 277. En igual sentido ver, JESCHECK, *ob. cit.*, pp. 281-282; MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 254.

41. BACIGALUPO, *ob. cit.*, p. 72; OCTAVIO DE TOLEDO, *ob. cit.*, p. 154; BUSTOS RAMIREZ, *ob. cit.*, p. 262; GOMEZ BENITEZ, *ob. cit.*, p. 229.

42. En forma contraria y respecto al "dolus generalis" tenemos la opinión de BACIGALUPO, *ob. cit.*, pp. 73-74.

43. BACIGALUPO, *ob. cit.*, p. 73.

secuencia de un *shock* que le produce el somnífero y antes de que X lo estrangule como pensaba⁴⁴. Se considera que cuando se aprecie el resultado como producto de una acción, que al menos constituya el comienzo de la ejecución de la acción típica, debe de apreciarse una desviación *no esencial* del desarrollo del suceso⁴⁵.

2.- "Dolus generalis".

Distinta es la situación que se presenta en los casos de "*dolus generalis*", ya que en ellos, el autor cree ya haber consumado ya el delito que quería consumir, cuando en realidad ello no ha ocurrido todavía. La consumación tiene lugar posteriormente, cuando el autor realiza una nueva acción en la que no sabe que está consumando el delito⁴⁶.

Como vemos, el error no se dirige sobre el objeto, sino en realidad sobre el proceso causal para llegar a la consumación del injusto penal. Tenemos que el desarrollo de la acción se realiza en dos actos, el primero, por medio del cual se llega a consumir la acción, pero de lo cual no tiene conciencia el sujeto; y el segundo acto, por medio del cual el sujeto está pensando en ocultar el hecho, pero en realidad con éste se verifica la consumación. Como ejemplo tenemos, el caso del que golpea a un sujeto fuertemente en la cabeza con la intención de matarlo, creyéndolo muerto, lo arroja por un precipicio para ocultar su delito, siendo que muere del impacto de la caída. Otro ejemplo es dado en la doctrina, cuando el autor luego de haber estrangulado a su víctima y creerla muerta, la arroja al agua, y en realidad la misma fallece ahogada. En igual forma, el sujeto que después de haber estrangulado a su víctima y creer por eso que la ha matado, pretende simular un suicidio por ahorcamiento, y sólo entonces muere la persona supuestamente fallecida.

En todos estos casos, creemos que se debe de apreciar un proceso unitario, en el que el dolo concerniente al primer acto opera también respecto al segundo. Diríamos en definitiva, un proceso unitario con un dolo "general" que lo cubre todo y que como resultado, no merece ninguna valoración jurídica privilegiada⁴⁷. Contrarios a la posición anterior, se encuentran aquellos que sustentan la presencia de una tentativa de homicidio en el primer acto (ya que el autor obra con voluntad de lograr la muerte, que no se produce por razones ajenas a él), mientras que en el segundo acto se le responsabiliza al autor por homicidio culposo (ya que produce la muerte sin quererlo ni saberlo, y ésta

era evitable de observar el cuidado exigido frente al bien jurídico; por tanto, para esta posición la tentativa de homicidio y el homicidio imprudente concurren materialmente (concurso real)⁴⁸.

Como objeción a los que sostienen el criterio del concurso de delitos, debemos de decir que la desviación del curso causal es accidental, "... porque los casos en los que el autor se utiliza a sí mismo de modo inconsciente como instrumento de la consumación de un hecho se enmarcan perfectamente en la imputación objetiva..."⁴⁹. La única objeción, sería cuando se negase la imputación objetiva del resultado producido tan sólo por el segundo acto⁵⁰.

D. Error sobre los presupuestos de alguna causa de justificación o exclusión de lo injusto.

Aspecto interesante presenta el estudio acerca del error sobre alguno de los presupuestos de las causas de justificación o con mayor precisión terminológica, de exclusión de lo injusto o la antijuridicidad.⁵¹

En Alemania la doctrina dominante ha tomado el camino de considerar este tipo de error, como un caso más de error de prohibición⁵²; por su parte, la doctrina española en forma mayoritaria ha tomado partido por la teoría del dolo y se determina que este tipo de error es un claro error de tipo, donde se elimina la consideración del dolo⁵³.

La posición que se adopte en cuanto a la decisión de considerar al error sobre los presupuestos de una causa de exclusión de lo injusto, como

44. *Ibid.*, p. 73.

45. *Ibid.*, p. 73.

46. BACIGALUPO, *ob. cit.*, p. 73. Cfr. GOMEZ BENITEZ, *ob. cit.*, p. 234; GIMBERNAT, *ob. cit.*, p. 50; JESCHECK, *ob. cit.*, p. 282.

47. JESCHECK, *ob. cit.*, p. 282.

48. BACIGALUPO, *ob. cit.*, p. 74.

49. JESCHECK, *ob. cit.*, p. 282.

50. *Ibid.*, pp 282-283.

51. COBO GOMEZ DE LINARES (Miguel Angel), *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1987, pp. 190-194.

52. JESCHECK, *ob. cit.*, pp. 418-422.

53. Cfr. MIR PUIG, *ob. cit.*, pp. 664-666; GIMBERNAT, *ob. cit.*, pp. 48-49.

error de tipo o de prohibición, viene a ser informada por la teoría que se siga respecto a tales aspectos. Por una parte tenemos la teoría del dolo, teoría de la estricta de la culpabilidad, teoría restringida de la culpabilidad, y la teoría de los elementos negativos del tipo. Veamos cada una de ellos.

1.- Teoría del dolo.

La teoría del dolo, como bien se sabe, es sustentada por parte del causalismo clásico, según la cual, en el momento en que concurren los presupuestos de una causa de justificación constituye un error que excluye el dolo⁵⁴.

Dentro de tal teoría, el tratamiento del error -entiéndase de hecho o de derecho, de tipo o de prohibición- es unitario, teniéndose como resultado, que si el mismo es invencible existe impunidad por falta de dolo, y si resulta vencible, se recurre a la figura de la imprudencia⁵⁵.

Esta teoría no logra dar solución a satisfacción del problema que se nos presenta, ya que no brinda distinción alguna de tratamiento en cuanto a los distintos tipos de error y deja de lado el estudio de sus elementos diferenciadores.

2.- Teoría estricta de la culpabilidad.

Esta teoría estricta de la culpabilidad encuentra su razón dentro del *finalismo* ortodoxo. Este último expone que el error sobre los elementos de una causa de justificación en todo caso es un error de prohibición, o más concretamente, un "error de permisión"⁵⁶.

Esta teoría reconoce que el dolo subsiste, y sólo se excluye, atenúa o mantiene la culpabilidad, según que el error sea invencible, vencible o burdo⁵⁷.

3. Teoría restringida de la culpabilidad.

Encontramos entre la teoría del dolo y la estricta de la culpabilidad, una teoría que trata de conciliar ambas y dar una mejor solución al problema.

Tal teoría es la llamada "teoría restringida de la culpabilidad". Por medio de ella, se puede admitir el error de prohibición en aquellos casos en los cuales se cree que una conducta no se encuentra tipificada por la ley, pero en el caso de la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación,

se debe de aplicar el tratamiento de la teoría del dolo. En este último aspecto, se logra llegar a la impunidad o imprudencia, según que el error sea invencible o vencible. En todo caso, correspondiente al tipo doloso⁵⁸.

4. Teoría de los elementos negativos del tipo.

Esta última teoría de los elementos negativos del tipo, es la que la doctrina y jurisprudencia españolas siguen mayoritariamente.

Esta teoría trata las causas de justificación como elementos integrantes del tipo, y sus presupuestos, como elementos negativos de éste. Con lo anterior, se llega a aplicar al error de tipo de permisión la ausencia de proceder doloso, y reservando para el error vencible, las posibles consecuencias conforme al tipo de la imprudencia, siempre que el mismo exista⁵⁹.

Esta teoría dirige a identificar en los casos dichos, el error de tipo. Pero se debe de tener cuidado cuando se trata de quien sin errar sobre la situación, cree equivocadamente que le asiste una causa de justificación que el Derecho no admite o cuyos límites legales sobrepasa, en estos casos nos encontramos ante un error de prohibición⁶⁰.

5. Nuestra toma de posición.

Luego del estudio de cada una de las teorías expuestas y las consecuencias dentro del tratamiento en la teoría del delito, consideramos de más adecuada solución a tales problemas la "teoría restringida de la culpabilidad", que dirige a identificar el error sobre algunos de los presupuestos de una causa de exclusión de lo injusto, como un "error de prohibición"⁶¹.

54. MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 664.

55. MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 664.

56. *Ibid.*, p. 664.

57. *Ibid.*, p. 664.

58. MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 665.

59. JESCHECK, *ob. cit.*, p. 418.

60. MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 665.

61. Cfr. COBO GOMEZ DE LINARES, *ob. cit.*, pp. 27-28.

Por ello, en tales casos debe de aplicarse necesariamente el artículo 6 bis a) párrafo tercero, y si se trata de error invencible se excluye toda consideración de responsabilidad penal, pero en caso de ser vencible el mismo, estaríamos determinando sus consecuencias mediante una atenuación de la pena del delito doloso, siendo su principal motivo en tal atenuación de "...una menor necesidad preventiva de pena por parte del ordenamiento frente a quien percibe erróneamente un supuesto carácter acorde a Derecho de su conducta cuando en realidad no es así, pero teniendo en cuenta que contaba con el conocimiento potencial de dichas situaciones, por lo que su comportamiento en concreto...no se le reprocha ni compara con "hombre medio" o "normal" alguno, sí se *sopesa o pondera* por el Juez..."⁶².

CONCLUSIONES

El estudio del error de tipo dentro de la moderna teoría del delito, es una fase de suma importancia para lograr esclarecer aspectos hasta ahora confusos o poco profundizados. En definitiva, hemos logrado exponer las teorías que dominan preferentemente la actual concepción y análisis del error de tipo, nos referimos a la teoría del dolo, a la de la culpabilidad estricta, a la culpabilidad restringida y a la de los elementos negativos del tipo.

De lo anterior, logramos tomar posición y decidir la aplicación a nuestro juicio más favorable y acertada, así como coherente, dentro del estudio del error en los presupuestos de una causa de justificación, o de exclusión del injusto o la antijuridicidad, la teoría restringida de la culpabilidad.

Aparte de lo anterior, extraemos conclusiones importantes del estudio realizado, logramos identificar en forma general, al error de tipo como la *ignorancia o falsa apreciación de una situación*. En forma específica, la teoría del error del tipo se relaciona directamente con el dolo y su referencia es inmediata en cuanto a su valoración jurídica. Como consecuencia de tal desconocimiento o error sobre la existencia de esos elementos, se *excluye* el dolo y todo lo más.

En el caso de la total exclusión del dolo, estaríamos hablando del llamado error invencible, pero de ser vencible, deja subsistente el tipo objetivo de injusto de un delito imprudente -en los casos que sea posible su aplicación-.

Se logró ubicar el error de tipo dentro de la actual legislación penal, específicamente referido al artículo 6 bis a) en sus párrafos primero y segundo;

pero resultando de resorte necesario, en casos específicos, recurrir a normas generales como las del artículo 60 en cuanto a circunstancias genéricas agravantes y atenuantes. Es claro que el artículo 6 bis a) y sus dos párrafos citados, dejan de lado el estudio de las circunstancias atenuantes ante la ejecución de una acción inmersa dentro de un error de tipo; por tal razón, se debe de recurrir al artículo 60 e integrarlo armónicamente para obtener correctos resultados. Aun más, al momento de regular el mismo artículo 60 las circunstancias personales (párrafo primero) que agravan o atenúan la responsabilidad penal, no se aclara si se requiere previamente el conocimiento del sujeto para que las mismas le asistan. Situación contraria se produce con el párrafo segundo de ese mismo artículo, el cual se refiere a las circunstancias objetivas, las cuales deben de ser de conocimiento del sujeto, de lo contrario las mismas no podrían agravar ni atenuar la responsabilidad.

A pesar de lo anterior, se ha pensado que lo más adecuado o acorde con la aplicación de la institución del error de tipo, es que al tratarse de las circunstancias personales que habla el artículo 60 párrafo primero, no sea necesario que el sujeto efectivamente conozca la misma para que logre le asistan en cuanto a la atenuación de su responsabilidad, pero en tratándose de la agravación, es indispensable que conozca las mismas. Por su parte, en las circunstancias objetivas, el sujeto efectivamente debe de conocer las que le correspondan para su agravación, pero discrepamos en cuanto a las de su atenuación, las cuales se le deben de aplicar aunque el mismo desconozca que ellas existen y le logran beneficiar.

Volviendo al tema del error en los presupuestos de una causa de exclusión del injusto, consideramos que el mismo no corresponde al denominado error de tipo, sino que se aleja del mismo e ingresa dentro de la órbita del dominio del error de prohibición. Contrario a lo que ahora exponemos, se encuentra la mayoría de la doctrina española, así como la jurisprudencia. Esta posición divergente a la nuestra, o a lo mejor, la divergencia concurre de nosotros hacia ellos, nos lleva a delimitar el estudio de la teoría de los elementos negativos del tipo.

Esta teoría trata las causas de justificación como elementos integrantes del tipo, y sus presupuestos, como elementos negativos de éste. Con lo anterior, se llega a aplicar al error de tipo de permisón la ausencia de proceder doloso, y reservando

62. *Ibid.*, pp. 27-28.

para el error vencible, las posibles consecuencias conforme al tipo de la imprudencia, siempre que el mismo exista. No concordamos con los resultados de tal teoría, ya que consideramos de más adecuada solución a tales problemas la "teoría restringida de la culpabilidad", que dirige a identificar el error sobre algunos de los presupuestos de una causa de exclusión de lo injusto, como un "error de prohibición".

Por ello, en tales casos debe de aplicarse ne-

cesariamente el artículo 6 bis a) párrafo tercero, y si se trata de error invencible se excluye toda consideración de responsabilidad penal, pero en caso de ser vencible el mismo, estaríamos determinando sus consecuencias mediante una atenuación de la pena del delito doloso. En definitiva, el dolo se mantiene pero la aplicación de la pena será de valoración por parte del Juez en forma atenuada y conforme al artículo 66 del Código Penal.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BACIGALUPO ZAPATER (Enrique)**, *El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición*, en *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1985, pp. 53-89.
- BUSTOS RAMIREZ (Juan)**, *Manual de derecho penal. Parte general*, Barcelona, tercera edición, Editorial Ariel, 1989, 425 p.
- COBO GOMEZ DE LINARES (Miguel Angel)**, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1987, 307 p.
- GIMBERNAT ORDEIG (Enrique)**, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, 200 p.
- GOMEZ BENITEZ (José Manuel)**, *Teoría jurídica del delito. Parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1984, 623 p.
- JESCHECK (Hans-Heinrich)**, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Granada, cuarta edición, Editorial Comares, 1993, 913 p.
- MIR PUIG (Santiago)**, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, tercera edición, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990, 865 p.
- MUÑOZ CONDE (Francisco) y GARCIA ARAN (Mercedes)**, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1993, 549 p.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (Emilio) y HUERTA TOCILDO (Susana)**, *Derecho penal. Parte general; teoría jurídica del delito*, Madrid, segunda edición, Editor Rafael Castellanos, 1986, 632 p.
- QUINTERO OLIVARES (Gonzalo)**, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, segunda edición, Editorial Pons, 1989, 712 p.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EVOLUCION DE LA CASACION PENAL

Daniel González A.
Mario A. Houed V.

Magistrados de Casación y Profesores de la U.C.R.

A. Concepto:

"Casación" deriva del verbo "casar" ("caso", "casare") que significa anular, quebrar. Esto es importante porque desde una óptica meramente formal y que tiende a modificarse, se afirma que a consecuencia del acogimiento de un recurso de esta naturaleza se origina la anulación del fallo, y no propiamente su revocatoria, ni sus efectos son similares al resolverse una apelación, como ocurre cuando los tribunales comunes conocen de las resoluciones de sus inferiores en grado. Lo anterior de acuerdo con la naturaleza y tecnicismo que regula uno y otro medio impugnativo, particularmente el primero. Aunque tradicionalmente se ha reconocido que la actividad anulatoria de casación se produce ante la presencia de un **error in procedendo** (error en el procedimiento o en la forma) o ante un **error in iudicando** (error de juicio o por el fondo), la moderna doctrina y la jurisprudencia han orientado éstos y otros aspectos hacia situaciones menos restringidas y formales (en especial el excesivo ritualismo) que caracterizaron a esta modalidad de recurso, otorgándole un sentido de amplitud más acorde con una adecuada administración de justicia (no sólo desde el punto de vista de la materia penal sino, además, en las restantes áreas del derecho en que suele utilizarse).

B. Resumen de su evolución:

Según se indicó, a través de su desarrollo histórico el contralor de casación ha ido evolucionando hacia la sistematización de nuevos elementos que le han permitido agilizarlo y orientarlo

hacia las actuales necesidades, pese a lo cual - y a los cuestionamientos que al respecto se plantean - sigue manteniendo como primordial característica "la limitación de su eficacia y de su ámbito a las solas cuestiones de derecho, a la interpretación y aplicación de la ley"¹, por lo que queda excluido el eventual error en la determinación de las circunstancias de hecho del caso sometido a su conocimiento, al menos en principio, pues hoy se reconoce que los hechos sí pueden cuestionarse en casación, por distintas vías, aunque no se llegue a sustituir la valoración de la prueba hecha por el Tribunal de instancia.

De acuerdo con la doctrina más autorizada, ese esencial e importante aspecto se fue perfilando en tres etapas²: a) En el Derecho romano, que partía de la idea que una sentencia injusta por error de derecho se estimaba más gravemente viciada que la injusta por un error de hecho; b) cuando se consideró que las partes debían tener un remedio diverso de los demás para el caso de una simple injusticia, de más reciente origen; y c) en el llamado Derecho intermedio (dentro del desarrollo del Derecho romano) cuando se incorporan los errores in procedendo como motivo de recurso. Así pues, se reconoce que dichos elementos han ido adicionándose y evolucionando hasta llegar a la noción actual de nuestro objeto de estudio. Lo anterior no signifi-

1. De la Rúa, Fernando. *El recurso de casación en el Derecho Positivo Argentino*; Víctor P- de Zavalía, editor; Buenos Aires, 1968, p.28.
2. Calamandrei, P. *La Casación Civil* y la síntesis de ella publicada en *Nuovo Digesto Italiano*, voz "**Cassazione Civile**", trad. de S. Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE, 1959.

ca que podamos remontar hasta el Derecho romano la génesis propiamente dicha de la moderna casación, como alguna vez se ha afirmado, desviándose del criterio que generalmente reconoce la Revolución francesa como su fuente originaria, sino tan solo que sus precedentes inmediatos son bastante mas lejanos de lo que puede suponerse³.

Ciertamente el verdadero origen de la casación suele ubicarse en las instituciones del Derecho francés, más concretamente en el denominado "Consejo de las partes" (Conseil des parties), que se concibió para la resolución de los asuntos judiciales, reservándose el "Consejo de Estado" para los asuntos políticos, como secciones del antiguo Consejo del Rey (Conseil du Roi), las que mantuvieron su autonomía hasta la Revolución francesa.

Podemos afirmar, entonces, que aunque al Consejo de las partes se le reconociese también funciones políticas (lo que no es de extrañar si recordamos que en siglos pasados esta clase de funciones así como las legislativas y judiciales se centralizaban en los soberanos), su principal atribución lo hacía actuar como un verdadero órgano jurisdiccional, y pese a que su mayor diferencia con la actual casación Calamandrei la hace radicar en su falta de independencia y en la ausencia de la función unificadora de la interpretación, como bien señala De la Rúa, ello - de mucha importancia hoy día - no puede decirse que incida sobre su naturaleza⁴.

Al sobrevenir la Revolución francesa (1789) y proclamarse su triunfo, los nuevos legisladores reclamaron la total desvinculación de las nuevas instituciones con las del antiguo régimen, por lo que lógicamente fue suprimido el Consejo de las partes, pero es indudable que - con algunas modificaciones - la esencia misma que había inspirado el surgimiento de aquel ente como contralor de legalidad y de justicia se mantuvo, ahora con el nombre de **Tribunal de Casación** (creado por Decreto del 27 de noviembre de 1790) ampliándose sus alcances sobre la estructura de la ideología revolucionaria, que magnificaba la omnipotencia de la ley y la igualdad de todos los ciudadanos ante ella⁵.

No obstante cabe advertir que la idea de los legisladores revolucionarios fue concebir al referido instituto como órgano de control constitucional, al lado del poder legislativo, para vigilar la actividad de los jueces en cumplimiento de la ley.

Según De la Rúa, en la práctica - antes que en la normativa - se fue consolidando la verdadera fisonomía de la institución, transformándose en un verdadero órgano público colocado en la cúspide

de las jerarquías judiciales, lo que llevó - en reconocimiento de tal naturaleza - a que tomara el nombre de Corte de Casación ("a partir del Senado-consulta de 28 Floreal año XII; 18 de mayo de 1803")⁶.

De este modo, bajo esa nueva denominación, se consagra en forma definitiva el carácter jurisdiccional del órgano, su incorporación al Poder Judicial del Estado, y su importante contenido como verdadero medio de impugnación otorgado a las partes en remedio de los defectos del proceso. Como bien se afirma "... la diferencia que se quiere ver entre el Tribunal y la Corte reconociendo al primero sólo función negativa de anulación, y sumándole a ésta la positiva de unificar la jurisprudencia, sucumbe ante la disparidad de los términos usados para el razonamiento: mientras la anulación es una función reglada por la ley, perfeccionada en la Corte, la tarea de uniformación del derecho está fuera de la ley, presente sólo en la voluntad del legislador, pero fuera y más allá del proceso..."⁷.

Posteriormente no pocas naciones europeas, y con ellas sus Colonias en América, adoptan en sus legislaciones, conservando los elementos fundamentales, la institución de comentario (lo que es un hecho aún antes de mediados del siglo XIX) siguiendo la tradición francesa. Entre las primeras se encuentra España⁸, de donde Costa Rica tomaría importantes bases para organizar su propia estructura jurídica.

C. Situación en Costa Rica:

Derivada de la de Cádiz (1812), al igual que otras Cartas Magnas hispanoamericanas, nuestra primera Constitución, (el llamado Pacto Social Interino de Costa Rica, conocido como Pacto de Concor-

3. Cfr. al respecto ob. cit. de De la Rúa en ps. 29 y ss.

4. De la Rúa, ob. cit. p. 33.

5. De la Rúa en su ob. cit. p. 35.

6. De la Rúa, ob. cit. p. 39.

7. De la Rúa, ob. cit. p. 39.

8. Suele afirmarse que las bases de la Casación española se encuentran en la Constitución de Cádiz de 1812 (Cfr. al respecto de **Herrera, Luis G.** su artículo "Recurso de Casación" en la Revista Judicial n.º 38 de setiembre de 1986, publicación de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica).

dia, del 1º de diciembre de 1821) dispuso que la justicia debía administrarse conforme a las leyes españolas heredadas de la colonia. Posteriormente las cinco provincias centroamericanas suscriben en Guatemala (en 1824) la Constitución Federal de Centro América, donde se crea una Suprema Corte de Justicia para la República Federal, con sede en Guatemala, señalándose para cada Estado miembro también una Corte Superior.

De esa Constitución Federal surge la nuestra de 1825, donde se establecen principios fundamentales para la organización de los Poderes del Estado, inclusive los inherentes a la Corte Superior de Justicia, que queda instalada oficialmente el 1º de octubre de 1826. Más tarde, ante el fracaso de la federación y siendo ya Costa Rica un Estado independiente, se produce la primera legislación codificada, esto es el Código General, conocido también como Código de Carrillo, en reconocimiento a su gestor Don Braulio Carrillo, que fue emitido el 30 de julio de 1841. En éste se establecía, en el **Libro Cuarto (arts. 1020 y siguientes)** todo lo relativo a "la segunda instancia en causas civiles y criminales", y de modo específico en su Título Segundo se regulaba lo concerniente a los "recursos extraordinarios", incluyéndose como tal el de nulidad (que puede observarse como antecedente del de casación). Así, el artículo 1151 señalaba que **"El que lo interponga debe hacerlo... citando la ley o leyes quebrantadas, y las fojas del proceso en que esté la infracción"**. Otras normas (entre ellas los artículos 1149, 1153 y 1158) se referían al contenido de esta impugnación y sus consecuencias, de donde podemos extraer entonces algunas semejanzas con el recurso de casación, aunque funcionaba como una tercera instancia y no propiamente como un contralor de esa especial naturaleza. Inclusive el artículo 1162 establecía un sistema de reenvío bastante similar al actual, pues disponía lo siguiente: **"Cuando la Sala de 3a Instancia conociendo en súplica de algún asunto, notare nulidad en los procedimientos de la segunda o primera instancia, declarará: Vuelva este expediente o esta causa a la Sala de 2a Instancia para que subsane, o mande subsanar tales defectos con presencia de los artículos tales determinando aquellos en cuya infracción consiste la nulidad, y sin entrar en declarar responsable a dicha Sala en ningún caso, si por ella fuere cometida la nulidad. La segunda Sala obrará precisamente de conformidad con lo dispuesto por la tercera"**.

Posteriormente el Código General sufrió la separación del Código Civil en 1886 y del Código

de Procedimientos Civiles en 1887, mientras que ya en materia penal desde el año 1873 los procedimientos habían sido modificados de modo parcial al entrar en vigencia una primera Ley de Jurados (según Decreto nº XX de 10 de julio de ese año) que introdujo este sistema para el juzgamiento de delitos de cierta gravedad (homicidios, lesiones graves, asaltos en caminos, etc.) pero que conservó el recurso de nulidad en contra de la sentencia (artículos 31, 32, 33, 34, 35 y 36) en forma parecida a la contenida en el citado Código, mientras éste continuaba siendo aplicado para los restantes procesos por delitos no sometidos a jurados populares.⁹

Del mismo modo ocurrió con las sucesivas leyes de jurados de 1887 (Decreto nº XXVIII de 2 de julio) y de 1892 (Decreto nº LXXXV de 31 de octubre) hasta la definitiva eliminación del mencionado sistema en el año 1903 (por Decreto nº 37 del 3 de julio de ese año). Lo anterior hizo que se mantuviera de nuevo por algún tiempo la vigencia de los procedimientos penales señalados en el Código General y sus reformas (que ya para entonces utilizaban en esta materia el instituto de la "casación")¹⁰ hasta el año 1910 en que por Decreto Legislativo nº 51 de 3 de agosto se instauró un Código de Procedimientos Penales completamente autónomo, que vino a significar la total desaparición del Código de Carrillo.

D. El recurso de casación en el Código Procesal Penal de 1910 y el inicio del proceso de transición actual:

Resulta de interés observar que el Código de 1910 siguió, en lo que atañe al instituto de la casación, las directrices generales señaladas para la materia procesal civil, especialmente en lo referido al denominado error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, que reguló como una

9. Para mayor información sobre este tema ver artículo de Houed, M. "Comentario sobre el sistema de jurados en la legislación costarricense (1873 -1903)" publicado en la Revista de Ciencias Jurídicas nº 51, San José, C.R. setiembre-diciembre de 1984, ps. 96 a 112.

10. Al igual que se había establecido para la materia procesal civil. Sin embargo, es conveniente advertir que los procedimientos para juicios "en lo criminal" señalados en la parte Tercera del Código de Carrillo habían sufrido modificaciones parciales por diversas leyes, entre ellas la Ley de Revisión nº 20 de 9 de julio de 1899, el decreto Legislativo nº 12 de agosto de 1900 y el Decreto Legislativo nº 29 de julio de 1902, entre otras.

cuestión en cuanto al fondo (ver art. 610 inciso 3^o), dejando para los aspectos de forma o de procedimiento una serie de actuaciones taxativamente indicadas en la ley (art. 611 *ibid*), lo que indudablemente restringía las potestades del órgano contralor.

No es sino cuando entra a regir el actual Código Procesal Penal (el 1^o de julio de 1975, aunque es Ley n^o 5377 de 19 de octubre de 1973) que se discute si la valoración probatoria debe ser analizada como inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o como un quebranto de orden formal. Dicho punto tuvo que ser resuelto por la desaparecida Sala Superior Penal, la cual dispuso en resolución n^o 8 de las 14 hrs. del 15 de mayo de 1979, entre otros aspectos de interés, que aunque el Código de Procedimientos Penales de 1910 establecía -siguiendo la tradición del Código Procesal Civil- que la cuestión probatoria debía resolverse como un aspecto de fondo, resultaba indudable que el Código vigente de la materia, modificaba el sistema y lo adecuaba al contralor de casación por la forma (art. 471 inc. 2^o *ibid*), resolviendo asimismo las confusiones terminológicas por el uso equívoco del concepto de "error in iudicando" y distinguirlo del llamado "vicio in procedendo".

Así pues, quedó plenamente definido un controvertido extremo que había suscitado la interpretación jurisprudencial de comentario. Pero no fue solamente en ese punto donde el instituto de la casación en la materia penal habría de encontrar su proyección y mayor panorama para la regulación de sus facultades.

Con seguridad podemos afirmar que el instituto de la casación penal inicia un proceso de cambio con el Código Procesal Penal de 1973, pero no concluye con el mismo, puesto que -por un lado- su interpretación en lo que al recurso de casación se refiere todavía provoca una serie de controversias, las cuales no han concluido, y -por otro- le suceden al Código diversas leyes que han reformado la competencia y la estructura de los Tribunales encargados de conocer la casación penal.

E. Cambios en los Tribunales encargados de la casación penal después del CPP de 1973

Después de la promulgación del actual Código Procesal Penal los Tribunales encargados de conocer del recurso de casación penal han sufrido varias transformaciones en su composición, en su ubicación y en su competencia, por medio de cuatro leyes.

Desde luego se trata de cambios meramente

estructurales y funcionales, pero sin duda contribuyeron también a las transformaciones sustantivas del instituto de la casación.

E-1) En primer término podemos mencionar la **Ley Especial de Jurisdicción de los Tribunales, # 5711 de junio de 1975**, la cual vino a establecer a la **Sala Primera Penal y a la Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia**, integrada cada una de ellas con tres magistrados y con competencia idéntica, distribuyéndose el trabajo en partes más o menos iguales.

De acuerdo con el artículo 37 de la Ley Especial de Jurisdicción de los Tribunales, para que hubiese resolución válida en cada Sala, bastaba el voto de mayoría, salvo tratándose de resolver los recursos de casación, en cuyo caso el voto de los tres Magistrados debía estar conforme sobre todos los fundamentos de hecho o de derecho y sobre la decisión que habría de dictarse. Si no se producía la unanimidad anteriormente señalada, el artículo 38 *ibidem* establecía un original sistema por el cual la Sala Penal se completaba con dos Magistrados de la otra Sala de la materia, a fin de que resolviera el recurso integrada por cinco miembros, aplicando para ello lo dispuesto en el artículo 68 del entonces Código de Procedimientos Civiles. La designación de los dos Magistrados la hacía la Corte Plena mediante sorteo.

A la vez esa ley creó la **Sala Superior Penal de la Corte Suprema de Justicia**, que se integraba con los magistrados de ambas Salas Penales y además con el Presidente de la Corte, para los casos en que hubiese jurisprudencia contradictoria entre los tres Magistrados de una de las Salas Penales en relación con los otros tres Magistrados de la otra Sala Penal. La Sala Superior Penal operó de 1975 a 1980, se pronunció en 21 casos de jurisprudencia contradictoria y le correspondió al Presidente de la Corte de entonces Lic. Fernando Coto Albán, integrarse a ella, quien pese a no dedicarse a la materia penal redactó todos sus fallos y lo hizo magistralmente.¹¹

E-2) En segundo lugar podemos citar la **Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia # 6434 de julio de 1980**, que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual vino a crear la actual **Sala Tercera**, conformada por cinco magistrados y con competencia exclusiva y única para conocer de todos los casos de casación del país, tanto en asuntos de Tribunal Superior, como en aquellos de Juez

11. Véase *Jurisprudencia de la Sala Superior Penal*, Editado por La Escuela Judicial, mimeog., San José, 1982.

Penal (Citación Directa). Esa Sala funcionó en forma única y exclusiva desde 1980 hasta 1994, fecha esta última en que inicia funciones el Tribunal Superior de Casación Penal, con quien actualmente se distribuye los casos, conforme se dirá.

Con esta reorganización de 1980 se eliminó la Sala Superior Penal porque ya no cabía la posibilidad de jurisprudencia contradictoria, al unificarse la casación en una sola Sala compuesta por cinco magistrados.

E-3) En tercer lugar debemos mencionar la **Ley de la Jurisdicción Constitucional # 7135 del 11 de octubre de 1989**, la cual transformó la competencia de la Sala Tercera al introducir una reforma al artículo 490 del Código Procesal Penal, según la cual de ese momento en adelante también es posible formular recurso de revisión de la sentencia condenatoria cuando no hubiere sido impuesta mediante el debido proceso u oportunidad de defensa, y además exigió en todos estos casos que el Tribunal competente deba consultar a la Sala Constitucional los verdaderos alcances de los principios de debido proceso y derecho de defensa.

Esta reforma al recurso de revisión tuvo y sigue teniendo profundas implicaciones en el Recurso de Casación, pese a que somos del criterio que todavía no ha sido bien utilizado por los abogados recurrentes. Desde luego también la Sala Constitucional por medio de sus fallos ha tenido gran incidencia en la materia penal, sin que la casación penal escape de ella.¹²

E-4) En cuarto lugar debe mencionarse la ley número 7337 del 5 de mayo de 1993 (publicada en La Gaceta N. 92 del 14 de mayo de 1993) que reforma el artículo 474 del Código de Procedimientos penales, reforma que pasó prácticamente inadvertida porque simplemente homologó esa norma con la jurisprudencia de la Sala Constitucional, principalmente con los fallos que declararon inconstitucional esa disposición en cuanto denegaba el recurso de casación del imputado contra una sentencia condenatoria por delito en casos en que no superaba 6 meses de prisión, 180 días multa o 1 año de inhabilitación (si el fallo era de Juez Penal), o bien 2 años de prisión, 180 días multa o 3 años de inhabilitación (si el fallo era de un Tribunal Superior).

La reforma legal que citamos recogió esa jurisprudencia y dispuso que el imputado tiene derecho de recurrir contra cualquier sentencia condenatoria por delito, sin importar el monto y el tipo de la pena impuesta.

E-5) Por último debemos citar la nueva **Ley Orgánica del Poder Judicial, # 7333 del 5 de mayo de 1993** (publicada en Alcance N. 24 a La Gaceta

N. 124 del 1 de julio de 1993), la cual entró en vigencia en enero de 1994 y creó -entre otros- al **Tribunal Superior de Casación Penal**, integrado por las Secciones que fueren necesarias, cada una de ellas con tres Jueces, con competencia para conocer de la casación, de la revisión y de la queja en los asuntos de competencia del Juez Penal (todos de Citación Directa).

Esas breves referencias nos ponen de manifiesto que existe todo un proceso de transformación de la casación penal que aún no concluye, situación que todavía se hace más evidente cuando apreciamos los cambios jurisprudenciales sustantivos que la Sala Tercera y la Constitucional han introducido en este campo, sin tomar en cuenta todos los cambios que en nuestra opinión aún hacen falta.

F- La inconstitucionalidad de las limitaciones para recurrir en casación:

Las transformaciones jurídicas en la casación siguieron con la declaratoria de inconstitucionalidad de varias disposiciones del Código de Procedimientos Penales de 1973 referidas a ese recurso, que merecen ser mencionadas también junto a las modificaciones normativas.

F-1) La inexistencia de límites para el imputado y su defensa: Debemos mencionar en primer término la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que limitaban el derecho del imputado y su defensor, de presentar recurso de casación contra la sentencia condenatoria por delito, cuando la pena impuesta no alcanzaba cierto monto según se tratara de Juez Penal o de Tribunal Superior.

En efecto, el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales se estimó contrario al derecho del imputado de recurrir contra toda sentencia condenatoria, según lo establece en forma expresa el artículo 8.1.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por esa razón se declaró inconstitucional en cuanto establecía esos límites.¹³

Sobre este derecho la propia Sala Constitucional tuvo oportunidad, posteriormente de aclarar los alcances de los fallos antes citados, al indicar que

12. Véase **González Alvarez, D.** *Justicia, Constitución y debido proceso.* En "Revista Ciencias Penales" N. 8, San José, 1994, pp. 69 ss.

13. Véanse las sentencias de la Sala Constitucional N. 282 de 17 hrs. del 13 de marzo de 1990; y N. 719 de 16:30 hrs. del 26 de junio de 1990, ambas publicadas en la **Revista de Ciencias Penales** N. 3, año 2, San José, pp. 65, 66 y 67.-

"...si bien nuestra Constitución no consagra claramente ningún derecho a recurrir del fallo judicial en ninguna materia -en realidad el artículo 42 párrafo 1º lo único que establece es la prohibición de que un juez lo sea en diversas instancias para la resolución de un mismo punto, pero no la necesidad de la existencia de más de una instancia-, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es, incluso a texto expreso, parámetro de constitucionalidad (arts. 48 constitucional, 1º, 2º incisos a) y b) y 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), sí establece expresamente, en su artículo 8º, párrafo 2º, inciso h), entre derechos del imputado el 'h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior'. La Sala, por su parte, ha tenido abundante ocasión de desarrollar jurisprudencialmente esa norma, de la que puede decirse en síntesis: a) Que consagra el derecho del imputado en causa penal por delito, específicamente, habiendo también fijado criterio todavía variados sobre su posible aplicación en otras causas penales, pero sí dejando claramente establecido que se trata de un derecho a favor exclusivamente del imputado, valga decir, del condenado en la sentencia, por delito. En este sentido, pueden verse las sentencias # 282-90 de 17:00 horas del 13 de marzo de 1990 (expediente # 210-P-90), mediante la cual, en un recurso hábeas corpus, la Sala sencillamente desaplicó las limitaciones para recurrir en casación que imponía el artículo 474 inciso 1º y 2º del Código de Procedimientos Penales, otorgándolo al recurrente en el caso concreto; # 10-90), que anuló por inconstitucionales esas mismas limitaciones, esta vez con efectos erga omnes..."¹⁴

F-2) La ampliación de las potestades del actor civil para recurrir en casación: Otro de los cambios introducidos por la Sala Constitucional respecto del recurso de casación lo constituyó la inconstitucionalidad del artículo 450 del Código de Procedimientos Penales, en cuanto se supeditaba al actor civil a recurrir en casación de la sentencia penal sólo cuando el Ministerio Público lo hubiere hecho¹⁵, así como también se eliminó por inconstitucional otra limitación igual para este mismo sujeto procesal que contenía el artículo 328 *ibidem* respecto de la apelación¹⁶.

Con base en esas resoluciones se eliminaron las limitaciones que tenía el actor civil para formular la casación y la apelación. Sin embargo las dudas no se despejaron del todo, pues siempre permaneció en el artículo 450 citado que el actor civil puede recurrir "...sólo en lo concerniente a la acción por él interpuesta...", creando una duda porque esta limitación pareciera impedirle incursionar en el aspecto

penal. Por esa razón la Sala Tercera volvió a formular consulta sobre los alcances del fallo de la Sala Constitucional que declaró parcialmente inconstitucional el artículo 450.¹⁷

F-3) La inconstitucionalidad de los límites del querellante para recurrir en casación:

En relación con el querellante, que actúa sobre todo en delitos de competencia de Juez Penal, la jurisprudencia ha señalado que los límites legales para recurrir en casación no son admisibles, al estimarse contrarios a la Constitución Política, y por ello el Tribunal Superior de Casación Penal (Tribunal competente para conocer la casación en delitos de Juez Penal) ha desaplicado directamente esas limitaciones legales en casos concretos, haciendo caso omiso a las normas legales y aplicando en forma directa la Constitución Política.¹⁸

F-4) La inconstitucionalidad de los límites del Ministerio Público para recurrir en casación:

La Sala Tercera realizó una consulta de constitucionalidad sobre el artículo 473 del Código de Procedimientos Penales, al estimar que las limitaciones del Ministerio Público para recurrir en casación son inconstitucionales. La consulta la realizó la Sala, aún cuando estimamos que lo propio debió ser que el Ministerio Público formulara la respectiva acción de inconstitucionalidad, en vista de que las limitaciones para los demás sujetos del proceso se habían declarado inconstitucionales (para el imputado, para el demandado civil, para el actor civil, para el querellante).

La Consulta se formuló en una extensa resolución, en la cual la Sala Tercera entre otras cosas afirmó lo siguiente: "...Varios son los inconvenientes prácticos que deben apuntarse a las limitaciones contenidas en el artículo 473 del Código de Procedimientos Penales, en cuanto señalan determinados montos y tipos de penas, para que pueda admitirse el recurso de casación del Ministerio Público, que afectan a distintos sujetos del proceso,

14. Sala Constitucional, sentencia N. 1739-92 de 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992.-
15. Mediante sentencia N. 5751-93 de 14:39 hrs. del 9 de noviembre de 1993.
16. Sala Constitucional, sentencia N. 5752-93 de 14:42 hrs. del 9 de noviembre de 1993.-
17. Mediante resolución N. 117-A de 10:40 hrs. del 24 de junio de 1994, Sala Tercera.-
18. Tribunal Superior de Casación Penal, resoluciones N. 83-A-94 de 11:45 hrs. del 28 de abril de 1994; y N. 136-A-94 de 11:58 hrs. del 28 de junio de 1994.-

tanto el acusado como la víctima. a) Por un lado, se afecta al imputado, porque tales limitaciones han obligado a los fiscales a solicitar, al final del debate, la imposición de penas más altas de las que podrían estimar como aplicables para el caso, según los parámetros del artículo 71 del Código Penal, con el único fin de mantener abierta eventualmente la puerta de la casación. En otras palabras esas limitaciones se han revertido incluso contra el propio acusado, puesto que el representante del Ministerio Público se ve "obligado" por imperativo legal a solicitar penas más allá de la que podrían estimar como razonable para el caso, con el único propósito de mantener abierta la potestad de recurrir en casación. b) Pero también, por otro lado, desde luego que las limitaciones legales referidas afectan a la víctima en la medida en que el encargado de llevar adelante el ejercicio de la acción penal (exclusivamente), no puede recurrir en casación a reclamar reparo frente a posibles arbitrariedades del Tribunal o de los otros sujetos del proceso, sólo porque en el caso concreto no solicitó cierto tipo y cierta cantidad de pena. La afectación se traslada a la víctima en un doble sentido. b1) Primero porque también de la declaratoria del hecho delictivo depende su posible indemnización civil, de modo que obstaculizándose el ejercicio de la acción penal también se obstaculiza el ejercicio de la acción civil; y, b2) en segundo lugar, porque el interés de la víctima en el proceso penal no debe centrarse exclusivamente en el problema resarcitorio. Son muchas las ocasiones en que los intereses de los afectados con el hecho delictivo no se circunscribe a lo pecuniario, sino a la necesidad de que el Estado, como encargado también de la potestad punitiva, reaccione frente a una persona que agredió a aquella víctima, aplicando la sanción correspondiente, o sometiendo al agresor a algún tipo de medida que de alguna manera constituya una garantía de que no continuará realizando ese tipo de conducta lesiva para los derechos básicos de esa víctima. Piénsese, por ejemplo, en los menores agredidos por sus padres o encargados de su custodia, o en los agredidos sexualmente (por lo general menores y mujeres), cuyo interés en el proceso no podría centrarse en el aspecto pecuniario. Pero también, piénsese en los delitos que afectan bienes jurídicos colectivos o difusos, donde no se visualiza en concreto una sólo víctima, sino que se afecta a la colectividad, como ocurre con los delitos ecológicos, o los delitos de corrupción administrativa, sólo para citar algunos, pues en estos casos es evidente que la colectividad tiene interés en el proceso, pero dicho interés no

podría centrarse exclusivamente en el aspecto pecuniario. (Véanse los interesantes trabajos de ESER, ALBIN. *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*; de HIRSCH, HANS JOACHIM. *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal*; y de MAIER, JULIO. *La víctima y el sistema penal*; todos publicados en "De los delitos y de las víctimas", editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp.13 ss; 91 ss; y 183 ss.). En este sentido manifestó con acierto la Sala Constitucional que "...las nuevas tendencias mundiales en materia penal buscan rescatar el papel de la víctima y el damnificado a través de mecanismos que les permitan defender sus intereses en forma adecuada, dentro y fuera del proceso penal, aún sustituyendo al Ministerio Público en los casos en que este -por razones de oportunidad o legalidad- estime que no debe continuarse con la investigación de la acción atribuida..." (Sala Constitucional, sentencia No.5751-93, 14:39 hrs., 9 noviembre de 1993). En consecuencia, es importante tener presente que los obstáculos innecesarios al derecho de recurrir del Ministerio Público afectan también esos intereses, máxime cuando no existe justificación alguna para mantenerlos.

En la "**Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder**" (Recomendada, para adopción, por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985) se señala "... 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.- 5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.- 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:..." c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial...". Estos principios -como se expone de seguido- se transforman en problemas jurídicos que afectan derechos fundamentales, y justifican formular la presente consulta de constitucionalidad...

Sin embargo la exclusión del ciudadano en el ejercicio de la acción penal por un delito de acción pública, no elimina su derecho a la jurisdicción (al respecto véase CAPPELLETTI, MAURO. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, en "Le azioni a tutela di interessi collettivi", **Cedam, Padova, 1976, pp. 199ss;** y GIARDA, A. *La persona offesa dal reato nel processo penale*, **Giuffré, Milano, 1971, pp. 249 ss.**) Si bien cada delito lesiona directamente a la colectividad, ésta como parte social lesionada tiene interés en que el delito no quede oculto o sin sancionar, y que el Estado no permanezca inerte para el mantenimiento del orden jurídico. Lo anterior significa que en el proceso penal también deben respetarse y garantizarse los derechos de la víctima, impidiendo obstáculos innecesarios o injustificados para que el órgano requirente pueda continuar el ejercicio normal de la acción penal, como sería en parte el derecho a formular los recursos legales contra las resoluciones arbitrarias... Los suscritos nos permitimos consultar concretamente, si los condicionamientos a cierta clase y cantidad de penas que aparecen en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 473 del Código de Procedimientos Penales (párrafos que aparecen subrayados en la anterior transcripción), son contrarios a los principios constitucionales y de Derecho Internacional (contenidos en la legislación, doctrina y jurisprudencia citada en los considerandos anteriores), en virtud de que ese tipo de limitaciones no existe para ninguno de los otros sujetos del proceso, y además por no encontrarse ninguna justificación válida para realizar esa distinción. Con ello entendemos que la norma consultada contiene también otras limitaciones de carácter objetivo para formular del recurso de casación, como resulta ser el que sólo pueda interponerse contra sentencias o resoluciones finales dentro del proceso, limitación que sí existe también para los demás sujetos del proceso, incluido el imputado y la defensa..."¹⁹

La Sala Constitucional acogió la anterior consulta y en efecto declaró contrarias a la Constitución las limitaciones del Ministerio Público para recurrir en casación contenidas en el artículo 473, con base en la consulta formulada por la Sala Tercera.²⁰

G. La inconstitucionalidad del formalismo en el trámite del recurso de casación:

Una profunda transformación en lo que a la admisibilidad del recurso se produjo en lo interno de la Sala Tercera cuando ésta cambia su integra-

ción. Viejas concepciones formales ceden ante nuevos criterios que buscaban con mayor interés la finalidad de justicia.

Sin embargo no podemos negar que este proceso, que ya se había iniciado en de la propia Sala de Casación Penal, vino a ser coronado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, al señalar en forma directa y clara que "el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al Tribunal de Casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso..."²¹.

Este criterio tuvo gran repercusión en lo que al trámite y a la admisibilidad del recurso se refiere, pues sin duda constituyó un importante apoyo al proceso de desformalización jurídica y desburocratización interna de la Sala Tercera. En ese sentido ésta misma Sala llegó a afirmar, con voto salvado de uno de sus integrantes, que "...el examen de admisibilidad del recurso de casación no puede ser hecho con un criterio excesivamente formalista, porque ello podría constituirse en una fórmula para denegar justicia. Además, es indispensable en nuestro país armonizar el sistema de casación adoptado en el Código Procesal Penal con los principios constitucionales costarrincenses y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en cuanto estimó que '... el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al Tribunal de Casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso...' (Sala Constitucional, Sentencia N° 719 de 16:30 Hrs. del 26 de junio de 1990). Por lo anterior, aún cuando la doctrina extranjera acentúe el aspecto formalista del recurso de casación, en nuestro

19. Sala Tercera, Voto 182-A-94, de 9 horas del 11 de noviembre de 1994.-

20. Sala Constitucional, resolución N. 1193-95, de 9:18 hrs. del 3 de marzo de 1995.-

21. Sentencias de la Sala Constitucional, N. 282 de 17 hrs. del 13 de marzo de 1990; y N. 719 de 16:30 hrs. del 26 de junio de 1990, ambas publicadas en la **Revista de Ciencias Penales**, N. 3, año 2, pp. 65, 66 y 67.-

sistema esa excesiva formalidad debe ceder ante otros fundamentales intereses jurídicos, como lo son el acceso a la justicia, es decir el que casación conozca de cualquier reclamo que formule quien se sienta agraviado en sus derechos fundamentales, y por ser el sistema de justicia penal de orden e interés público. Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente...²²

La Sala Constitucional con posterioridad reitera que "...ese derecho a recurrir del fallo, cuya esencia consiste precisamente en la posibilidad de que un tribunal superior enmiende graves errores del de juicio, se satisface con el recurso extraordinario de casación, siempre y cuando éste no se regule, interprete o aplique con criterio formalistas -los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia-, y a condición, eso sí, de que el tribunal de casación tenga potestades, y las ejerza, para anular o corregir los rechazos indebidos de prueba pertinente, los estrujamientos al derecho de defensa y de ofrecer y presentar prueba por el imputado, y los errores graves de hecho o de derecho en su apreciación, lo mismo que la falta de motivación que impida al recurrente combatir los hechos y razones declarados en la sentencia..."²³

Con base en esos criterios llega a desarrollarse en la jurisprudencia de la casación penal el denominado principio "**de la apertura del recurso**", según el cual deben removerse todos los obstáculos formales que impidan al Tribunal de Casación examinar un reclamo de alguno de los sujetos del proceso, ante una posible violación de sus derechos fundamentales, lo cual debe estar por encima de la mera legalidad exclusivamente ritual²⁴.

Este proceso de desformalización es parejo al criterio ya reiterado en la jurisprudencia de la casación penal, en el sentido de no decretar una nulidad, incluso aún cuando fuere absoluta, si no existe interés jurídico en la parte a cuyo favor se alega, pues lo importante no es el mero cumplimiento del rito formal, sino en el respeto de los derechos y las garantías que están a la base de un presupuesto legal²⁵. En igual sentido puede decirse que se aprecia una tendencia a la desformalización o eliminación de los requisitos meramente formales del recurso de casación también en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, como por ejemplo en el fallo que estimó que la falta de autenticación del escrito de interposición del recurso no constituye una cau-

sa de inadmisibilidad, aún cuando una norma lo señale. Al respecto indicó la Sala Constitucional que "...efectivamente, la verdadera intención del legislador al exigir la autenticación del escrito de interposición del recurso de casación por un abogado, radica en el interés, no de obstaculizar el acceso a la justicia o el derecho de defensa, sino en el de garantizar una defensa técnica -al menos formalmente- al imputado. En efecto, el tecnicismo de los requisitos que exige el Código para este tipo de recurso requiere que en aras de una efectiva defensa, los intereses del imputado estén representados por un profesional en derecho. No obstante, es importante aclarar que estando en juego dos intereses: el de lograr la revisión de una sentencia condenatoria por parte de un superior y el de garantizar al imputado una efectiva defensa durante todo el proceso, no puede interpretarse el requisito de autenticación contenido en el artículo 477 citado, en forma tal que se haga nugatoria la garantía de éstos. La única interpretación que nos permite lograr el cumplimiento de ambos intereses en forma armónica es que en caso de omitirse la autenticación, se prevenga la subsanación del defecto en un plazo razonable. Interpretado de esa forma, no se estima que la frase "y por escrito autenticado" sea en sí misma lesiva de derechos o principios constitucionales. Lo que sí resulta contrario a los intereses supra citados es no otorgar a la parte el derecho de subsanar el defecto en caso de omitirse el requisito de autenticación, porque allí sí se estaría sacrificando la justicia por un mero formalismo..."²⁶

-
22. Sala Tercera, resolución N. 155-A de 10:25 hrs. del 12 de abril de 1991.-
 23. Sala Constitucional, Sentencia N. 1739-92 de 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992.-
 24. Ese principio se reconoce expresamente en la sentencia de la Sala Tercera, N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994.
 25. Véanse, entre otras, las Sentencias de la Sala Tercera N. 261-F de 9:50 hrs. de 20 de diciembre de 1985; N. 208-F de 9:45 hrs. de 7 de agosto de 1987; N. 330-F de 9 hrs. de 9 de noviembre de 1990; N. 83-F de 8:55 hrs. de 20 de marzo de 1992; y N. 137-F de 9:10 hrs. de 24 de abril de 1992.-
 26. Sala Constitucional, sentencia N. 3321-93 de 15:33hrs. del 13 de julio de 1993.-

H. Hacia la minimización del principio de taxatividad en la casación penal:

Gracias a la jurisprudencia de la Sala Constitucional y la Sala de Casación Penal, ahora más casos y más sujetos pueden ir a casación en demanda de justicia, al reducirse el rígido criterio taxativo (tanto objetivo como subjetivo), que consideraba como una cuestión de reserva legal establecer qué casos (objetivo) y quiénes (subjetivo) son los que pueden ir a casación en materia penal.

Ese rígido principio se ha venido excepcionando, al extremo de que existe una tendencia a reducirlo.

H-1: La minimización de la taxatividad objetiva: De acuerdo con el principio de taxatividad objetiva, en los artículos 447, 477 y 478 del Código de Procedimientos Penales, sólo pueden ser recurribles en casación las resoluciones determinadas en la ley, en las condiciones y los casos expresamente establecidos.²⁷

Lo anterior significa que sólo podrán recurrirse en casación, bajo pena de inadmisibilidad, aquellas resoluciones expresamente citadas como recurribles por la ley mediante ese procedimiento, sin que la Sala pueda ampliar esa gama, ya que la confección de la lista está reservada al legislador. Se trata de una reserva legal hecha por la propia ley que restringe la posibilidad de recurrir en casación.

Sin embargo ese criterio rígido no es absoluto, sino que cede frente a otros intereses de justicia.

En efecto, para ejemplificar esa minimización podemos citar el siguiente caso: la Sala Tercera había venido sosteniendo que el auto que rechaza una querrela por razones formales no tiene casación, porque puede plantearse una nueva querrela. Un Juez Penal estimó que el auto que rechazó la querrela (que había dictado otro juez), constituye cosa juzgada y no le permitió al querellante -pese a la jurisprudencia de la Sala- reiniciar la querrela cumpliendo las formalidades.

Ante la resolución del Juez que le denegaba el derecho de querellar la parte interesada recurrió en casación. La Sala Tercera consultó a la Constitucional el problema en virtud de las reglas de la impugnabilidad objetiva. Dijo la Sala Constitucional "...Ubicándonos en los términos de la consulta que se formula, esto es, si puede la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia tener por obviado el principio de impugnabilidad objetiva contenido en el artículo 447, la respuesta debe ser afirmativa. Ese Tribunal, particularmente por su carácter de supremo en la jurisdicción penal, puede, con análisis del

caso concreto, establecer si se dan las circunstancias contenidas en la jurisprudencia constitucional supra señalada, así como la que también ha sentado que no toda la resolución deriva para quien le ha sido desfavorable un derecho a recurrir. Ese poder o competencia lo tiene esa Sala ahora a la luz de los antecedentes que han sido citados, en cualquier caso en que deba aplicar la legislación penal o procesal penal en concordancia con los valores, principios y normas de la Constitución. También y como consecuencia de lo dicho, tendría la Sala consultante la oportunidad de establecer la pertinencia constitucional de un recurso contra la resolución inicial que considera que es cosa juzgada una anterior que rechaza la querrela por cuestiones formales. Solamente en base al análisis de la situación procesal y a la naturaleza de la resolución concreta, propia de la jurisdicción ordinaria, podría llegarse a establecer si hay o no cosa juzgada y, en cualquiera de los dos casos, si es admisible el recurso de casación de que actualmente conoce la Sala consultante, según los parámetros establecidos por la Sala Constitucional. Con los elementos expresados, procede evacuar la consulta en el sentido de que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia puede "obviar" el principio de impugnabilidad objetiva contenido en el artículo 447 del Código de Procedimientos Penales, integrado hoy por la jurisprudencia constitucional. La determinación de si hay o no cosa juzgada en la situación planteada, es un asunto de mera legalidad, propio de determinarse por el tribunal consultante y no de la jurisdicción constitucional..."²⁸

Como puede apreciarse, casos que objetivamente no podían ser llevados a la casación si aplicamos una concepción rígida y legalista, sí deben ser admitidos en virtud de principios más altos que están a la base del propio sistema de administración de justicia, como el caso antes citado. Lo importante es señalar que el rígido principio de taxatividad objetiva se excepciona en una situación de esa naturaleza.

H-2: La minimización del principio de taxatividad subjetiva: También los artículos 447, 477 y 478 del Código de Procedimientos Penales establecen que pueden recurrir en casación solamente

27. Véase **Luzón Cuesta, José María**. *El recurso de casación penal*. Editorial Colex, Madrid, 1993, pp. 21 ss; **Ayán, Manuel**. *Recursos en materia penal*. Lerner, Córdoba, 1985, pp. 106 ss.

28. Sala Constitucional, resolución N. 1112-94, de 9:12 hrs. del 25 de febrero de 1994.-

aquellos sujetos procesales a quien en forma expresa la ley les concede ese derecho, formándose otra reserva legal que configura el otro aspecto del principio de impugnabilidad: el criterio taxativo en la impugnabilidad subjetiva, que admite los recursos sólo en favor de quien se encuentra legalmente facultado en forma expresa.²⁹

No obstante lo anterior, también ese principio absoluto de taxatividad subjetiva se ha venido disminuyendo en la jurisprudencia de la Sala Tercera, para dar paso a criterios más amplios de admisibilidad. En efecto, se llegó a aceptar como posible que una persona que no había figurado como parte en el proceso (sólo fue la depositaria de los bienes decomisados que reclamaba el ofendido como suyos) pudo recurrir en casación al estimar la Sala que estaba legitimada porque en sentencia se ordenó el comiso de los bienes que se le secuestraron a ella, sin que se le hubiere dado oportunidad de defensa en juicio ya que ella también reclamaba los bienes como suyos.³⁰

Más recientemente, en una causa por tráfico de drogas se ordenó el comiso del inmueble al cual se llevó un camión, en cuyo tanque de gasolina se traían varios paquetes de cocaína desde Panamá. El representante legal de la sociedad propietaria del inmueble formuló casación, recurso que no fue admitido por el Tribunal Superior. La Sala Tercera declaró con lugar el recurso de queja. Luego al conocer el recurso de casación, la Sala anuló el fallo y dijo: "...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 ... del Partido de Alajuela 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..."³¹

Esos criterios permiten definir que aquel concepto rígido y absoluto de taxatividad subjetiva en materia de casación cede ante otros principios más garantísticos para los ciudadanos, pues frente a posibles violaciones a sus derechos fundamentales también podrán formular recurso de casación aún cuando no hubieren figurado como partes en el proceso penal.

I. Las transformaciones sustantivas en la casación penal: un caso.

Nos trasladaría fuera de nuestro propósito señalar los cambios sustantivos que ha sufrido el recurso de casación como tal en la jurisprudencia de la propia Sala Tercera.

Muchos son los aspectos en los cuales se ha innovado. Piénsese, por ejemplo, en lo relativo a la protección del menor agredido, o en relación con la tutela de la mujer frente a los abusos sexuales, físicos y psicológicos del hombre, campos en los cuales la Sala ha tenido oportunidad de desarrollar una serie de principios básicos que amplían en la práctica la protección de esos sectores. En igual sentido se ha incursionado en nuevas orientaciones en otros muchos aspectos, tales como la tutela ambiental, la lucha contra el narcotráfico y la delincuencia organizada, así como también se han revitalizado y aclarado una serie de principios propios de la materia penal, como por ejemplo lo relativo al dolo, a la culpabilidad, al error de tipo y de prohibición, sobre la legítima defensa, etc.

Ante la imposibilidad de señalar aquí todos esos criterios jurisprudenciales, a efecto de cumplir nuestro propósito baste señalar al menos un ejemplo en lo que al recurso de casación se refiere, mediante el cual la jurisprudencia de la Sala Tercera ha reconocido la existencia de tres aspectos básicos que sin lugar a dudas a futuro tendrán una profunda repercusión en el desarrollo del recurso de casación, y eso dependerá en gran medida de los planteamientos de los recurrentes. Nos referimos en primer término al principio de la justicia del caso

29. Ayán, Manuel. *Op. cit.*, pp. 85 ss.

30. Sala Tercera, resolución N. 378-A-1990, publicada en *Revista de Ciencias Penales* N.4, p. 78.- Véase también, Sala Tercera, Sentencia N. 138-F- de 9:30 hrs. del 12 de abril de 1991.-

31. Sala Tercera, Sentencia N. 318-F de 10:25 hrs. del 12 de agosto de 1994.-

concreto en la casación; en segundo lugar al principio de la apertura del recurso de casación; y en tercer lugar a la posibilidad de impugnar en casación la violación al principio del indubio pro reo y la valoración de la prueba.

En efecto, se trata de un caso que refleja en forma clara la manera como ahora se concibe el recurso de casación, dejando abierto el camino a futuras transformaciones, que dependerán de los nuevos planteamientos que las partes lleguen a formular ante la Sala de Casación, pues se trata de una actividad voluntaria y optativa que se despliega y se desarrolla con base en lo que los sujetos del proceso quieran someter a examen ante el contralor de casación.

I-1: La amplitud del recurso de casación. La Sala Tercera comienza a aplicar este principio y lo llega a desarrollar gracias al impulso que implicó la jurisprudencia de la Sala Constitucional referida a la apertura del recurso de casación, según se señaló antes.³²

I-2: La justicia del caso concreto. Un segundo principio que desarrolla la Sala Tercera está referido a la justicia del caso concreto. Tradicionalmente se afirma que la casación, tratándose de un contralor de la mera legalidad, busca uniformar la aplicación del derecho y la jurisprudencia en un determinado sistema jurídico, de ahí su carácter esencialmente formal.

Sin embargo hoy se reconoce también como indispensable la búsqueda de la justicia en el caso concreto, según el cual los criterios meramente formales deben ceder a la necesidad de controlar por razones de justicia la función jurisdiccional, sobre todo en Costa Rica, donde no se admite el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, y por consiguiente, donde el sistema debe permitir ejercer algún tipo de control sobre la forma en que los juzgadores emitieron su criterio con base en los elementos de prueba reproducidos oralmente en el debate.³³

La justicia del caso concreto constituye una necesidad básica que se sustenta en los artículos 27 y 41 de la Constitución Política y 5 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigen justicia, pero bien cumplida, pronta y obligatoria.

Como bien se afirma "...la unidad de la aplicación del Derecho no puede ser el único fin de la casación, pues la igualdad y la seguridad jurídica no son los únicos valores que se deben tomar en consideración. La justicia y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tienen igual rango...La casación, como todo recurso, también, y con no menos intensidad, debe perseguir un fin de

protección contra la arbitrariedad. Ello significa que, allí donde los medios de que dispone el Tribunal de Casación se lo permitan, éste tiene el deber de sancionar la arbitrariedad..."³⁴

I-3: El control del indubio pro reo en casación. Por último en la resolución que mencionamos también viene a admitirse la necesidad de controlar el casación el respeto al principio del indubio pro reo.

Se indicó en esa oportunidad que si el tema del indubio 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 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 y legal ineludibles para la casación.³⁵

En efecto, como derivación del estado de inocencia, se extrae de los artículos 37 y 39 de la Constitución Política; así como del 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**". También podemos extraer ese principio de los artículos 1º y 393 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales; y la inobservancia del mismo 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**

32. *Supra* secciones F-1 y G, a las cuales remitimos. El principio se menciona en forma expresa en las resoluciones de la Sala Tercera N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994; y N. 182-A-94 de 9 hrs. del 11 de noviembre de 1994.

33. Sala Tercera, sentencia N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994.- Véase también resolución N. 182-A-94 de 9 hrs. del 11 de noviembre de 1994, también de la Sala Tercera.

34. **Bacigalupo, Enrique.** *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros temas.* Edit. Had-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1994, pps. 47 y 48.-

35. Sala Tercera, Sentencia N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994.-

inocencia, del que deriva el indubio pro reo) se convierten automáticamente en violaciones constitucionales.³⁶

J. La valoración de la prueba en casación:

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.

Sin embargo conviene al menos citar algunos casos en los cuales la Sala de Casación sí valora la prueba sin que implique un quebranto a su propia esencia y sin violentar los principios de oralidad, inmediación y contradictorio.

En primer término, la Sala de Casación sí valora la prueba escrita, en relación con ella no tiene limitaciones porque no se violenta la inmediación. En estos casos casación examina la prueba conforme se introdujo al debate. Se trata de testimonios incorporados por lectura, documentos, peritajes, etc. En segundo lugar, también valora la prueba en todos aquellos casos en que se cuestiona la aplicación de las reglas de la sana crítica. En tercer lugar lo hace cuando examina la incidencia en el proceso de la preterición de prueba (por falta de valoración, o porque no se introdujo al proceso). En cuarto lugar, valora la prueba cuando se acusa el vicio de fundamentación ilegítima basada en prueba ilegal. En quinto lugar, y sin pretender agotar la lista, también la casación realiza una valoración de las probanzas cuando verifica el respeto al principio indubio pro reo.

En todos estos casos, y en otros, la Sala 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 yerro 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 o sustituye la valoración de la prueba oral realizada por el aquo por una propia.

Por lo expuesto no puede pretenderse que la

Sala altere 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.

Para confirmar ese carácter subsidiario de la casación en cuanto a la valoración de la prueba y la formación de los hechos de la causa, afirmó la Sala Constitucional, a propósito del patrocinio letrado: "...en realidad, las primeras etapas del proceso, están diseñadas en una forma más flexible donde la participación del juez exige además, la obligación de velar por los derechos del imputado y el valorar la prueba existente conforme a ciertos principios, que incluyen el de absolver al imputado en caso de duda o el de no admitir prueba espúrea o ilegítima. En esas etapas se procura averiguar la verdad real de los hechos -campo en el que el imputado sí puede intervenir fácilmente-, en cambio en casación, no se discute directamente sobre los hechos, sino sobre el derecho aplicado, lo que exige una capacitación específica a efecto de hacerlo efectivo..."³⁷

Todos los criterios citados en este apartado han sido expuestos por la Sala Tercera al afirmar que: "...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 yerro 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

36. Véase **González Alvarez, D.** *Justicia, Constitución y debido proceso*, cit., pp. 69 ss.

37. Sala Constitucional, sentencia N. 3321-93 de 15:33 hrs. del 13 de julio de 1993.-

prueba oral realizada por el aquo 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..."³⁸

k. A modo de conclusión: algunos efectos estadísticos de los cambios en la Sala de Casación Penal.

Nos conduciría fuera del objetivo de estas breves líneas dedicarnos a tratar los cambios sustanciales que se han producido en la admisibilidad de los recursos de casación, así como en la solución de fondo de los casos, con todas sus implicaciones jurídicas. Sin embargo creemos oportuno mostrar, al menos, los resultados prácticos de ese cambio en tres áreas muy sensibles para los destinatarios del servicio público que presta la casación: i) en el tema de la duración promedio de los asuntos en la Sala Tercera; ii) en lo referente a las estadísticas de los inadmisibles, señalando cuántos asuntos pasan la admisibilidad y cuántos se rechazan ad portas; y, iii) señalando cuántos recursos de casación y revisión se declararon con lugar y cuántos sin lugar, temas que entre otros provocaron por mucho tiempo una gran cantidad de críticas ante una jurisprudencia muy conservadora y formal.

Cuadro N° 1

Duración promedio de los recursos de casación fallados por el fondo

AÑO	DURACION PROMEDIO
1989	4 meses 2 semanas
1990	4 meses 2 semanas
1991	4 meses 3 semanas
1992	4 meses 0 semanas
1993*	3 meses 3 semanas
1994*	3 meses 3 semanas

* Excluyendo el tiempo de suspensión por acciones ante la Sala Constitucional.

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación, Poder Judicial.

Como puede observarse, los asuntos de casación resueltos por el fondo, es decir aquellos en los cuales se admite y se sustancia el recurso, tiene una duración bastante rápida en la Sala Tercera. La tendencia ha sido la de mantener esa duración, e incluso la de reducirlo en los últimos años.

Debe tomarse en consideración que, por un lado, la jurisprudencia de apertura implicó que mucho más asuntos debían ser tramitados y fallados por el fondo, mientras que, por otro lado, tratamos de reducir los tiempos totales de duración del expediente.

Desde luego, estos plazos constituyen el promedio. Algunos asuntos complejos tienen una duración mayor, mientras que otros mas simples duran mucho menos.

Cuadro N° 2

Recursos de casación, revisión y queja rechazados en la admisibilidad

Año	Rechazados	Admitidos	total
1991	9%	91%	100%
1992	13%	87%	100%
1993	6%	94%	100%
1994	6%	94%	100%

FUENTE: Sección de Estadísticas, Depto. Planificación, Poder Judicial

Son muy pocos los recursos que son rechazados de plano en la admisibilidad, o que son declarados mal admitidos.

Indiscutiblemente este constituye uno de los campos en los cuales se hace más evidente la jurisprudencia dirigida hacia la apertura de los recursos. La situación de años anteriores era bastante diferente, pues en esas épocas regían criterios muy formalistas y eran muy pocos los recursos que lograban pasar los rigurosos exámenes de admisibilidad.

38. Sala Tercera, sentencia N. 158-F de 8:55 hrs. del 20 de mayo de 1994.-

Cuadro N° 3
Recursos de casación declarados con
y sin lugar

AÑO	CASACION	
	CON LUGAR	SIN LUGAR
1991	36%	64%
1992	30%	70%
1993	26%	74%
1994	22%	78%

FUENTE: Sección de estadísticas, Dpto. Planificación, Poder Judicial.

Uno de los aspectos en el que repercuten las nuevas tesis jurisprudenciales, sin duda alguna lo constituye una tendencia hacia el rechazo de mayor cantidad de recursos de casación. Si bien ahora se es menos exigente y formalista con los recurrentes, al momento de examinar el cumplimiento de los presupuestos formales de interposición del recurso, eso también se refleja en el examen que debe realizarse sobre el expediente.

En efecto, con anterioridad podríamos afirmar que la casación decretaba mayores nulidades, sin que existiera un verdadero interés jurídico en hacerlo. Bástelo citar, por ejemplo, la cantidad de casos anulados porque alguno de los jueces no se constituyó en la Sala de Debates para darle lectura integral a la sentencia, y aún cuando no se vislumbraban verdaderas afectaciones a los derechos de las partes observábamos decretar nulidades innecesarias. El formalismo anterior también tenía repercusiones en el curso del procedimiento, exigiéndose ritualismos que se defendían como cuestión de fe.

Desde luego, el proceso perfecto tramitado sin ninguna irregularidad procesal es el ideal, sin embargo debemos percatarnos que no siempre que se produce un incumplimiento de una norma pro-

cesal debe decretarse la nulidad.

Es más, podríamos afirmar que desde el punto de vista de carga de trabajo para la casación, debemos reconocer y admitir que es más fácil declarar con lugar el recurso que rechazarlo, pues esto último implica que deban conocerse todos los alegatos y en relación con todos ellos debe indicársele al recurrente los motivos y los fundamentos para no atender su reclamo.

Cuadro N° 4
Recursos de revisión declarados con
y sin lugar

AÑO	REVISION	
	CON LUGAR	SIN LUGAR
1992	12%	88%
1993	17%	83%
1994	22%	78%

FUENTE: Sección Estadísticas, Dpto. Planificación, Poder Judicial.

Al contrario de la tendencia marcada para la casación, el recurso de revisión encuentra mayor efecto en la Sala Tercera. Ello se debe, sin lugar a dudas, tanto a la reforma al Código Procesal que abrió la revisión a las violaciones al debido proceso y al derecho de defensa, cuanto a las nuevas exigencias procesales en algunos campos, como el de la prueba ilícita, donde ahora se refuerzan más los derechos de los sujetos procesales.

Este incremento en las declaratorias con lugar en los recursos de revisión es todavía mayor numéricamente si se toma en cuenta que ahora este tipo de recurso se presenta más a menudo.

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** - Agravación por cooperación mutua de los tres sujetos activos.

2- **ABUSOS DESHONESTOS** - Consideraciones sobre la intención impúdica del acto.

3- **ABUSOS DESHONESTOS** - Naturaleza de la intimidación.

4- **AGENTE PROVOCADOR** - Consideraciones y diferencias con el agente encubierto y el delito experimental.

5- **AGRESION CON ARMA** - Necesario acometimiento o embestida actual - Diferencia con las amenazas.

6- **BENEFICIO DE EJECUCION CONDICIONAL** - Supuestos para otorgarlo - La pena tiene también finalidad retributiva.

7- **CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR** - Incompatibilidad con la noción de tipicidad - Causas de exclusión de la acción.

8- **COMPLICIDAD** - La existencia de un plan común y una distribución de funciones excluye la complicidad.

9- **COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS** - El término "partícipe" que utiliza el Código Penal tiene un sentido amplio que contempla también a los coautores.

10- **DELITO CONTINUADO** - Innecesaria homo-

geneidad absoluta en las acciones, basta la unidad de motivación.

11- **DELITO CONTINUADO DE PECULADO** - Elementos a considerar para valorar la finalidad de los hechos realizados.

12- **DELITOS SEXUALES** - Necesario cuidado en la apreciación de la declaración de la víctima.

13- **DOLO** - Exigencia en nuestro Código Penal del dolo de tipo o dolo natural - Aplicación del error invencible de prohibición en denuncia calumniosa.

14- **ESTAFA** - El uso de documento falso para engañar no puede subsumirse dentro del tipo de estafa.

15- **EXTORSION** - Diferencia con la estafa.

16- **FALSEDAD IDEOLOGICA** - Objetos alternativos del delito son: el documento público y el auténtico.

17- **FIJACION DE LA PENA** - Alcances y naturaleza de las circunstancias que debe considerar el juzgador.

18- **HOMICIDIO CALIFICADO** - Requisitos de agravación en la relación concubinaria.

19- **MENORES** - Vacío jurisdiccional tratándose de menores que hayan delinuido antes de alcanzar su mayoría.

20- **PARTICIPE** - Aplicación de la tesis del doble dolo del cómplice y la teoría del conocimiento - Extensión del dolo del cómplice a las acciones principales y su resultado.

21- **PRIVACION DE LIBERTAD AGRAVADA** - Existencia de vínculo matrimonial no excluye

antijuridicidad del acto ni la culpabilidad.

22- **PROXENETISMO** - Sala de masajes no es lugar de alojamiento ocasional.

23- **RESISTENCIA AGRAVADA** - Necesaria legitimidad de la actuación del funcionario público debe ser acreditada y no darse por supuesta.

24- **RESPONSABILIDAD CIVIL** - Absolutoria no basta para omitir pronunciamiento sobre responsabilidad civil.

25- **RESPONSABILIDAD CIVIL** - Prescripción aplicable para el reclamo.

26- **ROBO AGRAVADO** - Apoderamiento en el mismo acto de bienes pertenecientes a dos personas - Unidad de acción y resultado excluye el concurso.

27- **TENENCIA DE DROGA PARA EL TRAFICO** - Delito experimental no puede dar base por sí solo a una condenatoria.

28- **TENENCIA DE DROGA PARA EL TRAFICO** - Validez de intervención del agente encubierto.

29- **VENTA DE DROGAS A LOS CONSUMIDORES** - Aspecto subjetivo que debe valorarse.

30- **VIOLACION** - Acceso carnal forzado con la cónyuge.

31- **VIOLACION** - Agravación por concurrencia de varios sujetos que faciliten el acto, sin que sea necesario que todos los partícipes tengan acceso carnal.

32- **VIOLACION** - Naturaleza de la intimidación - Necesaria eficacia para la afectación psíquica de la víctima.

B- DERECHO PROCESAL PENAL

33- **ADICION Y ACLARACION** - Carácter de recurso permite aplicar el artículo 458 del Código de Procedimientos Penales.

34- **ADICION Y ACLARACION** - Posibilidad de que la resuelva el Tribunal con distinta integración, sino se refiere a un acto propio del debate.

35- **CITACION A JUICIO** - La omisión de notificación provoca nulidad declarable de oficio al vulnerarse el derecho de defensa.

36- **DERECHO DE ABSTENCION** - Consulta constitucional sobre posibilidad de abstención de parientes colaterales en unión de hecho.

37- **DERECHO DE ABSTENCION** - Presunción de culpabilidad ante silencio del imputado vulnera

groseramente al artículo 36 de la Constitución Política.

38- **DERECHO DE ABSTENCION** - Validez de declaración sobre lo contado por ofendida que luego se abstuvo.

39- **DILIGENCIA POLICIAL DE RECONOCIMIENTO** - Necesario cumplimiento de formalidades para poder otorgarle valor.

40- **IN DUBIO PRO REO** - Evolución jurisprudencial de su control en casación - Forma de reclamar la errónea aplicación de la duda razonada.

41- **PRUEBA** - Posibilidad de que la Sala de Casación la ordene en algunos casos.

42- **PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER** - Su rechazo solo procede cuando sea evidente o impertinente.

43- **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen siquiátrico recibido por fax - Necesidad de razones científicas o técnicas para separarse de dictamen pericial.

44- **PRUEBA PERICIAL** - Violación al derecho de defensa por negativa de autoridades administrativas del Poder Judicial a aprobar honorarios de perito.

45- **RECURSO DE CASACION** - Consideraciones sobre su verdadera función - Consulta sobre carácter inconstitucional de limitaciones para interponerlo.

46- **RECURSO DE CASACION** - Para interponerlo debe agotarse el recurso de apelación, en los casos en que éste proceda.

47- **RECURSO DE CASACION** - Validez de su presentación directa ante la Sala.

48- **RECURSO DE REVISION** - Absolutoria pese alegación de orden formal por imposibilidad material de efectuar juicio de reenvío - Improcedencia del pago de daños y perjuicios.

49- **RECURSO DE REVISION** - Falta de legitimación para interponerlo por parte de representante de persona jurídica afectada únicamente en sus intereses patrimoniales.

50- **RECURSO DE REVISION** - Posibilidad de subsanar defectos en la forma de presentarlo.

51- **RECURSO DE REVISION** - Sentencias condenatorias contra diferentes sujetos - Inexistencia de contradicción de culpabilidad.

52- **VISTA** - Consulta sobre posibilidad de actuaciones, bajo ciertos supuestos, de Magistrados que no estuvieron presentes en la audiencia oral.

A- DERECHO PENAL

1- ABUSOS DESHONESTOS - Agravación por cooperación mutua de los tres sujetos activos.

"En cuanto al reproche referente a los abusos deshonestos que se le atribuyen al encartado [...] en daño de [...] y sin que esto implique sacar los hechos del contexto en que ocurrieron, cabe indicar que el cuadro fáctico que contiene el fallo recurrido detalla al respecto lo siguiente: "Mientras el tercer sujeto hasta ahora desconocido, amarraba a [...], [el imputado] le quitó la mordaza a [...], la tomó del pelo y la obligó a lamerle el pene que andaba afuera, desde que salió del dormitorio con [la otra ofendida], después le volvió a poner la mordaza." Basta analizar esta parte del cuadro fáctico para determinar que la conducta antes descrita la cometió el imputado [...] con el concurso específico del sujeto de identidad desconocida, quien se encargó precisamente de inmovilizar a la víctima, amarrándola a una silla, mientras dicho encartado cometía el abuso sexual. Esa sola circunstancia bastaría para rechazar el reclamo, pues, como ya se dijo, en nuestra legislación basta con "el concurso de una persona" para que se produzca la agravante (artículo 158 del Código Penal). No obstante, cabe añadir que, analizando los hechos en su contexto global y según lo expuesto en el considerando anterior, en la especie existe una cooperación mutua de los tres sujetos activos, pues las ofendidas fueron víctimas de una intimidación conjunta por parte de aquéllos, lo cual resultó ser un requisito esencial para la comisión de los hechos, razón suficiente para reiterar que [...] no actuó solo, sino con el concurso de dos personas más, lo que obliga a declarar este extremo sin lugar."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 465-F de las 8,50 hrs. del 11 de noviembre.

2- ABUSOS DESHONESTOS - Consideraciones sobre la intención impúdica del acto.

"El representante del Ministerio Público formula un único motivo en su recurso por el fondo alegando la inobservancia del artículo 161 párrafo primero en relación con el 156 inciso 3) del Código Penal. Se sustenta éste en que el Tribunal de mérito no aplicó la ley sustantiva, concretamente el artículo 161, toda vez que de los hechos tenidos por probados se desprende que el encartado [...] sí cometió el delito de Abusos Deshonestos, configurándose tanto el elemento objetivo como subjetivo. El impugnante no comparte la tesis del Tribunal de que la "acción desplegada por el imputado le falta la intención impúdica, pues por la naturaleza del acto, o bien por el elemento subjetivo es evidente que se trata de un tocamiento con significado sexual, independientemente de si el imputado satisfizo o no sus impulsos sexuales como pareciera entenderlo el fallo recurrido". La Sala no comparte las argumentaciones del recurrente y considera que lleva razón el a quo al afirmar que ha faltado la "intención impúdica". En el delito de Abusos Deshonestos no basta el simple tocamiento sino que se requiere de un elemento subjetivo, a menos que éste en sí revista un carácter con aquella naturaleza. Para apreciar la intencionalidad del sujeto

activo hay que tomar en cuenta todas las circunstancias del tiempo, del modo y del lugar dentro de las cuales se realizan los actos.

Igualmente es necesario considerar otros aspectos relacionados con la personalidad del agente y de la víctima. Es el juez quien en definitiva apreciará cada caso de conformidad con las pruebas evacuadas en el debate. En la presente causa lo único que se demostró fue que el encartado penetró sin autorización a la morada de la [ofendida], miró de manera extraña a la ofendida y a su hermana menor, y en determinado momento, haló bruscamente de los pechos a [la menor] sin poderse establecer cuál fue su finalidad. Lo único que objetivamente está probado es que la agarró de los pechos, produciéndole incluso equimosis en la parte superior de éstos. ¿Configuran estos hechos el tipo previsto en el párrafo primero del artículo 161 del Código Penal. ¿Qué significa "abusar deshonestamente"? La Sala entiende por esta frase la realización de ciertos actos materiales (tocamientos, besos, roces, etc.) con connotación sexual, objetivamente impúdicos o libidinosos, a los que la subjetividad del sujeto les concede tal significación. Esta última, como toda acción humana es histórico-social, lo que implica que ésta puede variar en el tiempo y en el espacio. Por ello, no es posible la simple apreciación de los actos objetivos, sino que es necesario atender a la intencionalidad del agente, cuestión que se aprecia en cada contexto fáctico, salvo en aquellos casos en que el "hecho tiene en sí un carácter indecente y aptitud ofensora del pudor", en cuyo caso es indiferente el animus del autor (OMAR BREGLIA Y OMAR R. GAUNA, Código Penal y Leyes Complementarias, Editorial Astrea, 1987, p. 401).

Ya esta Sala en otros casos como el beso se ha interrogado sobre cuáles deben ser los criterios orientadores que conduzcan a una calificación adecuada. Una de las tesis que han intentado dilucidar este problema y que es dominante, afirma que todo dependerá de la intención que motivó al autor (véanse, entre otros, a NUÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino*, Omeba, Buenos Aires, 1964, tomo IV, p. 313, 314; ARCILLA GONZALEZ, Antonio. *El delito sexual en la legislación colombiana*. E. Caravana, Bogotá, 1959, 2ª edición, pp. 121, 122; CARMONA SALGADO, Concha. *Los delitos de abusos deshonestos*. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 103 y 104; y BREGLIA ARIAS, idem, p. 402). Esta tesis puede ser aplicada en casos como el presente en donde el tocamiento no es indecente por sí a fin de desentrañar con certeza cuál pudo ser el significado de éste y la finalidad del autor. Para aplicar este tipo penal a una persona que tocó a otra, debe en primer término verificarse si ha concurrido alguno de los supuestos de la violación (que la víctima es menor de 12 años, o que estaba privada de razón o incapacitada para resistir; o que se utilizó violencia o intimidación); seguidamente el Tribunal debe necesariamente concluir, con absoluta certeza, que el acto fue libidinoso, tomando en consideración el momento y la ocasión en que se produjo el acto, las condiciones del lugar, la oportunidad, y todas las demás circunstancias fácticas y anímicas que rodearon el hecho (en este sentido ver de la Sala 3a. sentencia N° 104-F de 1992). En el presente caso no existe prueba alguna que demuestre que el encartado ingresó con tal finalidad, sino que al momento de encontrarse dentro de la vivienda el encartado de manera intempestiva y brusca haló a la ofendida de los pechos llevándosela hacia afuera para ser detenido minutos después. Obviamente, al carecer del carácter impúdico

referido y no haberse podido acreditar cual era su intencionalidad, tales hechos carecen de relevancia sexual o de contenido lúbrico, razón por la cual el recurso debe declararse sin lugar. Cabe advertir igualmente que tampoco se estaría en el presente asunto ante la contravención establecida en el artículo 378 inciso 6º del Código Penal (tocamientos inmorales) toda vez que además de no haberse demostrado el contenido impúdico del acto, tal falta se refiere a los tocamientos efectuados aprovechando las aglomeraciones de personas."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 615-F de las 10,35 hrs. del 22 de diciembre.

3- ABUSOS DESHONESTOS - Naturaleza de la intimidación.

"Para la configuración del tipo básico de abuso deshonesto, previsto por el párrafo primero del artículo 161 del Código Penal, debe darse alguna de las circunstancias establecidas en los tres incisos del artículo 156: que la víctima fuere menor de doce años; que la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir; o que se usare la violencia corporal o la intimidación. Si tenemos las tres condiciones transcritas como premisa mayor, debemos remitirnos a los hechos para determinar si en el caso concreto concurren los elementos de alguna de ellas: «... 2) Que el día trece de octubre de mil novecientos noventa y tres, a eso de las tres de la madrugada, en su vivienda sita en la Isla de [...], la [madre de la ofendida], escuchó un ruido en la cama de su hija [...] de quince años de edad, por lo que al encender la luz, sorprendió a su marido [...], padre de la aquí ofendida, que estaba sobre ésta e inmediatamente se apartó levantándose la cobija, pudiendo observar que el ahora acusado, tenía los pantalones, así como el calzoncillo bajados hasta la rodilla y que su hija [...], tenía la enagua arrollada hasta la cintura y se encontraba sin bloomer, por lo que recriminándole dicha conducta, su concubino admitió haber cometido un error y haber tenido un compromiso con [la ofendida], por lo que se la llevó a [...] 3)» [...]. Tal como lo indica el defensor, no se trata de un caso en que la víctima sea menor de doce años al momento de los hechos, que estuviera privada de razón o incapacitada para ejercer resistencia, y no se acreditó violencia corporal o intimidación en el momento del hecho. En consecuencia la acción queda fuera del tipo de abusos deshonestos, independientemente del reproche moral que pueda formularse a la conducta del imputado. Si bien los juzgadores afirman que al momento de los hechos la menor se encontraba «domesticada», como consecuencia del miedo acumulado durante tiempo anterior, no es éste el miedo requerido por el tipo penal para la configuración del hecho criminal [...]. La intimidación que debe existir para llenar el tipo penal en caso de violación (y que se exige por remisión en los abusos deshonestos), debe ser grave, real y posible, de modo que esté causalmente relacionada con el resultado del delito (sobre esto v. Bustos Ramírez, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1991, pp. 116 y 117.). En el presente caso no se hace alusión a una intimidación grave, real y posible, sino a amenazas sin concreción de contenido, por lo que no se ha probado una relación causal entre amenaza y daño. Así las cosas se excluye el tipo del artículo

161 del Código Penal. Para estimar configurada la intimidación tampoco basta la simple relación de parentesco, como pareciera deducirlo el Tribunal. "...Se ha discutido si el temor reverencial, cuando median relaciones de parentesco o dependencia, es suficiente por sí mismo, para que el hecho deba tenerse por cometido mediante intimidación. Con evidente error se ha creído ver algunas de las agravantes previstas en el artículo 122 el reconocimiento legal de que en tales casos existe una situación de violencia moral; pero esas relaciones o condiciones personales no son elementos de la violación, sino circunstancias que la califican..." (FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Abeledo Perrot, 8ª edición, Buenos Aires, 1978, p. 173). En igual sentido, se señala que "...la jurisprudencia ha entendido que no constituye intimidación el respeto y la obediencia que el descendiente debe al ascendiente que aprovecha éste para violarlo; necesitándose la amenaza grave e inminente para que el hecho configure el delito, pues, por ser la violación cometida por los ascendientes una agravante de la figura simple, no puede ser considerado aquel elemento como constitutivo de la misma..." (LOPEZ BOLADO, Jorge Daniel. *Violación, estupro, abuso deshonesto*. Lerner, Buenos Aires, 1971, p. 54). Por otra parte, la sentencia dice: «... aunque se hayan dado actos que importen un comienzo de ejecución del delito y que obviamente la ejecución se interrumpió por causas ajenas al encartado, lo cierto es que no hay forma de que pueda determinarse la intención de consumir el ilícito mediante acceso carnal, sea de cometer la violación al menos en grado de tentativa...» [...]. Con ello se ha excluido de lo probado, cualquier intención de penetración carnal, de modo que no es factible la recalificación a tentativa de violación calificada (artículos 24, 73, 156 y 157 del Código Penal) o tentativa de incesto (artículos 24, 73 y 174 *ibidem*).

Y por la edad de la menor al momento de los hechos -quince años cumplidos- tampoco concurren los supuestos típicos de tentativa de estupro agravado (artículos 24, 73, 159 y 160 *ibidem*). De acuerdo a lo expuesto, excluida la intimidación o violencia sobre la víctima, la acción desplegada por el imputado es atípica, aunque se haya acreditado que la noche de los hechos estaba acostado junto a su hija, siendo sorprendido por su compañera cuando tenía los pantalones y el calzoncillo bajos hasta la rodilla y la muchacha tenía la enagua arrollada hasta la rodilla. Independientemente del reproche moral que pueda hacersele al encartado, su conducta es atípica y en consecuencia no es delictiva, por lo que corresponde acoger el recurso por el fondo, casar la sentencia impugnada y absolver de toda pena y responsabilidad a [...], por el delito de abuso deshonesto que se le ha venido atribuyendo [...]."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 356-F de las 10,40 hrs. del 9 de setiembre.

4- AGENTE PROVOCADOR - Consideraciones y diferencias con el agente encubierto y el delito experimental.

"Como primer agravio del recurso por vicios *in procedendo* interpuesto por la defensora del imputado [...], se acusa la inobservancia de los artículos 471 inciso 2), 472, 474 inciso 1), 477, 483, 1, 106, 145 inciso 3), 393, 395 inciso 2),

400 incisos 3) y 4) del Código de Procedimientos Penales, 39 y 41 de la Constitución Política, por falta de fundamentación de la sentencia, toda vez que ésta se apoya únicamente sobre un indicio que consiste en un "delito experimental", que si bien puede servir como indicio de una actividad delictiva, no es en sí mismo sancionable. Para apoyar su tesis invoca una resolución de la Sala Constitucional, según la cual el delito no podrá ser acreditado con la sola prueba referida al experimento. A efecto de resolver este agravio es necesario hacer las siguientes consideraciones. Esta Sala ya se ha pronunciado sobre este problema al examinar la actuación de los policías en delitos relacionados con drogas, cuando éstos se infiltran dentro de las organizaciones delictivas con el fin de descubrir a quienes intervienen en esa actividad ilícita. Pero conviene reiterar y resaltar algunas distinciones importantes para no incurrir en esquemáticos formalismos que nos pueden conducir a resultados inciertos.

En primer término es indispensable distinguir y nunca equiparar lo que constituye en sentido estricto un "agente provocador" de lo que configura un "agente encubierto", pues no en todos los casos en que interviene un policía o alguna persona infiltrada por ella para detectar una organización y una actividad ilícita, hay provocación. En sentido estricto se da el "agente provocador" cuando una persona, sea policía o actuando en nombre de ella, determina la consumación del ilícito, haciendo que otra u otras personas incurran en un delito que probablemente no se habían propuesto realizar con anterioridad, para lo cual puede infiltrarse en una organización manteniendo contacto permanente con las personas que va a inducir o bien tener simple contacto con ellas de manera ocasional. Existe provocación en todos aquellos supuestos en los cuales el agente provoca la consumación de un ilícito que el inducido no se había planteado consumir con anterioridad, y por ello se afirma que se trata de una situación del todo experimental. En nuestro ordenamiento no podría ser admisible esta posición de parte de la policía, pues su deber debe dirigirse a descubrir a los autores de hechos delictivos, pero no a realizar mecanismos para tentar a las personas a realizarlos, y menos provocar su consumación en circunstancias en que la persona inducida no se había planteado con anterioridad. Las autoridades públicas no pueden válidamente inducir a otra persona a cometer un primer delito, pero la situación es distinta cuando intervienen para acreditar que una persona ya se dedicaba a esa misma actividad ilícita en otras ocasiones o cuando el delito es permanente y la intervención se produce en una fase sucesiva. En realidad en sentido amplio el "agente encubierto" se presenta en todos aquellos casos en que se infiltra una organización, o se tiene contacto incluso ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos, con el fin de poner al descubierto a esas personas y someterlas a proceso penal, procurándose dos cosas básicas: por un lado obtener la prueba necesaria para acreditar el comportamiento ilícito de esas personas, y por otro tomar las precauciones necesarias para evitar que dichos sujetos alcancen el resultado que se proponían en el caso concreto. Los delitos que mejor se prestan para esta forma de actividad policial son los de encuentro o aquellos que requieren de transacciones sucesivas como el tráfico de drogas. Pero en este caso no podemos hablar de provocador en sentido estricto, pues ya la persona contactada por la policía había optado por dirigir su comportamiento hacia el hecho delictivo, y en la mayoría de los casos ya había consumado una o varias veces ese mismo delito, y los

funcionarios o los agentes encubiertos (puede ser un particular incluso) intervienen con el fin de ponerlo en descubierto y para procurar elementos de prueba indispensables para demostrar que ese sujeto se dedica a esa actividad ilícita.

En materia de drogas por lo general la distinción es mucho más clara, pues en la mayoría de los casos el investigado ya había consumado el delito antes de que interviniera el agente encubierto, al no requerirse de la venta o el transporte de la droga para que se consuma el delito, sino que la simple posesión de la droga con fines de tráfico constituye un delito consumado, mucho antes de que el encubierto comprara. Como bien se afirma en doctrina "...no ocurre lo mismo cuando el agente actúa como simulado comprador de las sustancias prohibidas, pues en este caso, su intervención aparece como un factor extrínseco e independiente de la acción delictiva y no elude la adecuación típica y la peligrosidad de la misma. Nos hallamos ante una de esas hipótesis en las que el instigado incurre en responsabilidad penal al haber ya consumado el delito...con la venta de la mercancía, o, en todo caso, con la posesión con destino al tráfico de la misma, destino que ha surgido al exterior a través del ofrecimiento del producto.

La intervención del agente dimana en tales supuestos de situaciones criminales ya existentes que presentan una indudable relevancia penal..." (REY HUIDOBRO, Luis Fernando: *El Delito de Tráfico de Estupefacientes*, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1987, pág. 223).- Estas formas de actuación policial son muy utilizables, también, para descubrir y sancionar a los funcionarios públicos corruptos, que suelen buscar retribuciones indebidas y dádivas con ocasión del cargo que desempeñan. Como bien lo ha señalado la Sala Constitucional, "...con lo anteriormente expuesto, no se le está restando -a dichas autoridades- la posibilidad de actuación como participantes en lo que la doctrina conoce como **delito experimental**, sea el **planteado como medio para corroborar, como un elemento probatorio más, una fundada sospecha sobre la conducta ilícita de un sujeto**, verbigracia, el recibir una dádiva como retribución para realizar un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto propio de sus funciones, casos en los que la participación de los agentes o colaboradores designados por éstos, resulta de suma importancia para **darle mayor solidez a la prueba ya existente y la corroboración de determinadas conductas, para la eventual demostración del hecho, que en todo caso no podrá ser acreditado con la sola prueba referida al "experimento"**. De tal modo que, si el cuerpo policial planeó el operativo que se cuestiona, con la finalidad, según se desprende del libelo, de determinar que el amparado se dedicaba en forma habitual a recibir dádivas como retribución para no observar los deberes inherentes a su función -de conformidad con las fundadas sospechas que de esas actuaciones tenía el Ministerio Público, como se desprende del libelo-, lo así actuado no resulta arbitrario..." (Sala Constitucional, sentencia N° 1169-94 de 10:57 hrs. del 2 de marzo de 1994; y en materia de drogas véase en el mismo sentido la N° 477-94 de 15:36 hrs. del 25 de enero de 1994).- Como bien lo apunta la Sala Constitucional, la actividad encubierta de la policía es lícita en la medida en que se dirija a acreditar que una persona ya se dedicaba a una actividad delictiva, y aún cuando dicha Sala denomine ello como "delito experimental" lo cierto es que se trataría sólo de una nomenclatura que no puede conducirnos a desconocer ese procedimiento, en los términos señalados

con anterioridad, como válidos y constitucionales en nuestro sistema de derecho.-

Para tales efectos debe tomarse en cuenta que al señalar la Sala Constitucional que la actividad del agente encubierto no puede constituir la prueba única, se está refiriendo lógicamente a que éste medio de prueba debe ser realmente confrontado con otros, de los cuales podamos concluir con certeza, según las reglas de la sana crítica, que la persona se dedica a esa actividad ilícita que le fue descubierta. En otras palabras, no es suficiente con que un policía afirmé que pudo llegar a comprarle droga a una persona para que deba concluirse con certeza que aquella persona se dedica al tráfico de drogas. Es necesario, además, corroborar que varios policías realizaron en efecto un operativo, mediante el cual vigilaron por algún tiempo la casa del investigado, para apreciar si a ella se acercaban posibles compradores de droga, y luego con billetes previamente marcados por la autoridad se envía a una persona encubierta para adquirir droga, para posteriormente realizar una diligencia de allanamiento, previa orden de autoridad jurisdiccional, donde confirmen aquella indicación del agente encubierto, ya sea por el decomiso de droga, del dinero marcado y de otras evidencias que señalen que aquel sujeto se dedicaba desde antes a la venta de drogas. En igual sentido, en otros casos deberá comprobarse el dicho del agente encubierto con otro tipo de constataciones, como por ejemplo la existencia de gran cantidad de droga en manos de los investigados, que denote que se trata de intermediarios. Pero en esos supuestos no es suficiente la sola y simple versión del agente encubierto, sino que ésta debe relacionarse con otros medios de prueba como los citados, para llegar a conclusiones certeras en este campo. Pero la Sala Constitucional no señala que la actividad del agente encubierto no tenga ninguna validez probatoria, y no podría hacerse esa indicación en un sistema de libre apreciación de la prueba, pues ello debe analizarse conforme a las reglas de la sana crítica sólo caso por caso."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 22-F de las 9,20 hrs. del 20 de enero.

5- AGRESION CON ARMA - Necesario acometimiento o embestida actual - Diferencia con las amenazas.

"Sobre los tipos de Agresión con Arma y Amenazas, esta Sala ha dicho lo siguiente: "Ciertamente el delito de Agresión supone acometimiento o ataque (con cualquier arma u objeto contundente, aunque no cause herida), lo que lo diferencia de las Amenazas, pues aunque cabe admitir que toda agresión lleva una amenaza ínsita, en aquellas se trata de manifestaciones de voluntad del agente activo de ocasionar o de concurrir a ocasionar un daño futuro al sujeto activo. La agresión supone, pues, un acometimiento o embestida actual, esto es, ya, ahora, en el momento, mientras que la Amenaza se dirige hacia el futuro. Por eso se dice que en el delito primeramente citado no basta la sola exhibición del arma. Así lo reconoce la doctrina mayoritaria (cfr. al respecto, ob. de Breglia Arias y Gauma, Código Penal comentado, anotado y concordado: 2da. edic., edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987, pgs. 330 y 333)" (cfr. V-267-f de las nueve horas veinte minutos del veintiséis de junio de

1992). Por otra parte, esta Sala también se ha manifestado acerca de la posible antinomia entre los artículos 140 y 195, respecto a las amenazas con arma de fuego y ha dicho lo siguiente: "Su error en la calificación de este segundo hecho radica en no haber tomado en cuenta la reforma legislativa de 1982 al artículo 195 ibídem (Ley N° 6726 de 10 de marzo), que al contemplar la amenaza con arma de fuego y por ser ley especial y posterior en tiempo, deroga al artículo 140 del Código Penal en lo referente a la amenaza con un arma de tal naturaleza." (cfr. V-191-F de las catorce horas treinta y cinco minutos del cuatro de junio de mil novecientos noventa y dos). Ahora bien, de los hechos tenidos por demostrados en la sentencia hay que destacar lo subsecuente: "...de un momento a otro se presentó el imputado [...] que en forma indebida tomó del mostrador una de esas frutas y, ante la oposición del primero, el encartado sujetó de la mandíbula [al ofendido], lo empujó hacia una pared y colocó frente a su cabeza, exactamente en la frente, un revólver que portaba, calibre treinta y ocho, marca Taurus, todo en forma amenazante hasta retirarse del lugar." (el subrayado es suplido) [...]. De todo lo anteriormente transcrito podemos deducir que el hecho realizado por el encartado de sujetar por la mandíbula al ofendido para luego empujarlo contra la pared y colocarle un revólver en la frente, no puede ser constitutivo del delito de Agresión con Arma, pues como se dijo, para que este delito se perfeccione es necesario que se de un acometimiento o ataque actual con cualquier tipo de arma u objeto contundente, y como puede observarse, tal ataque con arma no se presenta en el caso de marras. La conducta anteriormente descrita es constitutiva del delito de Amenazas, tipificado en el artículo 195 ídem, esto así ya que el colocar un arma de fuego en la frente de cualquier persona de la manera como se sucedieron los hechos, indudablemente constituye una amenaza contra la misma; además cabe agregar que el hecho fue cometido con arma de fuego, y toda amenaza cometida con arma de fuego es por sí misma "injusta y grave", concurriendo de esa forma los elementos previstos por el citado artículo 195 ejísdem."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 380-F de las 9 hrs. del 30 de setiembre.

6- BENEFICIO DE EJECUCION CONDICIONAL - Supuestos para otorgarlo - La pena tiene también finalidad retributiva.

"Argumenta el impugnante que el artículo 59 citado, establece la condena de ejecución condicional como un beneficio para el imputado, y el número 60 ibídem impone al juzgador la «obligación» de otorgarlo, cuando suponga que el condenado guardará un comportamiento socialmente adecuado sin necesidad de pasar a la ejecución de la pena. Estas normas fueron violentadas -dice- porque es acreedor al mencionado beneficio y sin embargo le fue denegado. Debe rechazarse el motivo. De conformidad a lo dispuesto por el artículo 60 del Código Penal «la concesión de la condena de ejecución condicional se fundará en el análisis de la personalidad del condenado y su vida anterior al delito en el sentido de que su conducta se haya conformado con las normas sociales y en el comportamiento posterior al mismo, especialmente en su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las

consecuencias del acto, en los móviles, caracteres del hecho y circunstancias que lo han rodeado...». En otras palabras, nuestro ordenamiento no establece que el Tribunal esté obligado a aplicar el beneficio de condena de ejecución condicional cuando se estime que el sentenciado se comportará correctamente en libertad, además de que este hecho tampoco aparece acreditado en autos como lo alega el recurrente.

La pena también cumple una finalidad retributiva incluso en nuestro ordenamiento, al establecer el legislador determinadas cantidades de pena según sea el reproche sobre el delito a reprimir. Por ello debe rechazarse el reclamo."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 353-F de las 10,20 hrs. del 9 de setiembre.

7- CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR - Incompatibilidad con la noción de tipicidad - Causas de exclusión de la acción.

"La culpa penal es la falta a un deber objetivo de cuidado que causa directamente un resultado dañoso previsible y evitable. El artículo 33 citado dispone que «No es culpable quien realiza el hecho típico por caso fortuito o fuerza mayor». La **fuerza mayor** se refiere a un hecho o evento que por su naturaleza, aún cuando fuera previsible y se prevea, es inevitable. El **caso fortuito** [latín *casus*, literalmente "caída", y *fortuitos*, "debido al azar"] se refiere a un hecho que por ser imprevisible (aún utilizando una conducta diligente) deviene inevitable (si pudiera haberse previsto sería evitable: la culpa en la previsión excluye el caso fortuito) (sobre los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor véase la *Exposición de Motivos del Código Penal* en cuanto al artículo 33; BRENES CORDOBA, Alberto: **Tratado de las Obligaciones**, San José, Ed. Juricentro, 1977, epígrafes 198 a 201; PEREZ VARGAS, Víctor: **Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual**, San José, 1984, págs. 88 a 90 y 106 a 107; VON THUR, Andreas: **Parte General del Derecho Civil**, San José, Juricentro, 1977, págs. 115 a 116). Y si se admite que la culpa es la forma elemental de imputación en los tipos de injusto previstos en los artículos 117 (*Homicidio culposo*) y 118 (*Lesiones culposas*) del Código Penal, debe considerarse que el caso fortuito y la fuerza mayor -en tanto coinciden en ser sucesos **inevitables**- resultan incompatibles con la noción de tipicidad, porque el elemento normativo del tipo objetivo de estos delitos supone que el resultado (causado directamente por la falta al deber objetivo de cuidado) sea previsible y **evitable**, y este último carácter no se da en las dos hipótesis del artículo 33 comentado; incluso puede afirmarse que ambas hipótesis asumen la forma de una causa de exclusión de la *acción* (y no de la *culpabilidad*, como aparentemente lo sugiere el texto legal) denominada "fuerza física irresistible" que se refiere a aquellos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica (cfr. BACIGALUPO, **Principios de Derecho Penal**, Parte General, Madrid, Ediciones Akal, 1990, p. 113, y; ZAFFARONI, Eugenio: **Manual de Derecho Penal**, Parte General, Buenos Aires, 1979, pág. 294, 207). Pero, según los hechos acreditados en la sentencia, no se verificó en la especie ni un caso fortuito ni uno de fuerza mayor. En el presente asunto no cabe duda de que el resultado lesivo

(homicidio y lesiones) se podía haber evitado si el agente hubiera actuado correctamente, conforme a las normas de seguridad que regulan el tránsito de vehículos automotores en caminos públicos. Se demostró que el encartado, al participar en un "pique" en una céntrica calle de la ciudad de Heredia, efectuando maniobras peligrosas e imprudentes y conduciendo a gran velocidad, incrementó de forma ilegítima el riesgo de que un resultado lesivo y previsible se produjera, como efectivamente sucedió, al atropellar a los ofendidos cuando intentaban subir a un vehículo estacionado a la orilla de la calle, provocando la muerte de uno y las lesiones del otro, por lo que su conducta se subsume en los tipos penales indicados. Aún cuando pudiera estimarse -hipotéticamente- que la conducta de los ofendidos hubiera contribuido a aumentar el riesgo de un accidente (por tratar de subir al automóvil por el lado que daba a la calle), ello no excluye la tipicidad de la conducta del acusado, pues, de haber actuado prudente y razonablemente, habría podido evitar el atropello, lo que demuestra que su acción es causa directa del resultado."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 372-F de las 10,05 hrs. del 23 de setiembre.

8- COMPLICIDAD - La existencia de un plan común y una distribución de funciones excluye la complicidad.

"Al formular los reclamos por el fondo, los defensores de [...] alegan que indebidamente se aplicó a dicho justiciable la calificación de coautor, siendo que lo correcto era calificar la conducta acreditada como la de cómplice, dado que se limitó a prestar una colaboración prescindible, y no realizó la conducta típica de peculado. No concuerda esta Sala con el criterio de los defensores de [...]. El parámetro para medir la complicidad o coautoría en un hecho, no radica en si la actuación pudo ser cumplida por otro sujeto, pues lo que se valora no es la posible intervención de otra persona, sino la responsabilidad que le cabe por la propia; esto es, al hacer el juicio de responsabilidad, la prescindibilidad de la acción no se analiza en términos abstractos, sino en el caso concreto. Es en ese sentido que, de conformidad con el cuadro fáctico que el a-quo tiene por acreditado, no cabe duda que el señor cumplió actuaciones, no a nivel de cómplice, sino de coautor. En efecto, de acuerdo con el fallo [...] concurrió eficazmente a la elaboración de facturas falsas que justificaran la emisión indebida de cheques de la Comisión Nacional de Emergencia, procediendo luego al endoso en veintidós cheques y con posterioridad cambió diecisiete de ellos, según se constata en los hechos probados 7, 8 y 9 del fallo respectivo, así como el análisis de pruebas [...]. En consecuencia, no cabe decir que se trate únicamente de una complicidad, cuando está acreditada la existencia de un plan común y una distribución de funciones (BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal**, Parte General. Editorial Ariel. 3a. ed. Barcelona. 1989. p. 288.), lo que lleva a la coautoría por dominio funcional del hecho, en tanto en ciertas etapas del proceso delictivo, podía decidir acerca de su prosecución o no, optando por lo primero y proporcionando una contribución necesaria. De ese modo, conforme lo señala la doctrina, "cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte

que le corresponde en la división del trabajo" (BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal", Parte General. Madrid. Akal. 1990, p. 228), lo que impone declarar sin lugar el reclamo."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 565-F de las 16,15 hrs. del 12 de diciembre.

9- COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS - El término "partícipe" que utiliza el Código Penal tiene un sentido amplio que contempla también a los coautores.

"Si bien es cierto la doctrina en sentido estricto excluye de la categoría de "partícipes" a los coautores, quedando reservada para los cómplices e instigadores, no es esa la terminología que sigue nuestro Código Penal. Al aludir a los "partícipes", el artículo 49 no se refiere únicamente a los cómplices e instigadores, sino que incluye en él también a los coautores. Partir de lo contrario, implicaría llegar al absurdo jurídico que un coautor comete un ilícito especial (peculado, por ejemplo), mientras que el otro coautor, por ausencia de calidades personales, comete otro (estafa o robo, por ejemplo); en consecuencia, a actuaciones y voluntades simétricas, se estaría dando diversa solución, solamente por la ausencia de una condición personal, como pretenden los recurrentes. La otra solución es menos congruente con la sistemática de la aplicación de la norma penal, porque consistiría en sancionar, ya no como coautor (vista la ausencia de las mencionadas condiciones especiales), sino como cómplice a quien en realidad tuvo dominio del hecho, incurriéndose así en una ficción para intentar resolver un problema de calificación, cual si se tratara de una cuestión de intervención en la acción ilícita; es decir, para suplir una falencia en la aplicabilidad de una calificación jurídica, se recurre a obviar o torcer la efectiva participación tenida por el agente. Antes bien, la figura del coautor está expresamente prevista en el artículo 45 de ese Código y su régimen de recriminabilidad por condiciones ajenas, al igual que para los instigadores y cómplices, está prefijado por los numerales 48 y 49 siguientes, que no hacen distinción en cuanto a los sujetos a que se refieren, por lo que habrá de entenderse que es a los aducidos en los artículos 45 (coautores), 46 (instigadores) y 47 (cómplices).

Aparte de eso, el panorama es aún más claro si se confronta el artículo 71 de dicho Código, que se refiere indiferenciadamente a la personalidad del "partícipe" al fijar la pena, aludiendo a este como figura siempre presente en una condenatoria (extendiéndolo incluso al autor único), lo que no sucedería si sólo aludiera a los cómplices o instigadores, de presencia eventual. En realidad, como se dijo, nuestro Código Penal utiliza la terminología "partícipes" en un sentido amplio, referida a todos los que hubieren intervenido en la realización del hecho punible, ya sea como autores, cómplices o instigadores, sin hacer la distinción que hace la doctrina al referirse al concepto jurídico de "partícipes". Por ende, el Código Penal sí contempla a los coautores en el artículo 49 (comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes) [...]."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 565-F de las 16,15 hrs. del 12 de diciembre.

10- DELITO CONTINUADO - Innecesaria homogeneidad absoluta en las acciones, basta la unidad de motivación.

"[...], estima la Sala que la apropiación del dinero correspondiente a algunos de los cupones de los certificados pertenecientes a la Comisión Nacional de Emergencia, entra en el plan desarrollado por los justiciables, tendiente a la sustracción de sus fondos. Tal apropiación no es sino otra forma de manifestarse su actuación delictiva, la cual en los hechos juzgados por estafa y uso de documento falso contra [los encartados ...], se manifestó mediante la emisión y cambió fraudulentos de cheques. No cabe duda que las apropiaciones del dinero proveniente de cupones, se trata de acciones correspondientes a un plan general de sustracción, coincidentes cronológicamente con las acciones referentes a los cheques ya citados. El reclamo del Ministerio Público, en el sentido de que las acciones no son homogéneas en su despliegue, por lo que se excluye un delito continuado, carece de razón. Para la comisión de un delito continuado no es necesario que esa homogeneidad sea absoluta, basta que la coincidencia sea en términos generales; o bien, como sucede en este caso, aprovechándose de equivalente ocasión, es decir bastando la unidad de motivación (ver jurisprudencia arriba aludida y BUSTOS RAMIREZ, op. cit., p. 303). Es notorio que los encartados [...], se valieron de su condición de funcionarios públicos con acceso a los fondos que dan lugar a este proceso, para sustraer parte de ellos, valiéndose de diversas métodos; pero siempre dentro de un plan general, y con un objetivo constante ya apuntado: la sustracción de fondos de la Comisión Nacional de Emergencia, a los cuales tenían acceso a causa de su cargo.

Las diferencias que puedan darse en la ejecución entre dos o más acciones, no responde al cambio de finalidad, sino al método necesario para poder alcanzar los fondos ubicados en ciertos rubros. Así, los fondos depositados en cuenta corriente, requerían para su sustracción la emisión de un cheque; mientras que el dinero de los cupones, exigía sencillamente su cambio. Resulta un error pretender que para ambos se desarrollase mecánicas análogas, si sus condiciones exigían que fueran diversas. Amén de lo anterior, cabe señalar que la homogeneidad en la ejecución, factor aportado por la doctrina y no exigido por la ley (que únicamente demanda la lesión al mismo tipo de bien tutelado, que este sea de índole patrimonial y una misma finalidad), no es sino un factor instrumental tomado en cuenta para reconocer en la sucesión una misma finalidad; de tal suerte que, si a pesar de las diferencias en la forma de ejecución, se reconoce esa finalidad, debe aplicarse la sanción por delito continuado, favoreciendo al reo con la aplicación del artículo 77 del Código Penal."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 565-F de las 16,15 hrs. del 12 de diciembre.

11- DELITO CONTINUADO DE PECULADO - Elementos a considerar para valorar la finalidad de los hechos realizados.

"Al plantear su recurso, los representantes del Ministerio Público lo hace por razones de fondo. En sus

argumentos señalan que el a-quo equivocadamente juzgó las acciones perseguidas por estafa y uso de documento falso contra [los encartados], como constitutivos de un delito simple de peculado, cuando debió sancionarse a los encartados por ese delito en su modalidad continuada, solicitando se les imponga por esos hechos la pena de doce años de prisión, aumentada hasta otro tanto, es decir veinticuatro años, con excepción de [...], para quien se solicita diez años de prisión, aumentados a veinte. Estima esta Sala que llevan razón los recurrentes. Efectivamente, el cuadro fáctico que acredita la sentencia en lo atinente a los hechos mencionados, evidencia la concurrencia de todos los requisitos configurativos de un delito continuado. Se trata de hechos que, individualmente apreciados, constituyen por sí mismos delitos de peculado, reiterados, homogéneos y con una misma finalidad: la sustracción de los fondos asignados a la Comisión Nacional de Emergencia, lesionando de ese modo el patrimonio de la Administración Pública. Ya en 1991 esta Sala señaló que se está "...en presencia de un delito continuado, en tanto se trata de acciones de idéntica especie, violatorias del mismo bien jurídico, ejecutados homogéneamente y, como derivación de ello, presumiblemente con igual finalidad.

Sobre este punto, la doctrina es conteste en aseverar que, ante la dificultad que implica la averiguación de la finalidad del sujeto activo, pues ésta muchas veces permanece en reserva, la forma homogénea de realización de las acciones es revelatoria de una misma finalidad. Ahondando aún más en la aplicación de este principio y haciendo una interpretación extensiva de la noción de delito continuado, recurso viable en el Derecho Penal, según la doctrina, en tanto favorable al reo procesalmente y reductora del grado de la pena que en caso contrario le correspondería en virtud de la configuración de un concurso real (visto que la pena impuesta por un delito continuado no puede ser mayor que la que correspondería por concurso real, lo que iría contra la voluntad del legislador), la doctrina alemana ha planteado que también se configura el delito continuado cuando se utiliza o aprovecha idéntica oportunidad, puesto que, como se apunta arriba, ello constituye un indicador no despreciable de una posible "misma finalidad" en la comisión de los actos del sujeto" (resolución de la Sala Tercera N° 319-A de las 11:40 del 9 de agosto de 1991). Considerando que los razonamientos expuestos en la resolución transcrita resultan aplicables al presente asunto, puesto que se tuvo por probado que los encartados efectuaron sustracciones reiteradas de los citados fondos, valiéndose de la misma mecánica y ocasión, se reiteran esos argumentos. Efectivamente, si se repara que las acciones tenidas por probadas son ilícitas aún individualmente apreciadas (cada una de las sustracciones constituía un peculado), que fueron independientes (tuvieron cierta separación temporal), se realizaron en detrimento de bienes jurídicos patrimoniales (los fondos de la Comisión) y se aprovechó una ocasión equivalente (el acceso a los recursos tenido por los encartados en razón de su trabajo), se concluye que se está frente a un delito continuado de peculado."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 565-F de las 16,15 hrs. del 12 de diciembre.

12- DELITOS SEXUALES - Necesario cuidado en la apreciación de la declaración de la víctima.

"En el recurso por la forma se alega la violación de las reglas de la sana crítica, con fundamento en los artículos 393 y 400.4 del Código de Procedimientos Penales. Opina el recurrente que fueron violentadas las reglas de la sana crítica, al valorar la declaración de la ofendida [...], quien -según dice el impugnante- padece de «un retraso mental evidente» y tenía solo nueve años al momento de la declaración, aparte de no estar reforzada su versión con alguna «prueba técnica». Agrega que la condenatoria se ha basado exclusivamente en la declaración de la menor, dado que sus padres no aportan ningún elemento nuevo. Debe rechazarse el reclamo. Examinado el fallo de mérito no encuentra esta Sala violación alguna a las reglas del correcto entendimiento humano, concretamente en la valoración de lo declarado por la menor ofendida. Se trata de una niña con retardo mental, pero esa característica especial no significa que automáticamente debamos restarle credibilidad, máxime cuando ella relata hechos que le han ocurrido y para cuya comprensión no se requiere un conocimiento especializado, ni académico. Por esa razón es indispensable un pormenorizado análisis de la versión de la víctima de agresión sexual, en estricto cumplimiento del deber de fundamentar conforme a las reglas de la sana crítica, pues por lo general esa es la fuente más importante de prueba, sin que por esa circunstancia pueda alegarse un vicio. Los agresores sexuales buscan momentos de intimidad para realizar su ataque, de manera que es bastante frecuente que en muchos casos sólo exista la versión de la víctima contrapuesta a la del acusado. Ello exige mayor cuidado a los Tribunales al momento de apreciar esa prueba, pero no significa -como alega el recurrente- que por tratarse sólo de la versión de la víctima no existan bases para sustentar una condenatoria."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 353-F de las 10,20 hrs. del 9 de setiembre.

13- DOLO - Exigencia en nuestro Código Penal del dolo de tipo o dolo natural - Aplicación del error invencible de prohibición en denuncia calumniosa.

"En su único motivo del fondo el recurrente, Fiscal [...], alega la violación de los artículos 31, 45, 49 párrafo tercero, 71, 74 y 317 del Código Penal. Razona el impugnante que el tribunal absolvió al imputado [...], argumentando que no había dolo en la acción debido a un error esencial, no obstante afirmar en la misma sentencia «... que tanto el ofendido como el imputado tenían pleno conocimiento al otorgarse la prenda, que el vehículo dado en garantía se encontraba registralmente inscrito a nombre del dueño originario, [...] ...» [...]. Si había conocimiento había dolo -dice el representante del Ministerio Público- de modo que si denunció [el imputado] al ofendido como autor de estelionato, cometió dolosamente el delito de denuncia calumniosa. Con base en tales razonamientos solicita se case la sentencia de mérito, se declare al [imputado] autor del delito de denuncia calumniosa y se le imponga la pena que se pidió en el debate. Debe rechazarse el motivo. Del contexto del fallo recurrido se colige que el tribunal de

instancia todavía concibe la estructura del delito de acuerdo a la teoría del tipo simple, es decir utilizando un dolo de culpabilidad o dolo malo (*dolus malus*), subestructurado por dos elementos: (a) cognitivo y (b) volitivo.

La cognición integrante del dolo de culpabilidad supone (a.1) el conocimiento de los elementos de hecho y (a.2) el conocimiento de la ilicitud. Si concurre un error de hecho (artículo 34 del Código Penal), se excluye el conocimiento del hecho, de manera que queda incompleto el elemento cognitivo del dolo por lo que también se excluye, y, por faltar la cognición que es un elemento esencial de la subestructura del dolo se excluye también el dolo. En su caso si concurre en el agente un error de derecho (artículo 35 del Código Penal), se excluye el conocimiento de la ilicitud, de modo que -al igual que en el caso anterior- queda incompleto el elemento cognitivo del dolo por lo que también se excluye, y al faltar este elemento esencial de la subestructura del dolo se suprime totalmente el dolo. Esta es la mecánica de la teoría del error según la concepción clásica. Del examen del fallo de instancia, es evidente que la mayoría del tribunal de juicio ha creído en la concurrencia de un error invencible de derecho según el artículo 35 del Código Penal, debido a la asesoría legal que -según dice la sentencia- recibió el imputado y que lo condujo a denunciar al ofendido por el delito de estelionato. La asesoría legal habría inducido a error acerca del conocimiento de la ilicitud, suprimiendo el elemento cognitivo del dolo y el dolo mismo. Así se desprende del siguiente párrafo: «... el acusado [...] es asesorado para que establezca una **demanda** por estafa, en su conducta ha privado un error que es esencial, decisivo e inculpante de donde no es posible el dolo...» [...].

Bajo esta concepción el dolo se excluye por el error de derecho que funciona como exculpante, de modo que la acción es típica y antijurídica pero no culpable. Aunque el imputado tuviera conocimiento de lo que hacía -según afirma el Fiscal [...] - faltaba el conocimiento de la ilicitud lo que es suficiente para provocar una reacción en cadena, que excluye por su orden el elemento cognitivo del dolo, el dolo y la culpabilidad. Así aplicado, no se verifica el *error in iudicando* que denuncia el recurrente. Es oportuno agregar que esta Sala a partir del voto N° 446-F, de las 15:40 hrs. del 25 de setiembre de 1992, por los razonamientos expuestos y la doctrina allí citada, siguiendo nuevas concepciones sobre la culpabilidad ha interpretado que el Código Penal exige un dolo de tipo o dolo natural (*dolus naturalis*), de modo que el tipo se compone de un aspecto subjetivo (**tipo subjetivo**) integrado alternativamente por el dolo natural o la culpa y, un aspecto objetivo (**tipo objetivo**) compuesto de los elementos descriptivos, elementos normativos y las condiciones personales constitutivas de la infracción (criterio reiterado por las sentencias de la Sala Tercera N° 596-F, de las 9:10 hrs. del 11 de diciembre de 1992; y N° 713-F, de las 10:55 hrs. del 17 de diciembre de 1993; entre otras).

El elemento cognitivo del dolo natural solamente supone el conocimiento de los elementos objetivos del tipo (conocimiento del hecho), no así el conocimiento de la ilicitud que se queda como elemento integrante de la culpabilidad. Cuando este último es afectado por un error de prohibición invencible, se excluye totalmente dicho conocimiento y con él la culpabilidad. Valorada la situación de acuerdo con este criterio, a los hechos probados en la sentencia debe aplicarse el error invencible de prohibición (exculpante), previsto por el artículo 35 del Código Penal, de modo que se excluye la culpabilidad. Al igual que con la

aplicación de la teoría del tipo simple utilizada por el *a quo*, el hecho sigue siendo típico y antijurídico pero no culpable.”

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 344-F de las 9,20 hrs. del 9 de setiembre.

14- ESTAFA - El uso de documento falso para engañar no puede subsumirse dentro del tipo de estafa.

“Reclama el impugnante que los ilícitos de uso de documento falso, por los cuales se condenó a su defendido, debe entenderse subsumidos en la figura de estafa, en tanto fue el medio empleado para cometer estas últimas, y que, en consideración al monto del perjuicio, debe declararse prescrita la acción penal respectiva. No lleva razón el recurrente. Al tratar de una situación similar, en el voto 108-F de las 8:45 del 27 de marzo de 1991, esta Sala indicó que no necesariamente la existencia de un vínculo de medio a fin entre los delitos concurrentes lleva a estimar que hay un concurso aparente de ilícitos, es decir que éste deba resolverse considerando subsumido el denominado comúnmente de “pasaje”. Los argumentos que surgen en favor de esta interpretación son fácilmente comprensibles si se parte de la noción del disvalor contenido en cada norma penal. En efecto, la norma penal está prevista como un factor que reprocha conductas que el legislador estima superlativamente lesivas a terceros. De manera tal que si en un caso concreto el disvalor viene a menos, la aplicación de la norma habrá perdido todo objetivo y, en consecuencia, será inútil, cual sucede en los casos en que la conducta prevista por el tipo penal de pasaje está también disvalorada en el tipo penal final. Mas si en el tipo penal final no está insito el disvalor de aquella norma, entonces conservará su plena utilidad y aplicabilidad. En el presente asunto, es evidente que el delito de estafa sanciona la afectación al patrimonio ajeno, ofensa que puede ser llevada a cabo a través de medios diversos al uso de un documento falso. Por ello, mal podría estimarse que nuestro sistema jurídico penal sanciona de idéntico modo a quien valiéndose de un engaño sencillo induce en error y procura un beneficio patrimonial injusto, por una parte, y a quien, por otra parte, logra ese engaño aprovechándose de un documento que sabe falso, lo cual facilita su tarea embelecadora y pone en mayor vulnerabilidad al sujeto pasivo, al lesionar la fe pública; es decir, otro bien jurídico tutelado, lo que excluye la subsunción.

Amén de ello, sería absurdo que quien simplemente usa un documento falso esté conminado a una pena de uno a seis años de prisión; mientras que quien lo usa para una estafa menor, lo que revela mayor daño a los bienes protegidos, reciba una sanción, según la posición del recurrente, de dos meses a tres años. Aunque no es la tesis expuesta, tampoco es admisible que resulte igual el uso de un documento falso por el que se busca cualquier ventaja sencilla, al uso efectuado para lograr un perjuicio patrimonial injusto, lo cual no es efecto necesario de aquello. Por lo consignado, esta Sala no comparte el reclamo planteado por el defensor de [...], declarando sin lugar el recurso.”

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 565-F de las 16,15 hrs. del 12 de diciembre.

15- EXTORSION - Diferencia con la estafa.

"En la sentencia impugnada, la mayoría del Tribunal tuvo por cierto que el procesado y otro sujeto se presentaron al negocio del ofendido, donde arrogantemente se identificaron e hicieron pasar como "Inspectores de Control Fiscal del Ministerio de Gobernación", mostrando una placa y revisando la mercadería, las etiquetas, el libro de ventas o facturero de Tributación Directa y el servicio sanitario, tras lo cual dijeron al dueño del local que estaba cometiendo tres delitos que consistían en no tener las marcas de las prendas registradas, no tener licencia de maquilador y tener el baño en mal estado, amenazándolo con cerrar el negocio de uno a tres meses y con ponerle una multa de treinta a ciento veinticinco mil colones, si no les daba quince mil colones y una camisa a cada uno -que en el acto se les entregó- así como otros quince mil colones que pasarían a cobrar después. Para la mayoría del Tribunal sentenciador -criterio que comparte esta Sala- tal conducta constituye un delito de Extorsión simple (mientras que el Juez disidente salvó su voto por considerar que se está en presencia de un delito de Estafa), pues la diferencia fundamental entre los delitos de Extorsión y Estafa radica en los medios previstos en cada tipo para el logro de una disposición patrimonial lesiva o perjudicial por parte del sujeto pasivo. En la Extorsión estos medios son la *intimidación* o las *amenazas graves*, mientras que en la Estafa es la *inducción a error* (proveniente de la simulación de hechos falsos o de la deformación u ocultación de hechos verdaderos). Ahora bien, cuando la intimidación o la amenaza grave reposa o se erige sobre el error a que se induce a la víctima, proveniente de la simulación de hechos falsos -como sucede en este caso concreto- o de la deformación u ocultación de hechos verdaderos, la diferencia entre Extorsión y Estafa persiste incólume, pues resulta claro que mientras en la última el sujeto pasivo cede al engaño, en la Extorsión se sucumbe al engaño y al miedo, esto es, a la fusión que resulta de ambos factores en el ánimo de la víctima. Las razones expuestas son suficientes para declarar sin lugar el recurso interpuesto.

Como comentario adicional, cabe hacer la observación de que en la legislación penal argentina, la simulación de autoridad pública -como la que aparentó o fingió el acusado en este caso- es uno de los medios expresamente previstos en el tipo penal de Extorsión (cfr. FONTAN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal*, Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, págs. 324 a 325; BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: *Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, págs. 580 a 583; y CREUS, Carlos: *Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, Parte Especial, t. I, segunda edición, 1988, págs. 470 a 471, para quien se trata de un caso de "*intimidación engañosa*"), mientras que en nuestro Código Penal esa hipótesis fáctica está implícita en la abstracción del tipo penal."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 508-F de las 15,25 hrs. del 28 de noviembre.

16- FALSEDAD IDEOLOGICA - Objetos alternativos del delitos son: el documento público y el auténtico.

"El artículo 358 del Código Penal dice «Las penas previstas en el artículo anterior son aplicables al que insertare o hiciera insertar en un documento público o auténtico

declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio». El delito tiene dos objetos alternativos, el documento público que es el realizado por un funcionario público, no necesariamente vinculado a la administración por un nombramiento, juramentación o representación, sino por otros parámetros que extienden -en el derecho penal- el concepto (sobre ello v. sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Nº 208-F, de 09:30 hrs. de 10-06-1994, y Nº 375-F, de 10:20 hrs. de 23-09-1994); y el documento auténtico realizado por quien, en razón de su profesión, oficio u ocupación, consigna en él declaraciones que se presumen ciertas, aceptadas como verdaderas ante los demás salvo prueba en contrario. Ejemplos de lo anterior son las certificaciones extendidas por contadores públicos autorizados, por notarios o por médicos, los planos de fincas levantados y firmados por topógrafos, la firma autenticada por abogado, etc. En el presente caso el reporte de avance de obra es un documento auténtico extendido por [uno de los imputados, en su condición de Ingeniero Civil], para probar ante la MUCAP y provocar con ello el giro de dinero, tomando en consideración que se trata de un ingeniero civil contratado por una institución pública de crédito para vivienda, aunque pagado por los particulares, con el fin de que él verifique in situ el avance de la construcción de edificaciones, con el fin de autorizar o negar los desembolsos sucesivos de los préstamos de dinero que esa institución hace. Desde ese punto de vista dicha persona levanta un documento auténtico, como fedatario público, en el cual hace constar -como se dijo- una situación propia de la profesión de ingeniero civil.

El hecho de haberlo firmado en blanco solamente acredita el dolo eventual con el que actuó, pues no obstante que no había iniciado siquiera la construcción procedió a firmar en blanco el documento que se utiliza para acreditar el estado de la obra, a sabiendas de que podía consignarse información falsa, como en efecto ocurrió, con posibilidad de perjuicio para la institución ofendida. En consecuencia, dicho imputado aceptó como posible el perjuicio para la institución que lo contrató como tasador. De acuerdo a lo dicho procede acoger el primer motivo del recurso por el fondo, revocar la sentencia impugnada, exclusivamente en lo que [al Ingeniero] se refiere, y declararlo autor responsable del delito de falsedad ideológica cometido en perjuicio de La Fe Pública."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 70-F de las 9 hrs. del 17 de febrero.

17- FIJACION DE LA PENA - Alcances y naturaleza de las circunstancias que debe considerar el juzgador.

"En su reclamo, el defensor echa de menos el dictamen del Instituto Nacional de Criminología, para que el a-quo lo tuviera en cuenta a la hora de fijar la pena. Debe aclararse que este defecto, de existir, influiría solamente en la fijación de la pena y no en la totalidad de la resolución, como lo pretende. Sin embargo, no demuestra el recurrente que la ausencia del citado dictamen le haya ocasionado gravamen alguno; es decir, que el tribunal le haya impuesto una sanción arbitraria. Con vista en la sentencia recurrida, no se aprecia arbitrariedad por parte del a-quo, que en los folios 247 a 251 extendió las razones que tuvo para imponer

la pena de cuatro y ocho años de prisión a los sentenciados; razones, por cierto, plenamente atendibles. Esto hace que se deba declarar sin lugar el motivo. Amén de lo anterior, a mayor abundamiento, conviene acotar que acerca de la imprescindibilidad o no del dictamen en cuestión, esta Sala se pronunció diciendo: "...si bien es cierto ese numeral señala que para la fijación de la pena debe considerarse la "personalidad del partícipe", tomando en cuenta "las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes" del imputado, mediante el Informe que sobre esos extremos debe solicitarse al Instituto de Criminología "el cual podrá -dice ese mismo artículo- incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez", deben hacerse al respecto las siguientes aclaraciones. De este modo la fijación del monto de la pena debe atender al grado de magnitud del injusto y de la culpabilidad, entendida esta última como el reproche que se puede formular al autor por lo que hizo, cuando podía exigírsele otra conducta conforme al derecho, según las circunstancias del caso (culpabilidad de acto).

Esta Sala toma en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha señalado que *"el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tome en consideración circunstancias personales del sujeto activo, al momento de fijar la pena a descontar"* y que *"el artículo 71 del Código Penal contiene aspectos relacionados con la personalidad del autor, los que no son contrarios al concepto de culpabilidad... razón por la que deben mantenerse vigentes y en consecuencia ser tomados en consideración por los jueces al momento de fijar las penas..."* (Sala Constitucional, N° 88-92 de las 11 horas del 17 de enero de 1992). Con base en ello es conveniente hacer las siguientes precisiones. Los artículos 106, 393 párrafo segundo, 395 inciso 2) y 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales imponen al juzgador la obligación de fundamentar sus sentencias, forma procesal cuya inobservancia está sancionada con pena de nulidad y que, en repetidas ocasiones lo ha dicho esta Sala, obedece a las garantías constitucionales establecidas en favor del reo, constituyendo acaso este deber de fundamentar o motivar -con todas sus implicaciones y corolarios- el principal aspecto del debido proceso penal. Dentro de este contexto, puede afirmarse que aunque suprimiéramos hipotéticamente el artículo 71 del Código Penal, subsistiría para el juzgador la ineludible obligación de fundamentar la fijación de la pena en sentencia. A la luz de estos razonamientos es que debe analizarse la norma contenida en el artículo 71 del Código Penal, que señala algunas cuestiones que el juez debe considerar en ese aspecto. Cabe preguntarse cuál es la naturaleza de este listado de circunstancias a "tomar en cuenta". "¿Está el Juez obligado a agotar la lista, es decir, a considerar cada una de tales cuestiones? La práctica judicial enseña que no en todos los casos se dan los elementos señalados, o algunos de ellos en ciertos casos son irrelevantes, o no se cuenta con elementos de juicio adecuados para darles contenido (esto sucede precisamente con el informe del Instituto Criminológico, que rara vez llega a manos del Juez a tiempo). Entonces sería absurdo exigir al Juzgador que agote ese listado. Por lo tanto, debe concluirse que la enumeración del artículo 71 del Código Penal es puramente enunciativa, ejemplificativa o explicativa, tanto así que no excluye la posibilidad de que el Juez agregue o introduzca otras circunstancias dignas de ser consideradas a la hora de fijar la pena (en este sentido, véase a NÚÑEZ, Ricardo: *Manual de Derecho Penal. Parte*

General., Buenos Aires, Editora Córdoba, 1987 pág. 339). Tampoco debe perderse de vista que el Informe del Instituto Criminológico no es vinculante para el Juez y que tampoco es el único medio probatorio válido para acreditar los extremos a que éste debe referirse" (V-161-F, de las 14:05 del 16 de abril de 1993). Siendo válidos también para el presente asunto los argumentos desarrollados en el fallo parcialmente transcrito, se reiteran los mismos y se declara sin lugar el reproche."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 51-F de las 9,50 hrs. del 14 de febrero.

18- HOMICIDIO CALIFICADO - Requisitos de agravación en la relación concubinaria.

"En el recurso por el fondo la defensora pública del imputado alega errónea aplicación del inciso 1° del artículo 212 (sic), del Código Penal y falta de aplicación del 111 ibídem. Estima la recurrente que los hechos configuran el delito de homicidio simple y que no concurren los supuestos del homicidio calificado porque a la fecha de los hechos el imputado y la ofendida no eran concubinos, faltando uno de los elementos del tipo penal. Lleva razón la recurrente. Es evidente que el legislador pretendió cubrir las relaciones concubinarias como una de las situaciones que agravan la figura del homicidio, y que sólo pretendió poner un límite en favor del autor del hecho al exigir que esa relación tuviera al menos dos años y se hubieren procreado uno o más hijos para que se agravara la pena. En efecto, señaló el legislador en el inciso 1° del artículo 112 del Código Penal que comete homicidio calificado quien mate **"...a su manceba o concubinario si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho..."**. Desde el punto de vista teleológico es clara aquella finalidad de cubrir, junto a la familia consanguínea, también al cónyuge y las relaciones concubinarias, como causal de calificación del homicidio. Pero como la relación concubinaria constituye una situación de hecho que puede llegar a ser muy transitoria, el legislador se vio en la necesidad de exigir un cierto grado de estabilidad en la relación, para no comprender también como causa de calificación del delito una convivencia pasajera y ocasional. Así, exigió que los involucrados hubieran **llevado vida marital por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho y que hubieren procreado uno o más hijos en común**. Pero al delimitar su exigencia el legislador impuso requisitos que muy probablemente no tuvo en mente, pues de la lectura del inciso 1° de esa norma se infiere, desde un punto de vista meramente objetivo, que resulta indispensable que agresor y agredida hubiesen vivido como marido y mujer (vida marital) al menos (es decir como mínimo) durante los dos años anteriores al hecho, de manera que si falta ese, o alguno de los otros requisitos, no se da la causal de calificación.

Para tales efectos debe tomarse en cuenta que en materia penal, tratándose de la aplicación de una causa de calificación del delito que agrava la pena, no son admisibles las interpretaciones ampliativas o extensivas del tipo, sino sólo la interpretación restrictiva o al menos la explicativa.

Además, en esta materia entre el dilema de lo que pretendió regular el legislador (intención o finalidad legislativa) y el sentido propio de la norma (lo que

finalmente indicó el legislador en la ley) debe escogerse esto último en virtud del principio de legalidad, en especial sus derivados de tipicidad previa y reserva. En esa óptica, desde un punto de vista objetivo el inciso 1º del artículo 112 del Código Penal exige varios requisitos para que la relación concubinaria constituya una causal de calificación del homicidio: **a)** En primer lugar que exista esa relación concubinaria; **b)** en segundo lugar que a consecuencia de ella se hayan procreado uno o más hijos; **c)** en tercer lugar que la relación se haya mantenido al menos por dos años; **d)** en cuarto lugar que esos dos años en que se mantuvo la relación lo sean desde el momento de los hechos hacia atrás, porque se indica en la norma "...durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho...", lo cual a su vez exige que al ocurrir el homicidio la pareja estuviere llevando vida marital, es decir cohabitaran como marido y mujer en forma más o menos regular y permanente. Desde luego, esto no significa que breves interrupciones circunstanciales en la cohabitación constituyan razón suficiente para negar la existencia de la vida marital que exige la norma, sin embargo los juzgadores deben apreciar en forma precisa la prueba para establecer si la relación se mantuvo incluso durante los últimos meses anteriores al hecho, porque de haberse interrumpido se excluye uno de los supuestos del tipo objetivo. En el presente caso, conforme ya se dijo, el Tribunal tuvo por demostrado lo siguiente: "...Si bien es cierto que la relación marital no ha podido ser demostrada en el proceso por cuanto el matrimonio de imputado y ofendida no aparece inscrito en el Registro Civil..., la agravante se da por cuanto si tiene por demostrado el Tribunal que hubo una unión estable entre víctima y victimario por más de diez años, de la cual nacieron dos niñas (...) y que esa relación lo fue por lo menos durante los últimos dos años, **ya que de acuerdo con la testigo [...] si acaso tenían seis meses de separados...**" [...].

En realidad la testigo [...], como bien probado lo tuvo el tribunal, declaró tanto en la instrucción como en el debate que el agresor y la ofendida vivieron juntos por muchos años, pero que desde junio de mil novecientos noventa y tres ellos estaban separados, y los hechos ocurren en enero de mil novecientos noventa y cuatro [...]. En otras palabras, el Tribunal reconoce como cierto que se dan casi todos los elementos de hecho que exige el inciso 1º del artículo 112 del Código Penal para calificar el homicidio: ellos eran concubinos, llevaron vida marital como por diez años y procrearon dos niñas; sin embargo falta uno de los requisitos: que hubieren llevado vida marital **por lo menos** durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho, cosa que en el presente asunto no ocurrió, porque desde meses antes del homicidio ya no llevaban vida marital, y son precisamente esas diferencias que antes provocaron la separación lo que a la postre también influyeron en el homicidio. Por lo expuesto debe declararse con lugar el recurso por el fondo. Debe casarse la sentencia en cuanto se estimó que los hechos configuran el delito de homicidio calificado y en su lugar recalificarlo al de homicidio simple, conforme al artículo 111 del Código Penal [...]."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 95-F de las 15,15 hrs. del 23 de febrero.

19- MENORES - Vacío jurisdiccional tratándose de menores que hayan delinquido antes de alcanzar su mayoría.

"Ante una situación que pareciera similar a la presente [aplicación retroactiva de ley más favorable por razones de edad] el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción de Menores dispone que "... cuando, una vez impuesta la medida de internación, el menor llegue a la mayoría de edad, terminará de cumplir la medida en un centro especial que se establecerá para ese fin. Mientras este centro especial no se haya establecido, terminará de cumplir la medida de internación en una sección especializada para estos casos". Un artículo transitorio único complementa la norma anterior, al establecer que "el centro de internación especial, al que se refiere esta ley, debe empezar a funcionar en un plazo máximo de un año, contado a partir de su vigencia; dependerá del Juzgado Tutelar de Menores y su funcionamiento se programará de acuerdo con las necesidades del servicio".-

De estas disposiciones pareciera deducirse el deber de remitir a un "Centro de Internación Especial" a la persona que cometió el hecho siendo menor de edad pero que alcanzó la mayoría sin haber completado la pena o la medida tutelar, como ocurre en el presente caso. Sin embargo, esa posibilidad viene a ser frustrada por la misma Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores, la que señala la **extinción de la acción tutelar y la extinción de la medida tutelar** en caso de que el menor adquiera la mayoría. En efecto el artículo 75 de esa ley dispone que "en caso de que el menor cumpla dieciocho años durante la instrucción del proceso, no podrá continuar en la jurisdicción tutelar de menores", es decir establece la mayoría como una causa de **extinción de la acción tutelar**, antes de que recaiga sentencia en esa sede. Por su parte, el artículo 48 de esa misma ley dispone que "una vez iniciada, la acción de los juzgados tutelares de menores continuará hasta que el menor adquiera la mayoría de edad y termine, por tanto, la aplicación de la medida tutelar o el caso sea remitido, en forma definitiva, a otra autoridad judicial...". Con ello esta última norma refuerza el hecho de que la mayoría de edad constituye una causa extintiva de la acción tutelar, y a la vez establece que esa misma causa también **extingue la medida tutelar**, en aquellos supuestos en los cuales el menor había sido sometido a una medida tutelar de las definidas en el artículo 29 de esa misma ley, como ocurre con la internación en establecimientos educativos, pero llega a cumplir los dieciocho años de edad, caso en el cual termina la aplicación de la medida tutelar como dice la norma. Por lo anterior ningún sentido tendría el enviar esta causa a la Jurisdicción Tutelar de Menores, ya que en ningún caso podrían esos Tribunales mantener una medida tutelar a una persona que cometió un hecho delictivo siendo menor de edad, mientras no se modifique la ley. Además de lo anterior, la Ley 7383 del 16 de marzo de 1994 ha creado un vacío jurisdiccional.

Por un lado esa ley vino a disponer que los Tribunales Tutelares sólo son competentes "...para conocer de la situación de los menores con edades comprendidas entre los doce años y menos de dieciocho años, a quienes se les atribuya la comisión de una contravención o delito..." (artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores), con lo cual les impide conocer de la situación de las personas que cometieron el hecho punible siendo menores de edad pero alcanzaron la mayoría; y por otro

lado, esa misma ley reformó el artículo 17 del Código Penal señalando ahora que **"este Código se aplicará a las personas de dieciocho años cumplidos"**, impidiendo que la jurisdicción penal ordinaria juzgue personas mayores que cometieron un hecho punible siendo menores. Por esta otra razón tampoco es posible remitir esta causa al Juzgado Tutelar de Menores y en su lugar debe disponerse el archivo. Debe ponerse en inmediata libertad al imputado si otra causa no lo impide, así como también deberá cancelarse la inscripción en el Registro Judicial de Delincuentes. Por último, los suscritos Magistrados estimamos que el transitorio único de la ley 7383 pareciera rozar con la Constitución, además de lo dicho en el considerando segundo, si se interpreta que los Centros de Internamiento Especial dependerán incluso administrativamente del Juzgado Tutelar de Menores, y más aún si se piensa que corresponde al Poder Judicial poner a funcionar esos Centros. En realidad el funcionamiento del Sistema Penitenciario, incluso los centros de menores, constituye una tarea típicamente administrativa, de resorte exclusivo del Poder Ejecutivo; además, esa norma nunca fue consultada con la Corte Suprema de Justicia, pues si bien el proyecto original fue conocido en el Poder Judicial, el transitorio se agregó en discusiones finales en el seno de una Comisión Legislativa, lo que contrasta con el artículo 167 de la Constitución Política. En realidad ese transitorio debe interpretarse en el sentido de que los Centros de Internamiento Especial funcionarán bajo la vigilancia permanente de los Tribunales Tutelares de Menores, como ocurre con los Centros Penales para adultos en relación con la Jurisdicción Penal y el Juzgado de Ejecución de la Pena, pero su creación y funcionamiento es competencia del Poder Ejecutivo. Por otra parte, debiera permitirse, cosa que la ley no admite, que la jurisdicción tutelar pueda continuar el trámite de una causa contra una persona a quien se le atribuye un hecho punible realizado cuando ésta era menor de edad, aún si adquiere la mayoría, pues también en esos casos se hace necesario brindar ayuda u orientación por medio de alguna de las "medidas tutelares" previstas en la ley, cuando se logra acreditar que esa persona realizó el hecho que se le atribuía en perjuicio de los derechos fundamentales de la víctima."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 9-F de las 10,35 hrs. del 6 de enero.

20- PARTICIPE - Aplicación de la tesis del doble dolo del cómplice y la teoría del conocimiento - Extensión del dolo del cómplice a las acciones principales y su resultado.

"Acusa el defensor errónea aplicación del artículo 47 en relación con el 111, e inobservancia del artículo 30, todos del Código Penal. En síntesis, aduce que si bien, de acuerdo con los hechos acreditados, la conducta de su defendido tipifica como cómplice de robo "no tipifica como el delito de cómplice de homicidio.". Señala que para "condenar al imputado por cómplice del homicidio, era necesario acreditarle que participó aceptando las consecuencias de lo que los autores podían llegar a realizar.", sea que era necesario que tuviera el dolo de colaborar en el hecho cometido por un tercero (dolo de su propia acción), además

de tener el dolo de la acción que iba a cometer el autor principal. Que dentro del plan [del coimputado], no estaba matar a la ofendida y ello no se acreditó, ni que el imputado aceptara que los autores fueran a ultimar a la víctima. Por ello -dice- no se puede partir de que el acusado tuviera ese doble dolo, pues faltó acreditar el elemento subjetivo del tipo en cuanto a la complicidad de homicidio. Sin embargo, los argumentos del defensor no son admisibles.

Tanto de los hechos probados como de su fundamentación de derecho (adecuación de aquéllos con los tipos penales y su punición, excepción que resulta y se tratará al conocer el segundo motivo de este recurso por el fondo formulado respecto de la violación de las reglas del concurso con relación al partícipe), con claridad se desprende que el aquí imputado aceptó y prestó decididamente su aporte o colaboración (consistente en labor de vigilancia y protección a los autores, incluso recibiendo para tal cometido un arma de fuego, así como del traslado del autor o autores principales de los hechos dolosos en el vehículo en que se encontraba); además, conoció de antemano a los hechos punibles ocurridos la utilización de armas por los autores del asalto, aunque no figurara en el plan criminal original causar la muerte de la ofendida, así como que fue llevado a conocer, el día anterior, el sitio donde se realizaría el hecho punible: en principio el robo. Igualmente quedó bien acreditado que, el día de los hechos, el acusado [...] fue trasladado de su domicilio (alrededores de Plaza González Víquez), al hotel Terminal, enrumbándose luego los acusados, primero hasta un lugar cercano al de la escena de los hechos donde quedó a la espera [el coimputado] en su automotor, y luego en otro vehículo (tipo sedán) hacia el lugar de destino para la realización del hecho programado y aceptado (querido) por [el imputado], concretamente el robo con uso de armas de fuego por parte de los autores principales, habiendo recibido igualmente una arma de ese tipo, ubicándose el chofer del vehículo sedán (en que viajaba [el acusado]) a unos cincuenta metros del lugar en que se cometería el delito, sea en "una posición estratégica para abandonar el lugar" y en labor el aquí imputado de vigilancia y protección para el traslado de los autores, lo que efectivamente se hizo en dicho vehículo sedán una vez realizados los hechos punibles por el autor o autores, haciendo luego trasbordo al vehículo [del coimputado], en el cual se trasladaron hasta Tres Ríos, recibiendo luego parte del botín de manos del director del plan criminal: [...], a quien previamente (al momento del último trasbordo) [el imputado], "hombre de confianza" [del coimputado], le había hecho entrega del malefín ejecutivo sustraído por el autor o los autores a la víctima, e incluso recibió parte del botín.

De la relación de esos hechos, evidentemente se desprende la participación dolosa del aquí imputado en su sentido estricto, es decir, que su dolo propio estuvo **tanto dirigido a cooperar como cómplice** en la realización de los hechos dolosos por el autor o los autores, **como a la naturaleza dolosa de los hechos punibles principales** (lo que alguna doctrina ha llamado el "doble dolo" del cómplice). Esto se desprende como consustancial de los hechos acreditados. Desde estas perspectivas es posible sintetizar que, sin el dolo del autor o autores principales no existe la participación, pues así lo exige el principio de accesoriedad derivado del artículo 47 del Código Penal, al sancionar o castigar como cómplice a quien presta "al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible.". Es indudable pues, que los

elementos que como no probados se echan de menos, sí están presentes -y se valoraron jurídicamente- dentro de los hechos acreditados. Hubo pues, en el caso en estudio, una contribución causal clara en la realización de los hechos dolosos principales, de modo que en relación al aspecto subjetivo de la complicidad, el dolo del cómplice [...] no solo estaba presente en su propia acción, sino que también se extendió (abarcaba) a la acción o acciones principales y también a su resultado. Ahora, en relación al punto concreto del alegato de que para poder condenar el imputado por complicidad en el homicidio, "era necesario acreditarle que participó aceptando las consecuencias de lo que los autores podían llegar a realizar", tampoco puede otorgarse razón al recurrente, pues aparte de lo antes señalado, son aplicables al caso las prescripciones de los artículos 48 y 49 del Código Penal (teoría del conocimiento).

Del contexto del fallo, especialmente de los hechos probados, se acreditó el conocimiento y la aceptación (querer) [del acusado] en su participación en los hechos dolosos de otros, hechos en los cuales se usarían armas, y de ahí que procede la aplicación de dicha teoría (del conocimiento), sea por aceptar como una consecuencia probable de la acción emprendida por el autor o los autores el que se ocasionara una lesión física y hasta la muerte de una persona, como en efecto ocurrió, por el hecho de portar armas aquéllos (incluso el propio [imputado]); lo anterior, en unión o aplicación de lo dispuesto en el párrafo final del referido artículo 49, en cuanto dispone: "Las circunstancias materiales que agraven o atenúen el hecho solo se tendrán en cuenta respecto de quien, conociéndolas, prestó su concurso.". De manera que, jurídicamente, no es posible, por el principio de accesoriidad de la conducta del partícipe, eludir, reducir o de otra forma eximir, de la participación criminal al cómplice en los hechos principales ocurridos y sus resultados, esto es -como se pretende- circunscribiendo la conducta del partícipe solo al delito de robo agravado, porque si la responsabilidad del autor o los autores participa del delito o delitos cualificados por el resultado, la conducta del partícipe no puede romper ni el título de aquélla imputación, ni puede quebrar el principio de accesoriidad del partícipe (en este caso del cómplice) respecto de los injustos penales del autor o los autores. Y ha de tenerse presente, de otro lado, que la complicidad (materialmente desarrollada), en este caso concreto, aumentó el riesgo o las probabilidades de que el delito se realizara, pues creó más confianza de realización en el autor o autores a fin de producir el resultado. Las razones expuestas, son suficientes para declarar inadmisibles la tesis de la defensa y por ende este motivo.- **Segundo motivo.** Se acusa errónea aplicación de los artículos 22 y 76 e inobservancia del artículo 21, en relación con el 75, todos del Código Penal. Apunta el defensor -en resumen- que de acuerdo con las reglas del concurso de delitos, según los razonamientos que expone, a su defendido solo se le puede condenar por las acciones de cooperación que realizó y no por las acciones realizadas por los autores del robo y homicidio. Que su patrocinado solo realizó una única acción de cooperación que violó dos disposiciones legales no excluyentes entre sí, pero con una única acción de colaboración, incurriendo en un concurso ideal. Sin embargo, en criterio de la Sala, no es posible otorgar razón al recurrente. Los argumentos expuestos en el Considerando anterior referida a la extensión del dolo del

partícipe a la acción o acciones principales y por ende a los resultados de éstas, valen para el rechazo de este motivo. En efecto, son aplicables al caso del cómplice o partícipe las disposiciones contenidas en los artículos 48 y 49 del Código Penal, toda vez que de parte [del imputado] hubo aceptación (querer) de participar en los hechos dolosos de otros, en los que se usarían armas de fuego. Así según la teoría del conocimiento, esto es, que se acepta como una consecuencia probable de la acción emprendida por el autor o los autores el que se ocasionara una lesión e incluso la muerte de una persona, como efectivamente ocurrió, todo a consecuencia -en cuanto al cómplice- de la portación y uso de armas de fuego (al igual que el mismo [acusado]), para la perpetración del ilícito en principio planeado. Y como también se dijo en el precedente Considerando, en virtud del principio de accesoriidad de la conducta del partícipe y en estricta aplicación de los citados artículos 48 y 49, no es dable jurídicamente sustraer la acción del partícipe, en este caso concreto, de las conductas del autor o autores de los hechos principales y sus resultados, dando así cabida a la aplicación de las reglas del concurso delictual por que se aboga, pues de admitirse tal tesis, implicaría dejar inoperantes los referidos artículos del Código Penal, además de que, si la responsabilidad del autor o autores participa del delito o delitos por el resultado, la conducta del aquí partícipe, dada la trascendencia y eficacia que tuvo la desplegada, tampoco puede quebrar ni el título de aquélla imputación principal, ni por ende el principio de accesoriidad del partícipe con respecto de los injustos penales de aquéllos y sus resultados, pues -se repite- al aceptarse como una consecuencia probable por la portación y uso de armas de fuego que se produjera lesión o incluso la muerte de la persona, y en atención a lo determinante de la conducta del imputado que como partícipe se le encomendó y que efectivamente cumplió antes y después de los hechos, no hay entonces bases razonables, además de lo imperativo de las referidas normas penales, para estimar como desligadas e independientes sus acciones de las del autor o autores y que en esa condición debe juzgárselas de acuerdo al concurso ideal. Unido a ello, juega un papel importante -en este caso- el factor del aumento del riesgo o probabilidades de que el delito o delitos se realizaran, creando así más confianza en el autor o autores a fin de producir el resultado -aún más grave de los previstos como ciertamente sucedió- la referida y especial circunstancia de la portación de armas de fuego para la realización del injusto al que se prestó colaboración, incluyendo desde luego la oportuna espera para la eficaz huida de los participantes luego de cometidos los injustos, como efectivamente ocurrió, dando lugar esos motivos serios para incluso pensar en otro tipo de calificación legal aún más grave respecto de la participación del aquí juzgado como cómplice.

No obstante, por provenir la impugnación de la defensa, aparte de la declaración abstracta que ello conllevaría, no se podría agravar su situación jurídica establecida en la sentencia de mérito (artículo 459 del Código de Procedimientos Penales), pero sí son circunstancias concurrentes y razonables para también desestimar la aplicación concursal pretendida."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 347-F de las 9,45 hrs. del 9 de setiembre.

21- PRIVACION DE LIBERTAD AGRAVADA
-Existencia de vínculo matrimonial no excluye
antijuridicidad del acto ni la culpabilidad.

"Se alega en el primer motivo del recurso por el fondo la errónea aplicación del artículo 30 en relación con los numerales 31, 32, 34 y 35 del Código Penal. Se fundamenta éste en la ausencia del dolo en la ejecución de los actos por los cuales fue condenado el encartado como autor responsable del delito de privación de libertad que define y sanciona el artículo 192 inciso 1) del citado código. En este caso -manifiesta el impugnante- "no ha quedado debidamente establecido el objeto material de la culpabilidad, como parte del juicio del reproche. Está ausente la comprensión de lo que se hace y de la posibilidad de dirigir su acción de acuerdo con dicha comprensión, en la concreta situación fáctica en que aquélla fue llevada a cabo". Además, "El tribunal juzgador debió establecer claramente la presencia del dolo en los hechos, tomados en cuenta dentro de la relación del matrimonio...". Aparte del anterior razonamiento, el impugnante señala que no se tomó en cuenta "el elemento cognoscitivo que es el conocimiento de la antijuridicidad típica; y el elemento volitivo, que es la libre aceptación de una acción antijurídicamente típica".

En síntesis, la tesis del impugnante se resume en la "ausencia del dolo directo, como presupuesto indispensable del delito" de privación de libertad. La Sala al analizar los diversos argumentos del impugnante, estima que no lleva razón. De los hechos que han sido acreditados como probados en la sentencia se desprende que en tres ocasiones el encartado realizó actos tendientes a impedir que su esposa saliera de su casa, procediendo a cerrar los portones con candados.

Se desprende además, que tales actos fueron la culminación de una serie de agresiones físicas (hecho 2) como parte del deterioro de la relación matrimonial. Todos los hechos probados contaron con el respaldo de pruebas idóneas debidamente apreciadas y evaluadas por los juzgadores. El primer reproche en cuanto a la falta de comprensión del carácter antijurídico resulta inaceptable, por cuanto el imputado es ciudadano jamaíquino, lo que significa que ha vivido en un contexto cultural que no es lejano a los principios, reglas y valores de nuestra cultura occidental. Alegar la ignorancia del carácter delictivo en este tipo de situaciones o pretender justificar la supuesta antijuridicidad en la existencia de un vínculo matrimonial carece de fundamento. En este tipo de delitos la víctima puede ser detenida en su propia casa y basta con que se le prive de la posibilidad de salir. Tampoco importa nada que el local del encerramiento tenga o no puerta y, teniéndola, que ésta se encuentre abierta o cerrada, siempre que por alguna acción se haya impedido efectivamente la libertad de salir cuando la víctima haya querido (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, TEA, 1976, t. 4, p. 35). La existencia del vínculo matrimonial, sobre el cual ha insistido con vehemencia el impugnante no excluye la antijuridicidad del acto ni la culpabilidad. El matrimonio como institución fundamental de la sociedad debidamente garantizado en la Constitución Política, implica la existencia de un acuerdo de voluntades en virtud del cual los contrayentes se comprometen a cumplir una serie de deberes recíprocos; entre éstos, el respeto mutuo, de tal manera que cuando la acción de uno de los cónyuges

sobrepasa los límites normativos y de la convivencia social, se pueden lesionar bienes jurídicos diversos: en unos casos, configurándose causales legales para la disolución del vínculo matrimonial; en otros, coincidiendo éstas con alguna de las acciones descritas en alguno de los tipos penales; sin que uno excluya la aplicación del otro.

Por el contrario, la reincidencia con que el actor agredía físicamente a la ofendida, así como en cuanto a la privación de la libertad, demuestra que el encartado tenía pleno conocimiento de sus actuaciones y, no duda esta Sala que su voluntad estaba dirigida a impedir la salida de su esposa, es decir, privarla de su libertad personal. De esta manera, el dolo se ha configurado, por cuanto éste implica la voluntad de realizar el tipo objetivo, como ha ocurrido en el presente caso. No se ha configurado en consecuencia ningún error de tipo ni de prohibición, como lo ha alegado el recurrente. En consecuencia, este motivo debe declararse sin lugar."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 533-F de las 10,40 hrs. del 12 de diciembre.

22- PROXENETISMO -Sala de masajes no es lugar
de alojamiento ocasional.

"Argumenta el impugnante que la acción de la imputada no es típica [administradora de sala de masajes que funcionara como prostíbulo], por cuanto está al día en el pago de impuestos y patentes, de conformidad con la ley Nº 5554 del 20 de agosto de 1974. Debe rechazarse el motivo. El artículo 1º de esta ley, dispone lo siguiente: «Artículo 1º.- Créase un impuesto, a favor del Instituto Mixto de Ayuda Social, que pagarán los negocios calificados y autorizados por el Ministerio de Gobernación, Policía, Justicia y Gracia, como moteles y hoteles sin registro, casas de alojamiento ocasional y similares. Formarán parte de esta clasificación los establecimientos, que aun cuando tengan registros de hospedaje, lleven a cabo actividades que a juicio de las autoridades estén comprendidas en la estipulación antes mencionada. La calificación y autorización requeridas para la operación de estos negocios las dictará el Ministerio indicado, de común acuerdo con el IMAS, tomando en consideración que no podrán estar ubicados en un radio de quinientos metros de un centro educativo, oficialmente reconocido por el Estado». (Se suple la negrita.) Ahora bien, examinado el fallo de mérito no consta que se diera el supuesto de hecho para la aplicación del artículo transcrito, como es el que la Sala de Masajes involucrada en la causa fuera debidamente calificada por el Ministerio de Gobernación como un lugar de alojamiento ocasional. En otros términos, para entrar a considerar si el pago de los impuestos pudiera constituir una especie de autorización administrativa para que operara el negocio de comentario, y que esto haya podido tener alguna incidencia en la culpabilidad, resultaba indispensable previamente que tanto el Ministerio de Gobernación como el Instituto Mixto de Ayuda Social hubieren catalogado el negocio como un lugar de alojamiento ocasional, sin embargo tal cosa ni siquiera se alega y no está acreditada que hubiere ocurrido en la especie. De acuerdo a ello no resulta de aplicación la ley especial invocada por el recurrente, y en consecuencia debe rechazarse el reclamo."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 53-F de las 10 hrs. del 14 de febrero.

23- RESISTENCIA AGRAVADA -Necesaria legitimidad de la actuación del funcionario público debe ser acreditada y no darse por supuesta.

"Como único agravio del recurso por vicios *in iudicando* interpuesto por la defensa del sentenciado [...], se acusa la inobservancia de los artículos 303 y 304 inciso 4º del Código Penal, para lo cual alega que la conducta de su patrocinado no constituye ningún delito. Considera esta Sala que el reclamo es de recibo por las siguientes razones. Según lo tuvo por acreditado el *a quo* en su sentencia: "El 18 de octubre de 1992, en horas de la noche, la Guardia de Asistencia Rural de [...] fue alertada de que en las afueras del Bar [...] se estaba suscitando una pelea. Al acudir al indicado sitio se encontraron con que la riña ya había terminado y que caminando cerca del lugar iba el encartado [...], a quien decidieron detener como posible participante en los hechos arriba descritos (...) Al momento de ser detenido, el encartado mencionado se resistió a la misma (sic) utilizando para ello la fuerza física contra los oficiales que intentaban el cumplimiento, a quienes les lanzó golpes con sus manos y pies..." (el subrayado no es del original, [...]). Para el Tribunal de mérito tales hechos constituyen el delito de Resistencia agravada, pues estima que el autor se resistió agrediendo a la autoridad. Sin embargo, para los suscritos Magistrados tales hechos no satisfacen todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo agravado en cuestión, pues no se demostró que la fuerza desplegada por el imputado tuviera por objeto impedir u obstaculizar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de las funciones de los guardias involucrados en el hecho. Por el contrario, el mismo *a quo* admite que el imputado "cuando fue detenido no estaba haciendo nada ilegal y bien pudo haberse evitado el problema si se hubiera actuado con mayor discreción por parte de las Autoridades, los hechos ilícitos y que legitiman su actuación ya habían pasado" (el subrayado es suplido, [...]).

Si el imputado no estaba haciendo nada ilegal (independientemente de que admitiera su participación en la pelea con posterioridad), ¿por qué se le detuvo?; porque -contesta el Tribunal- las autoridades no actuaron con mayor "discreción". Si *discreción* es la sensatez para formar juicio o el tacto para hablar o actuar, según el significado común de esta palabra, y si la actuación de la policía no estuvo dotada de tal característica, ¿cómo puede estimarse que aquella entraba en el ejercicio legítimo de sus funciones? ¿Por qué el encartado -como asevera el *a quo*- debió "obedecer y someterse a la detención"? En cuanto a este extremo el razonamiento del Tribunal no es convincente.

Debe hacerse notar, como lo subraya la defensa, que los guardias decidieron detener al acusado "como posible participante" de una supuesta pelea o riña, lo cual evidencia que ellos **no tenían un indicio comprobado** de que aquel hubiera participado en la pelea, no tenían certeza sino sospecha sobre su participación, a lo cual cabe agregar que no se trata de un caso de flagrancia, todo lo cual excluye la legitimidad de la detención, conforme a lo dispuesto en los artículos 37 de la Constitución Política y 7 incisos 1, 2, 3 y 4 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, pues ni siquiera consta como hecho probado que al procesado se le hubiera informado de las razones de su detención por parte de la Guardia Rural: siendo un requisito del tipo penal la **legitimidad** de la actuación del funcionario público debe acreditarse, no darse por supuesta, pues priva

aquí la presunción de inocencia del acusado, y tal comprobación se extiende -como en este caso concreto- a todas las formalidades que debe reunir una detención para ser "legítima", de las cuales -según los "hechos probados" de la sentencia- se obvió el indicio comprobado de la participación en un delito, lo que exige la Constitución Política, así como se prescindió informar al imputado de las razones de su detención, requisito que dimana de la Convención supra indicada como garantía del ciudadano frente a la autoridad pública. Por todo lo dicho, corresponde acoger el reproche de la defensa para casar la sentencia y juzgar el caso de conformidad con la ley sustantiva, absolviendo de toda pena y responsabilidad al imputado por el delito de Resistencia Agravada que se le atribuye."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 463-F de las 8,40 hrs. del 11 de noviembre.

24- RESPONSABILIDAD CIVIL -Absolutoria no basta para omitir pronunciamiento sobre responsabilidad civil.

"Si bien en sede penal normalmente la responsabilidad civil es impuesta por la constatación al menos de una conducta injusta (es decir, típica y antijurídica), en los términos del artículo 103 del Código Penal (así, las resoluciones 496-F de las 11:30 del 23 de octubre de 1992 y 52-F de las 9:45 del 29 de enero de 1993), nada se opone a que esa condena civil sea impuesta también cuando la responsabilidad pueda surgir de otra fuente normativa, de la cual derive la obligación de indemnizar, posibilidad que expresamente prevé nuestra legislación en los artículos 11 y 398 del Código de Procedimientos Penales. Al respecto ya esta Sala indicó que "...el Código de Procedimientos Penales establece, por economía procesal, en caso de darse en el proceso una sentencia absolutoria, la facultad del Tribunal sentenciador de resolver lo que proceda en lo afín a la acción civil resarcitoria que ha sido planteada en la misma causa penal" (Sala Tercera, sentencia 101-F, de las 11:00 del 8 de octubre de 1982). De modo tal que no basta la absolutoria para que el tribunal omita el análisis y pronunciamiento referente a la responsabilidad civil, sobre todo -como se dijo- cuando subsistan otros supuestos normativos distintos al delito en los cuales pueda sustentarse ese deber de indemnizar. En ese sentido, señaló en otro caso la Sala, "...cuando recae sentencia absolutoria en lo penal... el juzgador puede condenar en lo civil y desde luego debe exponer en forma pormenorizada los razonamientos en cuanto a los hechos y al derecho en que se sustente esa condenatoria civil, y esto es así porque los motivos que tuvieron para condenar o absolver en lo civil, pueden ser diversos de los que se tomaron en cuenta para absolver o condenar en lo penal" (Sala Tercera, N° 241-F de las 10:45 del 2 de octubre de 1986). Es por ello que la absolutoria emitida, por no ser motivo suficiente, no exonera al tribunal del deber de fundamentar su pronunciamiento civil en esas circunstancias, es decir cuando otra fuente normativa establece la posibilidad de la condena civil. En consecuencia, dicha omisión produce que ese fallo carezca de fundamento y deba ser declarado nulo en aplicación del artículo 106 del Código de Procedimientos Penales, al menos en lo que al aspecto civil se refiere. En el caso de comentario, es notorio que el tribunal de juicio omitió extender las razones por las que declaraba sin lugar

las pretensiones civiles formuladas, apoyándose únicamente en el resultado de la cuestión penal, en general absolutorias, pero eludiendo la relación de esa responsabilidad indemnizatoria con otros hechos donde el a-quo reconoce abusos o ilícitos administrativos, y además por lo dispuesto en los artículos 210 de la Ley General de Administración Pública y 1045 del Código Civil.

Es por lo anterior que la Sala estima que efectivamente carece de fundamentación la sentencia en los aspectos reclamados por la Procuraduría General de la República en su recurso, en tanto debió el tribunal cuestionarse si la conducta de los inculcados, aunque no delictiva en la mayoría de los casos, pudiera configurar una eventual responsabilidad patrimonial en virtud del citado artículo 210 de la Ley General de Administración Pública que señala que **"el servidor público será responsable ante la Administración por todos los daños que cause a ésta por dolo o culpa grave, aunque no se haya producido daño a tercero..."**, y el artículo 1045 del Código Civil. En otros términos, tomando en cuenta las particularidades del presente caso, el Tribunal debió razonar en forma expresa su conclusión al eximir de responsabilidad civil a los imputados, para lo cual no bastaba la absolutoria. Consecuentemente debe anularse el fallo en cuanto a los aspectos civiles impugnados y remitir a las partes a la vía ordinaria que corresponda. En esa vía deberá determinarse el grado de participación y responsabilidad civil, administrativa y disciplinaria de cada uno de los accionados, si la hubiere, así como su exigibilidad, incluso en los términos del artículo 207 de la Ley General de Administración Pública. Por consiguiente, ha de declararse la nulidad de la sentencia en los aspectos civiles impugnados, según se dirá, y remitir a las partes si a bien lo tienen a la vía correspondiente en demanda de esos intereses pecuniarios."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 565-F de las 16,15 hrs. del 12 de diciembre.

25- RESPONSABILIDAD CIVIL -Prescripción aplicable para el reclamo.

"[...], a tenor del artículo 871 del Código Civil (que por especialidad se sobrepone al 207 de la Ley General de Administración Pública, en tanto aquel versa sobre la responsabilidad derivada de un hecho delictivo) establece que "las acciones civiles procedentes de delito o cuasidelito se prescriben junto con el delito o cuasidelito de que proceden". Esta Sala ya expresó sus dudas sobre la constitucionalidad del artículo 871 del Código Civil y formuló una consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la que acotó: "El problema se presenta con el principio de igualdad constitucional (artículo 33 de la Constitución Política), cuando se hace una distinción injustificada para que un damnificado pueda reclamar una indemnización por una conducta antijurídica de otra persona, pues si el hecho queda en el ámbito civil como una infracción a las leyes civiles, el damnificado cuenta hasta con diez años para reclamar daños y perjuicios, pero si la conducta es mucha más grave al extremo de constituir delito, el plazo se le reduce en todos aquellos casos en que la prescripción de la acción penal es menor a 10 años, como ocurre en una gran mayoría de los hechos delictivos. Esa diferencia que se hace para reclamar daños y perjuicios por una conducta lesiva no encuentra ninguna justificación.

Por el contrario, del principio de igualdad también

deriva la necesidad del tratamiento diferenciado ante situaciones distintas, en consecuencia la solución debiera ser inversa a la señalada en el artículo 871 del Código Civil, porque el plazo para reclamar los daños y perjuicios debiera ser mayor cuando el hecho es constitutivo de delito, por tratarse de una conducta más grave, y por lesionarse bienes jurídicamente tutelados por el derecho penal, que por lo general son los más importantes en la comunidad, de acuerdo con una escala de valores reflejada en una concreta política criminal.

Mientras que si se trata de una acción por la cual sólo se debe responder civilmente al pago de daños y perjuicios, y que no es transgresora del Derecho Penal, el plazo para accionar podría ser justificadamente menor" (297-A, de las 14:55 del 9 de julio de 1993 de la Sala Tercera). Sin embargo, la Sala Constitucional, con el voto salvado de los magistrados Mora, Piza y Arguedas, declaró en resolución N° 5029 de las 14:36 del 13 de octubre de ese año, que el artículo 871 del Código Civil no es contrario a la Constitución Política y, por ende, declaró su plena aplicabilidad, lo cual resulta vinculante en virtud del artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 565-F de las 16,15 hrs. del 12 de diciembre.

26- ROBO AGRAVADO -Apoderamiento en el mismo acto de bienes pertenecientes a dos personas -Unidad de acción y resultado excluye el concurso.

"[...], en lo que se refiere a la sustracción de los bienes propiedad de las dos ofendidas, debe quedar claro obviamente que existen las agravantes que señalan los incisos 2) y 3) del artículo 213 del Código Penal, pues el robo fue cometido por tres sujetos, que utilizaron armas para intimidar a las víctimas. En efecto, respecto a este extremo se narra en la sentencia que, después de dejar amarradas y amordazadas a las víctimas, los imputados [...], así como el tercer sujeto de identidad desconocida, quienes andaban armados cada uno de un cuchillo, se retiraron de la casa, llevándose en unos maletines gran cantidad de bienes que pertenecían a las dos ofendidas y que nunca fueron recuperados [...]. Sin embargo, tiene razón la defensa cuando alega que en este caso no se trata de dos Robos Agravados, uno en perjuicio de cada ofendida, como lo consideró el Tribunal de mérito, sino que más bien estamos en presencia de un solo delito de Robo Agravado cometido en perjuicio de las dos, pues evidentemente en la especie existe unidad de acción y unidad de resultado, de modo que -en cuanto a la sustracción propiamente dicha- no se puede hablar de un concurso ideal ni material. Estamos en presencia de una sola conducta activa, que consiste en el apoderamiento ilegítimo de bienes ajenos que realizaron los imputados y el sujeto que los acompañaba. Además, como resultado de esa acción única se produce también una sola violación del bien jurídico tutelado, a saber, la propiedad, independientemente de que los objetos sustraídos pertenecieran a las dos ofendidas.

En consecuencia, el imputado [...] adecuó su conducta una sola vez al tipo penal que sanciona el Robo Agravado, por lo que debió imponérseles una sola pena y no dos como se hizo por un evidente yerro en la aplicación de la ley sustantiva."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 465-F de las 8,50 hrs. del 11 de noviembre.

27- TENENCIA DE DROGA PARA EL TRAFICO

-Delito experimental no puede dar base por sí solo a una condenatoria.

"En el primer motivo la defensa alega violación de los artículos 471.2, 472, 474.1, 477, 483 del Código de Procedimientos Penales en relación con los artículos 1, 106, 145.3, 393, 395.2, 400 incisos 3 y 4 ibídem, así como los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, porque la sentencia se fundamentó en un delito experimental de la policía antidrogas. Señala la recurrente que se montó un operativo, con marcación de billetes y se envió a un "informante" a comprarle droga a la imputada, acto que estaba bajo el total control de la policía, sin que pueda sustentarse en ello una sentencia conforme lo expuso la Sala Constitucional en el voto 1169-94.- El reproche no es atendible. Es cierto que el "delito experimental" no puede dar base para una condenatoria por sí solo, sin embargo la situación es distinta en el presente caso porque no estamos en presencia de una situación experimental. En efecto, no puede concluirse que los oficiales de policía antidrogas hubieren provocado o generado la consumación del hecho delictivo al enviar a una persona a comprarle droga a la imputada, porque en este supuesto la conducta anterior de la encartada ya era delictiva en sí misma, al poseer droga con el fin de venderla."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 578-F de las 10,05 hrs. del 21 de diciembre.

28- TENENCIA DE DROGA PARA EL TRAFICO

-Validez de intervención del agente encubierto.

"En el primer y segundo motivo del recurso por el fondo reclama la defensa errónea aplicación del artículo 16 de la Ley 7233, al estimar que los hechos conforman un "delito experimental", resultando por ello ser atípicos, al no lesionar ningún bien jurídico, los que no pueden ser sancionados conforme a los artículos 471, 472, 474, 477 y 482 del Código de Procedimientos Penales; 1, 6 y 7 del Código Penal; y 36 y 39 de la Constitución Política. El reclamo también debe rechazarse por cuanto, como ya se dijo, la actividad desplegada por el encartado no fue provocada por la policía, ni por el agente encubierto. Conforme se señaló en los hechos probados el imputado por decisión propia había acordado trasladar veinte kilos de cocaína desde Panamá a Costa Rica y para ello necesitaba una persona que le hiciera dicho traslado, momento en el cual apareció el agente encubierto con un colaborador, quienes trasladaron la droga hasta Limón, donde se la entregaron de nuevo al imputado.

En la terminología utilizada por la Sala Constitucional, por haber intervenido un agente encubierto, se podría decir que se trata de un "delito experimental" aunque en sentido impropio, pero no habiendo sido inducido el hecho por la policía no podríamos afirmar que se trata de un experimento de laboratorio, sin peligro para el bien jurídico tutelado. Recordemos que ya la tenencia de la droga con fines de tráfico constituye un delito consumado, y traficar no significa sólo vender sino también trasegar la droga, manipularla o hacerla transportar de un país a otro, como lo hizo el encartado. Por lo expuesto el recurso por el fondo tampoco es atendible."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 22-F de las 9,20 hrs. del 20 de enero.

29- VENTA DE DROGAS A LOS CONSUMIDORES

-Aspecto subjetivo que debe valorarse.

"En sus razonamientos el Tribunal es concluyente de que se trataba de ventas a drogadictos, al afirmar que "...se pudo apreciar, que reconocidos adictos a la droga visitaban la vivienda, estaban pocos minutos y luego se retiraban..." [...]; y luego al indicar que "...los oficiales de la policía antidrogas, que ven introducirse a sujetos de dudosa reputación (drogadictos) observan la venta, el intercambio de manos, con [la imputada], comprueban ese sucio negocio, con una compra de verificación previa, y por último, la venta de seis tacos, en seiscientos colones..." [...].- Como puede apreciarse, el Tribunal tuvo por acreditado que la imputada se dedica a la venta de drogas a consumidores, razón por la cual si resulta aplicable el párrafo 4º del artículo 18 de la Ley Sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas, Nº 7233, al señalar que el extremo menor de la pena puede reducirse hasta la mitad, cuando se demuestre que la venta o el suministro de esas drogas se hace para el uso propio de los consumidores. Es cierto que el párrafo quinto de ese artículo señala que un elemento de prueba para llegar a esa conclusión puede serlo el dictamen sobre el nivel de farmacodependencia que rinda el Organismo de Investigación Judicial al examinar a los consumidores, pero desde luego ese no es el único medio probatorio para establecer tal cosa, pues en materia penal rige el principio de libertad probatoria según el cual cualquier hecho puede acreditarse por cualquier medio de prueba siempre que éste medio sea legítimo y no viole los derechos de los sujetos del proceso.

Incluso la venta a consumidores constituye un aspecto que debe valorarse subjetivamente, de manera que basta que quien venda lo haga con la firme convicción de que se trata de consumidores, aunque quien compre la droga no lo sea, para que se pueda aplicar la disminución de la pena antes referida, desde luego siempre que se trate de cantidades razonablemente dirigidas a un consumidor y que se presenten elementos objetivos que permitan hacer esa deducción, como podría ser la apariencia de la persona que compra la droga y sus manifestaciones, entre otros aspectos. Como lo cita la recurrente, ya esta Sala ha señalado en casos anteriores esa misma conclusión: "...la venta de marihuana, dadas las particulares circunstancias en que se produjo -en este caso- el contacto del agente encubierto, a quien primero se le ofreció una onza de marihuana solicitando éste para su utilización un poco más, "como mínimo una libra" (...) por lo que el imputado ofreció conseguírsela para el día siguiente, así como la escasa cantidad que en efecto comerció (...) da fundamento para estimar que la venta o suministro de droga se hizo creyendo que era para el uso propio de un consumidor, independientemente de que quien la adquiría no lo fuese, por tratarse de un oficial que procuraba descubrir ese comercio ilícito.

Esta última situación hace que no sea necesario el dictamen médico legal que señala el penúltimo párrafo del citado artículo 18, en cuanto requiere determinar por ese medio el grado de farmacodependencia del consumidor..." (Sentencia Nº 270-F de 9:35 hrs. del 26 de junio de 1992, Sala Tercera).- Desde luego la situación puede ser diferente cuando se le decomisa a una persona una gran cantidad de droga, que haga presumir que la vende no sólo a consumidores en pequeñas cantidades, sino también a

intermediarios o distribuidores, en cuyo caso no puede aplicarse la reducción de la pena antes comentada. Pero, como ya se dijo, las circunstancias de este caso son diferentes, y sí justifican aquella conclusión."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 578-F de las 10,05 hrs. del 21 de diciembre.

30- VIOLACION -Acceso carnal forzado con la cónyuge.

"En el motivo de fondo, señala el encartado que tratándose de su mujer, el acceso carnal por la fuerza no es constitutivo de un delito, sino parte de la mutua entrega sexual a que se obligan los cónyuges, y que el varón está en facultades de hacer valer, por lo que la acción sólo resulta sancionable por el Derecho de Familia, si es que llega a alcanzar el grado de sevicia. La Sala no puede, ni siquiera por asomo, compartir el criterio esgrimido por el recurrente. El matrimonio no es un acto que dé a ninguno de los contrayentes facultades de dominio sobre el otro. Nunca puede estimarse que el vínculo matrimonial implique la enajenación de las libertades inherentes a la condición de ser humano. Concebir que por haber contraído matrimonio uno de los cónyuges, habitualmente la mujer, pierde su individualidad e identidad (es decir su propia forma de ser, pensar, sentir, vivir y de tener expectativas) y se ve sometida a la voluntad y talante del otro, es una visión atávica de la relación interpersonal, propia de una actitud cosificante, en la cual el cónyuge en desventaja pasa de ser sujeto (esto es con su propia individualidad) a ser objeto (de servicio, satisfacción, compañía o simple presencia). Si bien es cierto a través del matrimonio se adquieren derechos y obligaciones hacia el otro contrayente, esencialmente respeto, ninguno tiene la potestad de imponer su voluntad al otro ni autotutelar su interés a la viva fuerza, intimidación o lesión al honor. Si es que alguno de los contrayentes irrespeta o desatiende derechos de los que el otro es titular, deberá éste recurrir a las vías que al efecto prevé el ordenamiento de familia a fin de poner término a la desavenencia o bien la relación, si es que así cabe y lo desea; pero no por aquello una acción suya tipificada por el Derecho Penal se verá justificada. En consecuencia, sin lugar al motivo."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 600-F de las 9,20 hrs. del 22 de diciembre.

31- VIOLACION -Agravación por concurrencia de varios sujetos que faciliten el acto, sin que sea necesario que todos los partícipes tengan acceso carnal.

"El Lic. [...], Defensor Público del encartado [...], presenta recurso por el fondo, alegando tres puntos específicos, que se exponen seguidamente. En primer término, aduce aplicación errónea del artículo 158 del Código Penal, pues considera que el hecho que se le atribuye a su defendido en perjuicio de la ofendida [...] no debió calificarse como Violación Agravada, sino como Violación en su forma simple, de modo que correspondía aplicar más bien el artículo 156, inciso 3), del mismo cuerpo legal, ya que dicho imputado cometió ese hecho actuando solo, sin auxilio ni cooperación de los otros dos sujetos, de modo que

no se puede afirmar que la comisión se haya dado "con el concurso de dos o más personas".

En segundo lugar se alega que, al haber sido sentenciado [...] por el delito de Abusos Deshonestos Agravados en perjuicio de [...], se incurrió igualmente en errónea aplicación del último párrafo del artículo 161 del Código Penal, en relación con el artículo 158 ibídem, por no haberse dado en este caso tampoco "el concurso de dos o más personas", ya que la mera presencia en el lugar de otros sujetos que participaron en otros delitos no justifica, a su juicio, la aplicación de dicha circunstancia agravante. Por ello, sostiene que en este caso debió aplicarse únicamente el párrafo primero del citado artículo 161 del Código Penal y calificarse la conducta como constitutiva del delito de Abuso Deshonesto en su forma simple.

En tercer lugar, el recurrente aduce que se violaron los artículos 39 de la Constitución Política, 1, 22, 76 y 213 del Código Penal, por cuanto, mediante una errónea interpretación de lo que debe considerarse por concurso material de delitos, el tribunal de mérito condenó a [...] por dos Robos Agravados y le impuso diez años de prisión por cada uno de ellos, como si se tratara de dos hechos independientes, cuando en realidad se trata de un solo hecho y por ende de un solo delito, de modo que solamente una de esas penas era aplicable.- Examinando por separado cada uno de los problemas que se plantean en el recurso, cabe señalar primeramente que, en cuanto al delito sexual que se le atribuye al imputado [...] en perjuicio de la ofendida [...], el cuadro fáctico que se tuvo por acreditado en el fallo de mérito dice, en lo que interesa, lo siguiente: "Que el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y tres, aproximadamente a las veintitrés horas, los imputados [...] y otro sujeto no identificado, llegaron a la casa de las ofendidas, [...] (...) Uno de los tres se brincó un muro, de un metro y medio de alto, por lo que [...] abrió la puerta principal de la casa y salió a asomarse al corredor, sintiendo de pronto que [el imputado] salió del costado de la casa, se le puso al lado y le colocó un cuchillo de puño de metal, hoja delgada en la garganta de frente (sic), por lo que debió retroceder hasta el muro. De inmediato los otros dos sujetos se brincarón el muro (...), recibieron la orden de [...] que fueran sobre [...] que salía de la cocina, mientras [...] era empujada por [...] hacia dentro de la casa, las ofendidas fueron amenazadas con un puñal que portaba cada uno de los imputados y el tercer sujeto hasta ahora ignorado. Las arrecostaron contra el trastero del comedor.

De un momento a otro [el imputado] le ordenó [al coimputado] y al otro sujeto que fueran a las habitaciones de la casa a buscar los bienes para sustraerlos, quedándose solo con las dos ofendidas en el comedor, a quienes les ordenó que no hablaran ni gritaran porque si lo hacían les clavaba el puñal (...) De seguido el coimputado [...], le desabotonó la blusa a [...], quien carecía de sostén, tocándole lascivamente los senos con la mano, mientras con la otra le tenía puesto el puñal a la altura de la espalda, obligándola a ingresar al dormitorio donde estaban [el coimputado] y el otro sujeto registrando. Les ordenó que salieran, quedándose sólo con ella dentro de éste. Le ordenó a [...] que se quitara la ropa, quedó desnuda, procediendo después el imputado a ordenarle amenazándola con el puñal, que le lamiera el pene, después la obligó a acostarse sobre la cama y en ésta tuvo acceso carnal con ella por la vagina (...)"

Se observa, en estas circunstancias, que el alegato de la defensa respecto a que [...] cometió el hecho sin el

concurso de ninguno de los otros dos sujetos es inexacto. En la casa había dos mujeres y para amedrentarlas, reduciéndolas a la impotencia, se requirió la intervención de los tres sujetos. Existe en este caso una cooperación mutua, no sólo en cuanto a la intimidación conjunta de que fueron objeto ambas ofendidas, lo cual era requisito necesario para la comisión de los hechos, sino que además existió un acuerdo tácito entre los encartados [...], pues para facilitar la agresión sexual que este último cometió en perjuicio de [...], aquél continuó ejerciendo violencia moral sobre la ofendida [...], al grado que, conforme a la concordancia de voluntades existente, [...] procedió además a abusar sexualmente de ella. Nótese que, ante la presencia de tres sujetos armados cada uno de un cuchillo, se facilitó notablemente la intimidación de ambas ofendidas, quedando estas a total disposición de los imputados, ya que en esas condiciones no podían ofrecer resistencia. Incluso no se puede negar que el hecho mismo de que [...] haya introducido a [...] en el dormitorio sirvió para amedrentar más a [...], como también la circunstancia de que los otros dos sujetos se quedaran en la cocina con esta última, resultó notablemente intimidatorio para [...], pues, como el mismo fallo relata, escuchaba a [...] gritando en la cocina [...].

En la comisión del hecho hay una evidente concordancia de voluntades para agredir sexualmente a las víctimas, por lo que no puede afirmarse que el propósito principal fuera el robo y que la intención de cometer abusos sexuales haya surgido en forma independiente en cada uno de los imputados. En efecto, en este caso se da cuando menos un acuerdo tácito entre [...] para cometer los hechos de carácter sexual; acuerdo que externamente se manifiesta en un concierto o concurso de acciones de parte de ambos para agredir sexualmente a las víctimas. No se puede negar, en esas condiciones, que la violación cometida por el encartado [...] en perjuicio de [...] se produjo con el concurso de [...], como también del otro sujeto, quienes prestaron las condiciones de intimidación necesarias y la colaboración requerida para que aquél pudiera realizar dicho acto. Es decir, actuando en forma conjunta procuraron y facilitaron la comisión de los hechos.

Por ende, lejos de tratarse de la simple presencia de estos dos sujetos, como afirma equivocadamente la defensa, se trata de personas que intervinieron en la fase de ejecución del delito, prestando, con sus acciones, el concurso necesario para que [...] lo llevara a cabo. Como ya había indicado anteriormente esta misma Sala, "...la agravación por concurso de varias personas puede darse sin que sea necesario que todos los partícipes tengan acceso carnal, pues basta que concurren para que otro (que podría ser solo uno) lo tenga" (voto 121-F, de las 9:50 horas del 15 de abril de 1992); ya que, precisamente, el fundamento de la agravación consiste en que la concurrencia de varios facilita en gran medida la ejecución de este tipo de hechos ilícitos. Cabe precisar, además, que en nuestra legislación basta "el concurso de una o más personas" para que se produzca la agravante (artículo 158 del Código Penal). Es decir, no se requiere que concurren "dos o más" personas como se señala por error en el recurso. En esa tesitura, respecto al primer punto sometido a examen, no se observa ninguna quebranto de la ley penal sustantiva, razón por la que el reclamo debe ser declarado sin lugar."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 465-F de las 8,50 hrs. del 11 de noviembre.

32- VIOLACION -Naturaleza de la intimidación -Necesaria eficacia para la afectación psíquica de la víctima.

"Como primer motivo del recurso se acusa falta de fundamentación del fallo de mérito, con cita de los artículos 106, 393 y 395.2 del Código de Procedimientos Penales. Al deducirse el reclamo se indica que de acuerdo a la sentencia, la acción del encartado de penetrar carnalmente a la ofendida se realizó bajo la conminación -en contra de ésta- de que le pasaría «algo peor»; no obstante -señala la recurrente- no indican los juzgadores en qué consistió concretamente la amenaza, que en todo caso debió referir un mal actual grave. De acuerdo a lo expuesto, la defensora estima que el fallo adolece de motivación por lo que solicita se declare su nulidad y se ordene el juicio de reenvío. Debe rechazarse el reproche. El artículo 156.3 del Código Penal tipifica como violación el acceso carnal cuando es producto de violencia corporal o intimidación, de modo que el primero de esos medios es utilizado para vencer la resistencia material de la ofendida, en tanto el segundo se dirige a evitar la oposición física a la cópula.

La intimidación supone una relación causal entre la amenaza hecha por el agente (causa) y el temor surgido en la víctima (efecto). Es claro que dadas las circunstancias de cada caso concreto, la conminación que haga el ofensor debe ser creíble y seria, sin necesidad de llegar a la descripción concreta del daño futuro en todos los supuestos, lo que dependerá de las circunstancias particulares de la escena y de las cualidades individuales de la víctima. Lo que interesa en todo caso es su eficacia para la afectación psíquica de la víctima. El temor ante la amenaza es lo que realmente configura la intimidación, por lo que la discusión no debe gravitar en el contenido de la conminación sino en el efecto que produjo en el sujeto pasivo según las circunstancias del caso.

Acerca de esto la doctrina ha dicho: «... Es la *vis compulsiva*, en la que la voluntad del individuo está presente, pero no es libre en su elección... Lo que la ley tiene en cuenta no es la amenaza en sí, sino su efecto psicológico o sea la intimidación... La amenaza puede consistir en causar un mal a la propia víctima o a un tercero; pero el mal no puede dejar de ser futuro.

Se ha dicho que la amenaza debe reunir, entre otras, las características de grave o seria, inminente y posible, pero no deben darse reglas rígidas para determinar objetivamente la eficacia de las amenazas, sino que es necesario valorar en cada caso la posible eficiencia de la amenaza en relación con todas las circunstancias y especialmente, con la personalidad de la víctima...» (FONTAN BALESTRA: «Derecho Penal. Parte Especial.», 8ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 173). Examinado el fallo de mérito, se concluye que sí se fundamentó lo relativo a la intimidación de la ofendida [...], tomando en consideración el efecto de la amenaza genérica hecha en este caso por el imputado cuando le advirtió a aquella que le podría pasar «algo peor». Concretamente dijeron los juzgadores de instancia: «... En cuanto a la intimidación y a la violencia corporal, que ha pretendido cuestionar la señora defensora, el Tribunal estima unánimemente que es lógico y aceptable que la actuación del imputado de taponarle la boca y decirle que si gritaba le podía ir peor, fuera suficiente para que éste lograra satisfacer su propósito, pues por tratarse de una menor de escasos trece años, sin ningún tipo de experiencia sexual,

conforme ella misma lo expresó, resultó claramente intimidada, intimidación que debe ser vista de conformidad con las condiciones personales del sujeto pasivo y no del activo, aparte de la circunstancia de que el imputado es un sujeto conforme lo apreció el Tribunal en la audiencia, de características físicas evidentemente superiores a las de la ofendida, pues mientras ella es una niña menudita y de baja estatura, aún en este momento en que cuenta con más edad, el acusado es de mediana estatura y bastante más grueso que la menor perjudicada...» [...]. El tribunal examinó la eficacia de las palabras del imputado [...] para amedrentar a la ofendida [...], concluyendo que eran suficientes para afectarla psíquicamente y lograr el propósito delictivo del encartado. En consecuencia el fallo de mérito se encuentra debidamente fundamentado por lo que corresponde rechazar el primero motivo del recurso."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 509-F de las 15,30 hrs. del 28 de noviembre.

B-DERECHO PROCESAL PENAL

33- ADICION Y ACLARACION -Carácter de recurso permite aplicar el artículo 458 del Código de Procedimientos Penales.

"El imputado [...] acude ante esta Sala a interponer recurso de queja contra la resolución dictada por el Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección Tercera, a las 10:00 horas del 15 de diciembre de 1994, que dispone no admitir el recurso de casación que el quejoso presentó contra la sentencia condenatoria recaída en contra, por haberse presentado fuera del término legal. Alega que el recurso de casación sí fue presentado en tiempo, toda vez que el plazo para interponerlo se vio suspendido por la interposición de una solicitud de aclaración y adición que el quejoso presentó ante el Tribunal *a quo*. Considera esta Sala que no lleva razón el recurrente. Debe hacerse notar -tal como lo indica en su informe el Tribunal de mérito- que la gestión formulada por el encartado en realidad está dirigida a cuestionar el sustento probatorio de las conclusiones de hecho plasmadas en la sentencia, cuestión que no es objeto de la aclaración o adición permitida en el artículo 110 del Código de Procedimientos Penales, sino que debió plantearse ante esta Sala mediante la oportuna interposición de un recurso de casación por vicios *in procedendo*, si es que el quejoso no se encontraba satisfecho o convencido con la fundamentación de esa resolución. El recurrente no acusó en esa solicitud la existencia de términos oscuros, ambiguos o contradictorios en la redacción de la sentencia, o que se hubiese omitido en ella la resolución de algún punto controvertido en el juicio.

Por el contrario, valga la reiteración, limitó sus alegatos a cuestionar el apoyo probatorio de las aseveraciones hechas por el Tribunal, como, por ejemplo, cuando dice: «*Señores Jueces, con base a que prueba se tiene por cierto desde esa parte del fallo, que soy autor de una estafa?*»; o cuando dice «*Señores Jueces, en que prueba se basa su despacho para sostener que yo conocía la problemática Registral?*»; o: «*Por qué su Tribunal tiene por cierto que la soda [...] es propiedad de [...] si Registralmente no aparece a su nombre?*» (sic) Por tal razón debe convenirse con el Tribunal en que la manifiesta

impertinencia de la solicitud formulada no permite que se produzca la suspensión del término para recurrir (al respecto véase LLOBET, Javier: **Código de Procedimientos Penales Anotado**, San José, Litografía e Imprenta Lil S.A., 1987, pág. 132). En efecto, la naturaleza jurídica del derecho que el artículo 110 del Código de Procedimientos Penales otorga a las partes para solicitar la aclaración o adición de las resoluciones, no es otra que la de un *recurso*, pues se trata de una verdadera revisión de la decisión judicial, siempre que no importe una modificación de lo resuelto (así, VESCOVI, Enrique: **Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, págs. 73 a 74, y DOBLES OVARES, Víctor: **Código de Procedimientos Penales**, San José, Juritexto, 1994, pág. 123, nota Nº 5), y en vista de esa naturaleza le son aplicables las disposiciones generales en materia de recursos, entre ellas el párrafo tercero del artículo 458 del Código de Procedimientos Penales, según el cual se puede rechazar el recurso que fuere manifiestamente improcedente, como en el presente caso sucede con la solicitud de aclaración o adición que formulara el imputado, que por no ajustarse a los motivos previstos por la ley como objeto de la misma, no puede venir a suspender el término para interponer el recurso de casación."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 20-A de las 9,30 hrs. del 17 de febrero.

34- ADICION Y ACLARACION -Posibilidad de que la resuelva el Tribunal con distinta integración, sino se refiere a un acto propio del debate.

"Se alega quebranto de los artículos 35 y 41 de la Constitución Política. Señala el recurrente que en nuestro sistema procesal penal rige el denominado principio de inmediación de la prueba, según el cual el Tribunal de Juicio debe apreciar la prueba directamente en el debate, lo que impide a un Juez que no participó en ese acto establecer hechos o interpretarlos, "porque no tuvo esa vivencia procesal que requiere nuestro orden jurídico en el campo que nos ocupa" (sic). Agrega, que la sentencia recurrida fue adicionada y aclarada por un tribunal que estaba integrado por dos funcionarios distintos a los que emitieron el fallo, de modo que, a su entender, se quebrantó el principio enunciado, así como el debido proceso, razón por la que pide la nulidad de la sentencia dictada en su contra. El reclamo no es atendible. Sobre este punto, al resolver la consulta preceptiva formulada en la especie, la Sala Constitucional indicó que efectivamente el principio de "inmediatez de la prueba" es parte del debido proceso y recaló que, con base en el principio de identidad física del juzgador, la sentencia debe ser dictada por los mismos jueces que intervinieron en el debate, porque fueron ellos los que recibieron la prueba en que deben fundamentar el fallo.

Asimismo, señaló dicha Sala que, por regla general, en los procesos orales la solicitud de adición o aclaración debe ser resuelta "por el mismo órgano jurisdiccional que dictó la sentencia", pues es la única forma de respetar los principios citados, (sobre todo porque en nuestro sistema no existe una transcripción literal del debate, que refleje con amplitud lo sucedido en esa etapa). Sin embargo, acotó que ello es cierto únicamente en aquellos casos donde el punto sobre el cual se solicita aclaración o adición haya sido un

acto propio del debate, porque si no es así, el juez con sólo estudiar el expediente puede tener contacto directo con los demás elementos necesarios para resolver, (Sala Constitucional, voto 651-94, de las 14:57 horas del 2 de febrero de 1994; folios 335 vuelto y 336 frente). Ahora bien, en este caso concreto es evidente que los aspectos que motivaron la solicitud de aclaración y adición formulada por la defensa del señor [...] no se referían a ningún acto propio del debate, sino que se limitaban a una cuestión estrictamente jurídica, referente a los alcances de la figura del artículo 100 de la Ley Orgánica del Banco Central, en relación con el delito de Estafa.

Por ello, aunque a la hora de resolver dicha gestión el tribunal estuvo integrado por dos funcionarios que no habían concurrido al dictado de la sentencia, lo cierto es que no existe ningún quebranto a los principios de inmediatez de la prueba e identidad física del juzgador, ya que no estaba en juego ninguna cuestión atinente al debate propiamente dicho y bastaba con revisar el expediente para tomar una determinación sobre ese extremo, como lo hicieron los juzgadores al pronunciarse sobre dicha solicitud [...]. Por ende, en esas circunstancias lo que se está reclamando es una nulidad por la nulidad misma, o sea, sin ningún contenido, pues el recurrente no demuestra en realidad que haya sufrido algún perjuicio a causa de la distinta integración del órgano jurisdiccional que resolvió sus peticiones. En esa tesitura, el presente motivo debe ser declarado sin lugar."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 535-F de las 10,50 hrs. del 12 de diciembre.

35- CITACION A JUICIO -La omisión de notificación provoca nulidad declarable de oficio al vulnerarse el derecho de defensa.

"Como único agravio del recurso por vicios *in procedendo* interpuesto por el defensor del imputado se acusa la inobservancia de los artículos 349, 350, 351, 354, 355, 107, 140, 142 del Código de Procedimientos Penales y de los ordinales 39 y 41 de la Constitución Política, porque la resolución de la citación a juicio de folio 87 nunca le fue notificada ni al defensor ni al acusado, con lo cual se violó la defensa técnica del procesado y su garantía al debido proceso. Agrega el recurrente que inmediatamente después de abierto el debate formuló incidente de nulidad al respecto, pero que éste le fue declarado sin lugar por el Tribunal *a quo*, razón por la cual formuló la respectiva reserva de casación. El reclamo es de recibo, pues -según lo testimonian las constancias del proceso- la resolución indicada por el quejoso no le fue notificada ni a él ni a su patrocinado, siendo que el artículo 349 citado no solo impone al Presidente del Tribunal la obligación de citar al fiscal, a las partes y defensores a fin de que en un término común de 10 o 15 días «...comparezcan a juicio, examinen las actuaciones, los documentos u cosas secuestradas, ofrezcan pruebas e interpongan las recusaciones pertinentes», sino que además sanciona expresamente la inobservancia de esta formalidad bajo pena de nulidad en su párrafo primero. Cabe agregar que con la resolución de citación a juicio se interrumpe la prescripción de la acción penal, al tenor del artículo 3 de la Ley Nº 5712 de 11 de julio de 1975 y sus reformas). Además la forma procesal prevista en el artículo 349 citada debe entenderse en relación a lo

dispuesto en los artículos 146 párrafo segundo y 145 inciso 3º de ese mismo texto legal, pues éste último dispone que «se entenderá siempre prescrita bajo pena de nulidad la inobservancia de las disposiciones concernientes... a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley lo establece», como sucede en la especie, pues los múltiples fines que persigue la citación a juicio y los efectos que esta resolución produce -ya enunciados someramente- evidencian la trascendencia que tiene su correcta notificación en cuanto a la intervención y asistencia del imputado y de su defensor.

Respecto a la sanción procesal prevista en el artículo 349, nuestra doctrina ha dicho que, en lo concerniente al imputado y su defensor, se trata de una nulidad declarable de oficio y sobre la forma procesal en sí, que: «El examen de las actuaciones y demás elementos de prueba tiene por objetivo que los interesados puedan ofrecer prueba, interponer recusaciones, excepciones, incidentes de nulidad, y en definitiva puedan planear la estrategia a seguir durante el debate» (cfr. LLOBET, Javier: **Código de Procedimientos Penales Anotado**, San José, Litografía e Imprenta Lil S.A., 1987, p. 363 y 349). Por su parte, dice NÚÑEZ, comentando la norma procesal cordobesa análoga a nuestro artículo 349, que: «La omisión o el defecto de cualquiera de las finalidades de la citación mencionadas en el artículo 366, 1ª parte, implica una nulidad declarable de oficio y, por consiguiente, insubsanable... si afecta... al imputado y lesiona sus posibilidades de defensa... la falta de ejercicio de sus facultades por parte de los citados implica, por ser el término perentorio, la caducidad de la facultad no ejercida...» (NÚÑEZ, Ricardo: **Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba**, Argentina, Editora Córdoba S.R.L., 2ª edición, 1986, p. 319, nota 5). Por su parte, TORRES BAS, citando a NÚÑEZ, asevera que: «...la omisión de la citación al fiscal o a las partes o sus defensores produce la nulidad del debate respecto del afectado por ella, porque viola su derecho de defensa en juicio. La nulidad es declarable de oficio si afecta al Ministerio Fiscal o al imputado, ya que implica la inobservancia de una disposición concerniente a su intervención (cuando la citación omitida es la del Ministerio Fiscal o del imputado), o asistencia (si es la del defensor) en el proceso, que atenta contra la norma constitucional relativa a la defensa en juicio...» TORRES BAS, Raúl E.: **El Procedimiento Penal Argentino**, T. II, Argentina, Editora Córdoba, 1987, p. 290). De todo lo expuesto, se colige que la finalidad de la citación a juicio es de carácter preparatoria, la cual se advierte claramente al ver cuáles son los actos que integran ese momento procesal, como por ejemplo el examen de actuaciones, lo que permite tener pleno conocimiento de la causa, presupuesto necesario para poder ejercer los derechos que el Código concede para este momento eminentemente contradictorio y de igualdad entre las partes. Como se dijo, el artículo 349 establece claramente cuáles son las facultades de las partes: A) examinar actuaciones; B) examinar documentación y objetos secuestrados vinculados con la causa; C) ofrecer prueba (ver artículo 351 *ibidem*); D) interponer las recusaciones que estimen pertinentes (ver artículo 34 *ejusdem*: las recusaciones presentadas luego del término de citación son inadmisibles).

A esta lista se puede agregar que durante la citación a juicio: E) también se pueden plantear las nulidades previstas en el artículo 148 incisos 1º y 2º; F) además de estos actos, es posible y antes de fijada la audiencia de debate que las partes planteen excepciones que anteriormente no hayan

sido aducidas, conforme consagra el artículo 354; las excepciones posibles son las del artículo 329, las que deben sustentarse y resolverse por incidente separado (artículo 332), siendo que el Tribunal está facultado para rechazar sin más trámite las que fueren manifiestamente improcedentes. A las siete posibilidades enumeradas debe sumarse otra de suma importancia práctica: G) la posibilidad que la citación a juicio da al imputado y su defensor de planear la estrategia a seguir durante el debate. Ahora bien, en el caso concreto que nos ocupa, según lo acredita el acta respectiva, durante el debate el defensor formuló incidente de nulidad contra el auto de citación a juicio porque no le fue notificado, lo cual le causó indefensión a su defendido. Sin embargo, el Tribunal resolvió declarar sin lugar la incidencia, porque en su criterio «...no existe indefensión para su defendido, como lo quiere ver el señor defensor y ofreció como prueba para mejor proveer en esta audiencia dos testigos. El defensor hace recurso de casación en cuanto a este punto» (sic, [...]). Por su parte, la representación del Ministerio Público avala el razonamiento del *a quo*, según su memorial de 124 y lo que de viva voz manifestó durante la vista celebrada a las 10:30 horas del 20 de setiembre pasado [...]. Sin embargo la tesis del Tribunal de mérito no es de recibo, pues -en este caso- aunque se hubiera admitido a la defensa la prueba que ofreció para mejor proveer, ello no quiere decir que *-de hecho-* esa representación hubiera tenido el mismo término que las otras partes para ejercer eficientemente las siete facultades supraíndicadas como A, B, D, E, F y G (que en realidad no ejerció, sin que se pueda presumir que por falta de interés), e incluso, no se puede afirmar que la o prueba ofrecida corresponde a la que habría podido ofrecer si hubiere sido formalmente advertido (notificado) del término de citación a juicio. Presumir lo contrario, como el *a quo*, es decir, que esa era toda la prueba que podían ofrecer el imputado y la defensa; que ellos examinaron las actuaciones, la documentación y objetos secuestrados vinculados con la causa; que no estimaron pertinente interponer recusaciones, plantear nulidades o excepciones, y; que al debate el imputado y su defensor llegaron luego de planear la estrategia a seguir, con el mismo tiempo que sus contrapartes disfrutaron para ello; presumir todo esto violenta las garantías constitucionales del imputado en lo que a debido proceso y derecho de defensa se refiere, pues le coloca -en este caso concreto- en una inadmisiblemente situación de desventaja procesal respecto al Ministerio Público y al Actor Civil, por lo cual es necesario acoger este motivo del recurso, declarando la nulidad de la sentencia impugnada y del debate que la precedió y remitiendo el proceso al competente para la nueva sustanciación que determina la ley."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 538-F de las 11,05 hrs. del 12 de diciembre.

36- DERECHO DE ABSTENCION -Consulta constitucional sobre posibilidad de abstención de parientes colaterales en unión de hecho.

"Para analizar el tema planteado, deben tenerse en cuenta las distintas resoluciones de Sala Constitucional, cuya jurisprudencia, como es sabido, es vinculante erga omnes. Así, en el voto 264-91 de las 14:30 horas del 6 de febrero de 1991, al evacuar consulta facultativa del Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección Primera, sobre la constitucionalidad de los artículos 227 y 228 del Código de

Procedimientos Penales, en el por tanto, se declaró: "a) que el artículo 227 del Código de Procedimientos Penales no es contrario a la Constitución Política y sus alcances son los mismos del artículo 36 constitucional, sin limitaciones de ninguna índole; b) Que es inconstitucional y en consecuencia se anula por ser contrario el artículo 36 de la Constitución Política, el texto del artículo 228 del Código de Procedimientos Penales que dice"... a menos que el testigo sea denunciante, querellante o actor civil, o que el hecho punible aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo". Sea se reconoce que el derecho de abstención, consagrado en el artículo 36 de la Constitución Política y en el 227 del Código Procesal Penal, no contiene limitaciones de ningún tipo. También que el artículo 228 del Código últimamente mencionado, confiere la facultad de abstención a los parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, tutores y pupilos, sin la restricción que originalmente contenía y que el artículo 36 constitucional, "en forma clara, **con el fin de proteger la cohesión del núcleo familiar, fundada en razones de orden moral y familiar, deja a entera voluntad del testigo decidir si declara o no dentro del proceso penal**" (Considerando I).

Posteriormente, al resolver el punto de la nulidad de la declaración tomada a la concubina del imputado, pues no se le advirtió que tenía derecho a abstenerse de declarar en contra de su compañero, estimó: que "debe tomarse en cuenta que el artículo 36 de la Constitución... tiene como objeto primordial proteger el vínculo familiar de los efectos que podría tener una "declaración" del cónyuge o de los parientes en los grados allí descritos, en contra de otro familiar". Agrega que, "debido a la protección dada a la familia por el constituyente (art. 51); a la igualdad de derechos de los cónyuges (art. 52) y a la prohibición de calificar la naturaleza de la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio (art. 54), se concluye que **la unión familiar de hecho está plenamente reconocida y protegida por la Constitución**. En consecuencia, **las garantías procesales otorgadas a los familiares por el artículo 36 de la Constitución, para un caso penal, se extienden a la concubina o compañera del acusado, precisamente por el vínculo familiar establecido**, vínculo que el juez deberá valorar en cada caso según criterios de razonabilidad que permitan definir la existencia de un vínculo efectivo". (Voto N° 2984-93 de 9:15 horas del 25 de junio de 1993). Asimismo, al evacuar sendas consultas formuladas por el Juez de la Sección Segunda del Juzgado Penal de Limón, sobre los artículos 155 y 127 del Código de Procedimientos Penales en resoluciones 1151-94 y 1153-94 de las 15:30 horas y 15:36 horas del primero de marzo de este año, determina: "A juicio de esta Sala, la interpretación armónica de los artículos 36, 51 y 52 citados, no permite concluir que la garantía a que se refiere el artículo 36 sea únicamente para la familia basada en el matrimonio: por el contrario, tal interpretación resultaría contraria al espíritu de la Constitución..."

Según lo expuesto, para el legislador constituyente, las llamadas "familias de hecho" y el matrimonio son simultáneamente dos fuentes morales y legales de familia (hay que tomar en cuenta que no existe impedimento legal para constituir una familia de hecho); ambos garantizan la estabilidad necesaria para una permanente vida familiar, porque se originan en una fuente común: el amor que vincula al hombre y la mujer, el deseo de compartir, de auxiliarse y apoyarse mutuamente y de tener descendencia... La familia de hecho es una fuente de

"familia", entendida esta como el conjunto de personas que vinculadas por la unión estable de un hombre y una mujer, viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria". Adiciona que "las uniones de hecho, cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio, y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de **estabilidad** (en la misma medida que lo está el matrimonio), **publicidad** (no es oculta es pública y notoria), **cohabitación** (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y **singularidad** (no es una relación plural en varios centros convivenciales)". Agrega que "en consecuencia, la familia, compuesta por individuos libres e iguales en dignidad y derechos ante la ley, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado **independientemente de la causa que le haya dado origen**: su naturaleza e importancia justifican su protección". De la síntesis efectuada de los fallos de la Sala Constitucional, referidos con el tema, queda claro que son complementarias y que si bien abarcan varias aristas del problema, no abordan el tema de la posibilidad de abstención de los parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, tratándose de esas familias de hecho, que es el meollo del reclamo formulado.

El principio de la igualdad constitucional (artículo 33 de la Constitución Política) y el de abstención del imputado y sus parientes (artículo 36), obligan a plantear si tal derecho (consagrado por el artículo 228 del Código de Procedimientos Penales), sólo comprende a los familiares en tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad, cuyas relaciones de parentesco surgen del matrimonio o si cobija también a los familiares, en igual grado, de una relación de hecho, que reúna las características de estabilidad, publicidad, cohabitación y singularidad. En el caso concreto se alega que el imputado y su concubina tienen una relación pública, por más de cinco años, cohabitan junto al resto de la familia, incluyendo la ofendida, quien es su cuñada y hermana y han procreado varios hijos. Tomando en consideración que "la unión familiar de hecho está plenamente reconocida y protegida por la Constitución" y que "en consecuencia, las garantías procesales otorgadas a los familiares por el artículo 36 de la Constitución, para el caso penal se extienden a la concubina o compañera del acusado, precisamente por el vínculo familiar establecido", y que ese artículo 36 "tiene como objeto primordial proteger el vínculo familiar de los efectos que podría tener una "declaración del cónyuge o de los parientes en los grados allí descritos, en contra de otro familiar", le asiste a esta Sala duda fundada sobre la constitucionalidad de la actuación del Tribunal Superior de San Carlos, en aplicación del mencionado artículo 228 del Código Procesal Penal, cuando negó la posibilidad de abstención a la ofendida, que como se dijo es cuñada del imputado, y no hizo la advertencia a sus suegros y dos cuñadas más, pese a que reconoce "que el sujeto pasivo (del delito) resultó ser una hermana, de la concubina del encartado, misma que habitaba la misma casa, e incluso dormía en el mismo cuarto" [...]. No existe motivo alguno que apoye la actuación del a-quo, pues la familia de hecho al igual que la fundada en el matrimonio, están reconocidas por la Constitución y de no resolverse los problemas atinentes a ambas "fuentes morales y legales de familia" en igual forma, se daría una desigualdad reprochable y una discriminación contraria a la dignidad humana, violándose así los artículos constitucionales mencionados y los que establecen el Debido Proceso (principalmente los numerales 39 y 41 de la Constitución

Política). Ante la consulta debe suspenderse la tramitación de esta causa y emplazar a las partes para que si lo estiman conveniente, dentro de tercero día comparezcan ante la Sala Constitucional a hacer valer sus derechos."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 152-A de las 11 hrs. del 23 de setiembre.

37- **DERECHO DE ABSTENCION -Presunción de culpabilidad ante silencio del imputado vulnera groseramente al artículo 36 de la Constitución Política.**

"El primer motivo de casación acusa el vicio de violación de reglas de la sana crítica, con base en los artículos 106, 226, 393, 395.2, 395.3, 400.4 y 471.2 del Código de Procedimientos Penales. Entre otros argumentos, señala la recurrente que el tribunal de instancia tomó en consideración -en perjuicio del imputado- su abstención de declarar durante la instrucción con lo que se quebrantó el principio del debido proceso. Examinada la sentencia de mérito da cuenta esta Sala de una extensa valoración por parte del tribunal, del acto concreto del imputado de haberse abstenido de rendir declaración durante la fase instructiva del proceso. Se pueden extraer los siguientes razonamientos: «... Pero nada de ello realiza el indilgado (sic) y más bien no es hasta esta etapa del proceso que pronuncia como defensa material la coartada que se ha indicado líneas atrás, ya que durante la instrucción se abstuvo de declarar, lo que no era lógico si los hechos es como ahora los refiere, y más bien podríamos decir que si pensaba en tal versión, su defensor a la época, le recomendó abstenerse de declarar, por lo increíble que resultaba, en virtud de que hoy en día ante la descomposición social, nadie está dispuesto a realizar un gesto como el que dice el imputado le hizo a un campesino, especialmente por las características que se dieron en este caso... La defensora cuestionó en el debate la incorporación de la declaración del acusado rendida en la instrucción mediante la cual se abstuvo de declarar, sin embargo, a juicio del Tribunal tal incorporación sí se puede dar, no para menoscabar su derecho al silencio, el cual en su momento ejerció debida e incuestionamente (sic) el imputado, sino para tratar de entender el por qué en aquel momento calló su verdad; con la cual, incluso se le hubiese podido ayudar buscando pruebas a su favor... Cuando la defensa, entendida en forma unitaria, cometa un yerro de guardar silencio de su verdad, debe realizar un esfuerzo que las simples palabras para reforzar su versión de los hechos, pues sin duda alguna, iría contra el equilibrio de las partes sustentar una defensa en un simple dicho, cuando desde el principio del proceso una de las partes "abrió las cartas" en forma transparente...» [...] De lo anterior se concluye con claridad que el tribunal hizo más de lo que la ley le permite, al intentar establecer por qué el imputado se abstuvo de declarar en determinado momento del proceso, aun invadiendo la esfera de trabajo del abogado defensor.

Con ello violentó groseramente el artículo 36 de la Constitución Política, y permitirlo sería establecer una presunción de culpabilidad ante el silencio del acusado, con lo que se estaría conculcando el derecho irrenunciable de cualquier ciudadano a no declarar. La abstención no debe ser utilizada nunca en forma alguna, porque de lo contrario

se pone al ciudadano ante la disyuntiva de declarar lo que -tal vez- no desea, o de guardar silencio haciendo presumir su culpabilidad. Esta irregularidad del tribunal, no puede superarse con la explicación posterior referida a que no se vulnera el derecho al silencio, porque solo se analiza el comportamiento del acusado en las distintas etapas del proceso, pues a ese momento ya la irregularidad ha sido cometida. Además, conforme al artículo 373 del Código Procesal Penal, nuestro ordenamiento no autoriza incorporar al debate (sic). El acta donde el imputado manifestó en la instrucción que se abstenía de declarar, y menos valorar esa abstención como una presunción de culpabilidad. Debe anularse la sentencia referida, por haber violentado el debido proceso y el principio lógico de derivación. De igual forma debe anularse el debate que produjo la resolución de instancia y ordenarse el juicio de reenvío. Debe agregarse que el tribunal de juicio, con la inmediación, concentración y sana crítica, puede creer o no creer al acusado, pero por razones distintas al ejercicio legítimo e ilimitado de un derecho constitucional y un poder procesal, como es el de abstenerse de declarar."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 416-F de las 9,45 hrs. del 14 de octubre.

38- DERECHO DE ABSTENCION -Validez de declaración sobre lo contado por ofendida que luego se abstuvo.

"El defensor público del imputado, con apoyo en lo dispuesto por los artículos 33 y 36 de la Constitución Política, 106, 227, 395.2, en relación con los numerales 145, 146 y 400.4., del Código de Procedimientos Penales y de las resoluciones 264-91 y 2984-93 de la Sala Constitucional, como primer agravio, señala que es ilegítima la motivación del pronunciamiento de mérito por estar basada en prueba ilegal, porque no es posible, ni directa ni indirectamente, vulnerar la garantía del citado artículo 36, introduciéndose al debate no solo lo manifestado por el acusado ante la policía "sino también lo que manifieste cualquier persona o testigo, sea éste policía, civil o pariente del encartado, de lo que oyó decir al testigo que luego se abstiene a declarar por los alcances del artículo 36 referido, y que es el caso que nos ocupa, debido a que la denunciante y esposa del imputado [...] y la ofendida [...] se ampararon a tal derecho que resulta irrenunciable", estimando, por ello, que no fue legal, por vía indirecta, incorporar los testimonios de [...], tía de la ofendida y cuñada del acusado, y, [...], abuela de [...] y suegra del acusado, quienes declararon sobre lo que la ofendida les contó, habiéndose abstenido a declarar dichas personas, como el imputado ("en cuanto a la supuesta confesión de mi patrocinado" que, según consigna el fallo, declararon las mencionadas [testigos]) y su cuñado [...]. Sin embargo, la Sala no participa de la tesis expuesta por el defensor público.

En primer lugar, debe señalarse que las indicadas resoluciones de la Sala Constitucional de esta Corte, contemplan aspectos enteramente diferentes, esto es, sin ninguna relación con la cuestión única sometida a decisión, y por ende, sin que de tales resoluciones pueda inferirse criterio alguno ampliativo, por vía de extensión, de las garantías de la persona o personas que se acogen al derecho de abstención a declarar, tal como se reprocha. En segundo

lugar, debe señalarse que, en realidad, el recurrente no desarrolla o refiere específicamente el por qué de su **interpretación**, solo la expresa. En tercer lugar, ni del sentido de las normas invocadas en el recurso es dable interpretar, por la circunstancia de haberse abstenido a declarar la ofendida (como su madre, el imputado y un cuñado de éste) en ejercicio de un derecho prioritariamente constitucional en virtud de la protección de los vínculos familiares -cohesión familiar - que esa protección legal sea extensiva a otros declarantes, consanguíneos o afines de la víctima que, aún advertidos de su derecho de abstención (como se observa del acta del debate), espontáneamente declararon sobre los hechos que les narró la persona ofendida, pues como se dijo, ni el artículo 36 Constitucional ni las otras normas rituales citadas, permiten la posibilidad de extender la cobertura pretendida, cerrando así de modo absoluto toda otra posibilidad de comprobación de un delito penalmente reprochable, y con ello la inidoneidad o ilicitud de la prueba testimonial que, como en este caso concreto, se trató de las declaraciones, legalmente receptados, de una tía y abuela de la ofendida, únicamente según se protesta."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 77-F de las 9,45 hrs. del 17 de febrero.

39- DILIGENCIA POLICIAL DE RECONOCIMIENTO -Necesario cumplimiento de formalidades para poder otorgarle valor.

"En su único motivo de casación por la forma, el defensor público [...] acusa la «Violación al Derecho de Defensa», con fundamento en los artículos 39 de la Constitución Política, 145.3, 191 y 192 del Código de Procedimientos Penales. Al deducir el reclamo señala que el imputado fue sometido a un «reconocimiento» sin las garantías procesales de contar con un abogado y ubicarse en rueda de presos, pues fue reconocido mientras se encontraba sentado en una banca de una oficina policial. En razón de ello solicita la nulidad del reconocimiento, por la informalidad como fue realizado, y se anule la sentencia. Examinado el fallo de mérito, es claro que la prueba decisiva en la formación del juicio de culpabilidad de [...], fue el reconocimiento informal de que fuera objeto por parte de la testigo [...]. Así se desprende de la valoración de la prueba recibida en juicio, concretamente cuando el tribunal de instancia afirma: «... si bien determina el Tribunal que dicho reconocimiento no es un acto judicial, sí debe quedar claro que se dio como un acto policial y considerarse como prueba preprocesal, puesto que la policía lo que efectuó fue determinar, si el sospechoso detenido por los informes de la ofendida, se trataba de uno de los autores o no, siendo esta última diligencia policial, que no requiere los requisitos de la investigación judicial, sino que se trata de un indicio, que en el presente caso tiene una gran fuerza probatoria, puesto que entra en concordancia con lo indicado por las testigos... viniendo tal indicio a tomar fuerza incriminatoria fundamental...» [...].

Sin embargo el tribunal de instancia comete un grave *error in procedendo* al otorgar valor a la denominada «diligencia policial de reconocimiento», dado que no

constituye un verdadero "reconocimiento judicial" al haberse inobservado las garantías establecidas por ley, por lo que su incorporación al debate y su posterior apreciación en sentencia es una clara violación al derecho de defensa y el debido proceso. Distinta es la situación que suele ocurrir en debate, cuando se le pregunta a un testigo que si la persona a la que se refiere está en la Sala y en tal caso que la señale, pero es evidente que tampoco en este supuesto se puede concluir que estemos en presencia de un "reconocimiento judicial" con todas sus implicaciones probatorias, pues a esta altura procesal ya la imputación se formuló y se ha individualizado al acusado luego de ejercer su derecho de defensa en las distintas fases del procedimiento. Ya la Sala Constitucional se ha pronunciado diciendo que la identificación sin las formalidades del reconocimiento, debidamente establecidas por el Código de Procedimientos Penales (asistencia letrada, caracterización previa por el testigo, separación física del testigo y del imputado y libertad de ubicación de éste en la rueda de personas; artículos 191 y 255 a 258), no es medio de prueba válido por lo que la introducción al juicio de un acto policial en las condiciones del presente caso -en que se incumplieron todas las formalidades- constituye incorporación ilegal de prueba. Concretamente la Sala Constitucional resolvió que: «... al momento de dictarse el auto de detención provisional, no se había practicado un reconocimiento judicial como lo manda el Capítulo VII del Código de Procedimientos Penales, sino solamente un reconocimiento informal del ofendido al momento de su captura, hecho en plena vía pública y ante las autoridades de policía, lo que no constituye un medio de prueba, y por ello no tiene ningún valor legal...» (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Nº 478-91, 14:14 hrs., 01-03-1991). Amén de lo anterior, el tribunal de mérito ha cometido un error en su apreciación, al indicar que se trata de un acto preprocesal que no requiere de formalidades. Estas se han establecido para proteger y garantizar la defensa del imputado, por lo que le asisten desde que es señalado como sospechoso *ab initio*, esto es desde que se inicia cualquier acto de la investigación (policial, del Ministerio Público en citación directa o jurisdiccional) conforme lo ordena el artículo 45 del Código de Procedimientos Penales. Además, la falta de nombramiento del defensor por parte de la policía, sanciona con nulidad, expresamente, el reconocimiento realizado en sede policial según lo mandan los artículos 164.8, 189 y 191 de este ordenamiento. En consecuencia no es cierto que el reconocimiento practicado por la policía, por tener carácter preprocesal, esté exento de las formalidades que garantizan al imputado el respeto de la defensa y el debido proceso; y esto es válido para el reconocimiento y las otras pruebas enumeradas por el artículo 191 del Código de Procedimientos Penales. Cabe agregar que la policía puede realizar diligencias de reconocimiento (sea por medio de fotografías, o en rueda de presos), pero para que puedan tener alguna validez procesal es necesario que se cumplan todas las formalidades previstas en la ley, respetándose los derechos de la defensa. Corresponde en consecuencia acoger la impugnación, anular la sentencia recurrida así como el debate que la produjo y ordenar el juicio de reenvío."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 575-F de las 9,40 hrs. del 21 de diciembre.

40- IN DUBIO PRO REO -Evolución jurisprudencial de su control en casación -Forma de reclamar la errónea aplicación de la duda razonada.

"El problema de controlar la aplicación del principio *in dubio pro reo* por vía de casación, ha tenido una evolución en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, tal como se expone en la sentencia Nº 158-F, de las 08:55 del 20-05-1994. Sin embargo cabe anotar que de una resistencia al ejercicio de tal control, antes del Estado Constitucional de Derecho (noviembre de 1989), se pasó a admitir la posibilidad de examinar la duda jurisdiccional en casación por ser una violación constitucional y, de consiguiente, un quebranto del debido proceso. Sin embargo, las pocas sentencias que en algunos casos estudiaron la aplicación del principio de la duda, antes de dicho momento, siempre exigieron la fundamentación del razonamiento de los juzgadores, de modo que quedara claro por qué no se alcanza el grado de certeza. No basta, por consiguiente, con la simple afirmación de que un medio probatorio o la totalidad del elenco de pruebas ofrece dudas, porque es imprescindible para la debida motivación del fallo de mérito indicar en qué consiste la dubitación. Uno de los fallos que refirió el problema dijo: «...la absolutoria que en base al *in dubio pro reo* se dicte debe tener como fundamento, no la simple duda, sino la **duda razonada**, basada en una exposición que deje absolutamente claro, por qué motivos el juez no ha adquirido el convencimiento suficiente para condenar o absolver...» [(Se suple el subrayado.) (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia Nº 63-F de 9:50 hrs. del 03-04-1987. V. en igual sentido sentencias de esta Sala Nº 347-F de 15:50 hrs. del 11-12-1984, y Nº 102-F de 8:10 hrs. del 15-05-1987)]. En época más reciente, esta Sala dijo que: «...no todo razonamiento hipotético debe conducir necesariamente a crear un juicio de duda en el ánimo de los juzgadores, cuando se busca la aplicación del principio *in dubio pro reo*. La duda debe ser cierta, esencial, fundada, es decir sustentada en el análisis de los elementos probatorios, y de tal magnitud que no permita realizar una conclusión certera en uno u otro sentido.

Es por ello que el Tribunal está en el deber de explicar en forma adecuada las razones por las que duda cuando aplica el principio *in dubio pro reo*...» [(Se suple el subrayado.) (Sala Tercera, Sentencia Nº 75-F de 8:55 hrs. del 13 de marzo de 1992. V. en igual sentido sentencias de esta Sala Nº 143-F de 14:55 hrs. del 30-04-1992; y Nº 205-F de 14:20 hrs. del 05-06-1992)]. Hasta aquí la doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Penal viene delineando el control del principio de la duda, bajo los siguientes conceptos: (i) la duda debe ser razonada (*duda razonada*), consecuencia de la apreciación probatoria, y estar motivada en la imposibilidad de probar un hecho con certeza; y (ii) no es motivo suficiente para la aplicación del principio *in dubio pro reo* la *duda simple*, esto es no es posible la duda que no deriva de la apreciación de la prueba. Una conclusión parcial de la evolución jurisprudencial hasta hora expuesta, es que el ser humano siempre tendrá una duda por encima de la certeza que produce el reposado análisis del material probatorio (v. WALTER, GERHARD: «Libre apreciación de la prueba», Temis, Bogotá, 1985, pp. 100 ss.), pero esa incertidumbre o aprensión que supera la razón misma -y por consiguiente la sana crítica- no es el supuesto de aplicación del *in dubio pro reo*; es lo que se ha denominado la *duda simple*, incapaz de valer por sí misma para aplicar el principio en

discurso. Con posterioridad la Sala de Casación abrió el recurso definitivamente, estableciendo la posibilidad de controlar la aplicación del principio de la duda, como una violación directa de la Constitución Política. En concreto dijo: «... nada impide entonces que ahora el reclamo se plantee como una violación del principio de inocencia constitucional en relación con las normas del *in dubio 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...» [(Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 158-F, a las 08:55 del 20-05-1994.) Esta posición en alguna forma sigue los lineamientos de la jurisprudencia y doctrina españolas. V. sobre esto último LUZON CUESTA: «La presunción de inocencia ante la casación», Editorial Colex, Madrid, 1991.]. Como consecuencia lógica de lo anterior, surge la incógnita acerca de cómo reclamar por vía de casación la errónea aplicación de la *duda razonada*. Al resolver una reclamación al respecto la Sala dijo: «... se limita el tribunal a indicar que dejan una duda, pero no indica tampoco cuáles elementos derivan del elenco de prueba para conducir a conclusiones alternativas, fundamento de la duda jurídico-penal que permite la aplicación del principio *in dubio pro reo*...» [(Se suple el subrayado.) (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 468-F, de las 09:20 hrs., del 11-11-1994.]. Esta resolución -que termina de acuñar el concepto de *duda razonada* mencionado con anterioridad- establece que la resolución fundamentada en la duda debe exponer la apreciación probatoria de los juzgadores, que los lleva a dos o más posibilidades alternativas de conclusión, de las cuales no es posible escoger una descartando las demás con certeza razonable. Ahora bien, cuando la sentencia se funda en una sola conclusión de los juzgadores, el impugnante debe someter el material probatorio a valoración para demostrar que lo resuelto no es unívoco y que podrían surgir alternativas de conclusión capaces de fundamentar una duda. Solamente así se podría demostrar al tribunal de casación cuál es la *duda razonada* que impediría la aplicación del *in dubio pro reo*."]

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 512-F de las 15,50 hrs. del 28 de noviembre.

41- PRUEBA -Posibilidad de que la Sala de Casación la ordene en algunos casos.

"Con examen del presente expediente se nota que no existe certificación alguna emanada del Registro Civil, que compruebe que el sentenciado estaba casado con la ofendida al suceder el hecho que es objeto de este proceso. Lo anterior obliga a la Sala a examinar si, por el incumplimiento mencionado, debe anularse la sentencia, conociendo del recurso por la forma o si la Sala puede a

efectos de controlar la legalidad de la actividad procesal ordenar prueba, cuando conozca de un recurso de casación para, luego de evacuada esta, entrar a resolver el o los reclamos formulados. Al respecto, si bien el Código Procesal Penal no tiene ninguna disposición sobre este punto, la doctrina más reconocida sí admite la recepción de pruebas en Casación, posibilidad que fue acogida jurisprudencialmente por esta Sala con anterioridad (cfr. V-35-F de las 11:15 horas del 17 de enero de 1992 y V-650-F de las 15:55 hrs. del 23 de noviembre de 1993). Así, se ha dicho que: "Se advierte que no se prevé oportunidad alguna para el ofrecimiento de prueba. Ello es una consecuencia evidente de la naturaleza de los motivos que pueden ser invocados: solamente de derecho.

Los hechos de la causa no pueden ser revisados por el tribunal de casación o de inconstitucionalidad.

Sin embargo, pueden darse dos situaciones, en las cuales se hace necesario diligenciar algunas medidas probatorias como paso previo a la discusión final de la vista, a saber: 1) Cuando el recurso se motive en un vicio in procedendo (casación) que exija analizar hechos del proceso (no de la causa) cuya existencia o inexistencia no surja en forma evidente de los elementos acumulados en el expediente. Específicamente se tratará de demostrar casos de omisión o de falsedad en el trámite procesal, oportunamente invocados para motivar el recurso" (la negrilla es suplida, Clariá Olmedo, Jorge A.: Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, 1967, página 198). "Desde este punto de vista el Tribunal de casación cumple un verdadero examen fáctico, en tanto debe examinar la conducta concretamente observada en el proceso por los sujetos procesales a fin de decidir su conformidad o no con las normas de derecho procesal. Actúa en esto como juez del hecho para comprobar la materialidad de las circunstancias relativas a los actos del procedimiento. Los actos del proceso constituyen aquí para la Corte el *thema decidendum*, respecto del cual tiene que comprobar si es verdad (*questio facti*) que no se ha realizado, o que no se ha realizado en las formas debidas, la actividad procesal; y hasta puede, excediendo la simple comprobación de las constancias de la causa, producir una investigación para indagar el efectivo cumplimiento de las formas, cuando la demostración de los motivos alegados dependa de un procedimiento probatorio. Aunque la recepción de pruebas no está prevista expresamente en el juicio de casación, negar su posibilidad implicaría la arbitraria exclusión de motivos fundados en infracciones reales que por la falsedad u omisión no consten en el proceso. Esto es consecuencia de la regla por la que cualquier Tribunal tiene facultad de resolver todas las cuestiones que se susciten en el proceso, salvo las prejudiciales. Pero esa prueba no procede cuando se quiera demostrar que la prueba del debate fue diversa a la fijada por la sentencia, o que ésta ha omitido alguna" (DE LA RUA, Fernando: El Recurso de casación en el Derecho Positivo Argentino, Víctor P. de Zavalía, Editor, 1968, páginas 126 a 127 y 499 a 501).- En otras palabras, aunque por principio toda la actividad probatoria o de investigación está excluida del juicio de casación, la Sala de Casación, en su función de control procesal, tiene poder para examinar los actos procesales, que son hechos jurídicos cumplidos por el juez y las partes. La Sala de Casación debe apreciar, incluso de oficio, cómo ha ocurrido en la realidad la actividad procesal para decidir si la ley formal sancionada procesalmente ha sido o no inobservada, ya sea valorando las constancias del

proceso o incluso admitiendo una investigación para establecer la verdad de esas constancias.

Así, pues, tratándose en la especie de un caso de omisión de *prueba legal* en el trámite procesal, necesaria no solamente para establecer una eventual calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, sino también para determinar si la ofendida estaba realmente facultada para abstenerse de declarar contra el imputado (como lo estableció el *a quo*), esta Sala -con fundamento en la doctrina y jurisprudencia anteriormente citada, y al amparo del artículo 41 de la Constitución Política, que establece el deber de lograr una justicia pronta, cumplida y sin denegación- ordenó enviar mandamiento al Registro Civil para que certificara el correspondiente vínculo matrimonial, si lo hubiera, entre ambos sujetos, a efecto de corroborar la veracidad de la suposición del *a quo* en el sentido de que el imputado era el esposo de la ofendida, presupuesto que sirvió de antecedente a la calificación jurídica del hecho acusado contra el encartado y que desembocó en la sentencia condenatoria aquí impugnada. Y es que aparte de las razones anteriormente esbozadas, debe tomarse en cuenta que de no practicarse esta constatación, podría llegarse a la situación absurda -y contraria a los principios de economía y celeridad procesal- de que no obstante ser el sentenciado **realmente** el esposo de la ofendida, 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 (*fraude a la ley*)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 609-F de las 10,05 hrs. del 22 de diciembre.

42- PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER -Su rechazo solo procede cuando sea evidente o impertinente.

"En el segundo motivo del recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado [...] se reclama la inobservancia de los artículos 106, 144, 395 inciso 2º y 400 inciso 4º del Código de Procedimientos Penales, 71 del Código Penal y 39 de la Constitución Política, por no haber acogido el Tribunal de mérito la solicitud que la defensa hizo durante el debate en el sentido de que se admitiera el testimonio del señor [...] como prueba para mejor resolver. Dicho deponente, según se indica en el recurso, podría corroborar la versión del imputado según la cual él había recibido el dinero marcado a cambio de un billete que él fue a cambiar al Bar [...], así como podría indicar que el encartado no era el administrador de ese establecimiento. Según lo indican las constancias, el *a quo* no admitió la prueba ofrecida alegando que «no encuentra justificación para traer al testigo, el imputado en la instrucción no indicó esa situación y tampoco lo propuso como testigo, por lo que se rechaza la petición de la defensa por extemporánea. Además ese testimonio no es determinante para desvirtuar el hecho acusado» (acta de debate, folios 51 frente y vuelto). Según lo observa esta Sala el Tribunal sentenciador incurrió en una falta sancionada procesalmente con nulidad por los motivos que de seguido se dirán. De las razones apuntadas por el Tribunal para rechazar la prueba ofrecida por la defensa se infiere, a contrario *sensu*, que la probanza habría sido admisible si hubiera reunido todas o algunas de las

siguientes características: **A)** haber sido expuesta la versión del imputado en la instrucción; **B)** que ese testigo se hubiera ofrecido también en la instrucción, y; **C)** que su testimonio fuera determinante para desvirtuar el hecho acusado.

Tales justificaciones son erradas. La primera (A) porque durante la instrucción el imputado no estaba en obligación de decir su versión sobre los hechos, incluso estaba en libertad para abstenerse de declarar, como en verdad lo hizo [...], al tenor de lo dispuesto en los artículos 276 del Código de Procedimientos Penales, 8.2.g. de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) y 36 de la Constitución Política. Si en el presente caso el imputado [...] se abstuvo de declarar en la instrucción, solamente la declaración que éste dio en el debate podía servir para fundar la sentencia: hizo mal el *a quo* al interpretar aquel silencio del acusado en su contra, pues jurídicamente es imposible extraer cualquier conclusión adversa para el imputado del ejercicio de su derecho al silencio total (cuando el imputado se niega simplemente a contestar al conjunto de cuestiones que se le plantean, o bien en el caso de que por toda respuesta se limite a manifestar constantemente y sin más aclaración su inocencia) o parcial (la negativa a responder a determinadas preguntas relacionadas con cualquier aspecto de la acusación): el silencio no quiere decir nada, no supone ni reconocimiento de los hechos ni negativa de los mismos (véase La Defensa Pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno, San José, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente -ILANUD-, 1991, págs. 82 a 83 y ASENCIO MELLADO, José M^º: **Prueba Prohibida y Prueba Preconstituída**, Madrid, Editorial Trivium S.A., 1989, págs. 123 a 125). Respecto al segundo argumento (B) del Tribunal, tampoco este es admisible pues la facultad para el imputado de ofrecer prueba en su defensa no se agota en la instrucción sino que podía ejercitarla incluso durante el debate, ofreciendo prueba para mejor proveer (artículo 387 del Código de Procedimientos Penales), de modo que no podía rechazarla el Tribunal por ser "extemporánea". Finalmente, en cuanto al tercer argumento del *a quo* (C), es totalmente infundado entender que la prueba ofrecida para mejor proveer deba ser necesariamente "determinante para desvirtuar el hecho acusado", por el contrario, el rechazo solamente procede cuando la prueba ofrecida es evidente o manifiestamente impertinente; al respecto es importante tener presente las consideraciones sobre el debido proceso, vinculantes erga omnes, de la Sala Constitucional, para la cual -atendiendo que la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos- es claro que «...tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, **sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria, aun si ofrecida irregular o extemporáneamente**» (el subrayado es suplido, Sala Constitucional, Nº 1739-92 de las 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992). Por las razones expuestas procede declarar con lugar este motivo del recurso, decretando la nulidad de la sentencia impugnada y del debate que la precedió y remitiendo el proceso al competente para la nueva sustanciación que determina la ley."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 418-F de las 9,50 hrs. del 14 de octubre.

43- PRUEBA PERICIAL - Dictamen psiquiátrico recibido por fax - Necesidad de razones científicas o técnicas para separarse de dictamen pericial.

"Si bien en materia penal rige el principio de libertad probatoria, en el sentido de que cualquier hecho puede probarse y por cualquier medio, lo que implica que no debemos sujetarnos a rigurosos formalismos, ello no significa que dejemos de exigir algún signo de autenticidad a un dictamen psiquiátrico supuestamente practicado al imputado por la Sección de Psiquiatría Forense del Organismo de Investigación Judicial, y que aceptemos como tal un documento recibido por facsímil sin ningún signo de autenticidad. También es cierto que la Corte Plena, en Sesión del 26 de julio de 1993, acuerdo LX, dispuso "...acoger la propuesta del Jefe de la Sección de Clínica Médico Forense del Organismo de Investigación Judicial y por consiguiente se autoriza en la forma que se ha indicado, la emisión -vía telefax- de los dictámenes médico legales, **en el entendido de que también deberá enviarse por correo ordinario esos dictámenes a la oficina respectiva...**"- Lo anterior se dispuso así para acelerar la toma de decisiones interlocutorias en un proceso que apenas está en trámite, como por ejemplo definir la competencia, la situación jurídica, y otros aspectos jurisdiccionales que no tienen el carácter de definitivos, con el propósito de ganar tiempo mientras llega al Tribunal el respectivo dictamen original debidamente firmado.

Pero esa autorización no significa que se pueda prescindir del original, y menos que se utilice una copia de fax extraída de un "original" que no contenía ninguna firma ni sello de autenticidad. En consecuencia, el Tribunal Superior de [...] violó las reglas de la sana crítica al estimar que aquel documento (copia extraída de otro documento sin firmar y sellar) constituía un dictamen psiquiátrico oficial, y valorarlo como tal separándose de él, lo que invalida los razonamientos de la sentencia, al extremo de anularla. Además, suponiendo que se obtuviera una copia con signos de autenticidad del dictamen psiquiátrico, con el mismo contenido del facsímil agregado a los autos, debe señalarse, en primer término, que la inimputabilidad total o disminuida para ser exculpante, debe estar presente en el momento de los hechos de conformidad a los artículos 42 y 43 del Código Penal, pero no es tan relevante que dicho estado psicológico se mantenga o se prolongue hasta el momento del juicio, como pareciera concluirlo el Tribunal, al descartar esa situación con base en la observación directa del imputado en el debate. Si bien los dictámenes periciales -de la disciplina o técnica que sean- vinculan a los jueces, para separarse de ellos deben exponerse razones de naturaleza científica o técnica según corresponda, con apoyo en otros informes, en todos aquellos casos en que el juzgador no tenga conocimientos especializados y requiera del auxilio de peritos, como ocurre con la psiquiatría y la psicología.

En otras palabras, para separarse y contradecir un dictamen de la Sección de Psiquiatría Forense del Departamento de Medicina Legal que concluye que un sujeto "...presenta un estado en el cual sus capacidades mentales superiores están disminuidas (imputabilidad disminuida)...", no basta la simple percepción de los juzgadores y la opinión personal que se hayan formado del imputado por el sólo hecho de haberlo visto durante el juicio. El Tribunal de Juicio concluye con certeza que el

sujeto sí tiene capacidad para comprender el carácter ilícito de sus actos sin ninguna disminución, porque durante el debate contestó las preguntas el sobre los hechos de determinada manera. Para separarse de un dictamen de esa naturaleza se requiere una explicación científica y no una simple intuición, sustentada en otros informes o pericias, salvo que los juzgadores posean además los conocimientos científicos idóneos para evaluar psiquiátrica y psicológicamente al encartado, condición que los jueces no dicen tener. Mas grave se torna la situación de este caso al apreciar que el tribunal toma elementos derivados de la declaración de los policías intervinientes en la aprehensión, también para separarse de lo que podría ser un criterio científico emitido por los psiquiatras forenses, criterio que de cualquier manera deberá obtenerse con signos de autenticidad. En un caso como el presente, si el Tribunal tiene dudas sobre la conclusión pericial, puede ordenar la ampliación de los dictámenes, o pedir se hagan otros con nuevos peritos, o solicitar que éstos concurren al debate para evacuar todas las dudas que al respecto pueda surgirle."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N^o 368-F de las 9,40 hrs. del 23 de setiembre.

44- PRUEBA PERICIAL - Violación al derecho de defensa por negativa de autoridades administrativas del Poder Judicial a aprobar honorarios de perito.

"Como primer motivo de forma se acusa falta de fundamentación del fallo de mérito y violación al derecho de defensa, con cita de los artículos 39 de la Constitución Política, 106, 395.2, 395.3 y 400.4 del Código de Procedimientos Penales. Entre otras cosas el reproche se sustenta en que el peritaje rendido por el doctor [...] refiere la coincidencia de características entre las huellas encontradas en el cuerpo de la víctima y la dentadura del imputado, pero no se concretan dichas características lo que -en opinión del recurrente- causa indefensión.- La Sala evidencia que en la fundamentación del fallo se tomó en consideración el dictamen del odontólogo forense, que aparece al folio 116 y que se incorporó al debate mediante lectura. Dicho dictamen dice en su totalidad que **"existen muchas características que indican que (el imputado) es el presumible mordedor de la señora [...]"** [...]. Esta prueba fue concluyente para atribuirle al imputado la autoría de la violación y del homicidio de la señora [...].-

En su oportunidad el defensor público del imputado, licenciado [...], impugnó ese peritaje, formulando una gestión para que el contenido de ese brevísimo dictamen incriminante fuera adicionado y ampliado, con el propósito de que -como lo exige la ley- se señalara cuáles fueron los procedimientos utilizados y las razones para concluir que el imputado era "el presumible" mordedor de la ofendida, solicitud que se presentó el 18 de junio de 1993 [...]. Esa gestión fue acogida por el órgano instructor, el que solicitó una ampliación del peritaje mediante nota recibida en el Departamento de Medicina Legal el 28 de junio siguiente [...]. Sin embargo no aparece en los autos que esa solicitud se hubiere evacuado. Una vez elevada la causa

a juicio, el Tribunal acepta como prueba, para incorporar al debate mediante lectura, aquel dictamen odontológico impugnado. Por ese motivo de nuevo el defensor público del imputado, licenciado [...], presenta incidente de nulidad el 24 de enero de 1994 [...]. Esa incidencia la reitera el defensor privado del imputado, licenciado [...], el día que inició el debate, el 26 de enero de 1994. Ante ello ese mismo día el Tribunal Superior acoge la solicitud para que se amplíe el dictamen odontológico y pospone la celebración del debate para otra fecha que establecerá en el futuro, cuando logre realizar la ampliación del dictamen (véase resolución [...] y solicitud de ampliación [...]). A partir de entonces comienza una situación que concluyó en un serio vicio de procedimiento, ante la negativa de las autoridades administrativas del Poder Judicial en aprobar los honorarios que resultaban indispensables para que la pericia se ampliara, impidiéndose así el descubrimiento de la verdad y además afectándose los derechos de defensa y debido proceso. En efecto, el doctor [...], en su condición de Jefe de la Sección de Clínica Médico Forense le comunica al Tribunal que el perito odontólogo Dr. [...] fijó sus honorarios para ampliar esa pericia en la suma de cincuenta mil colones, pero que la Dirección Administrativa (sic) había aprobado únicamente un gasto de cuatro mil colones, y que por ello no se podía atender la solicitud del Tribunal (véase los oficios de la Sección de Clínica Forense [...]).- Ante la imposibilidad de conseguir esos 46.000 colones restantes, el Tribunal mediante resolución del 28 de abril de 1994 no tuvo otra alternativa que prescindir de la ampliación del dictamen médico, aduciendo que no se había autorizado el gasto (resolución del Tribunal [...]).

Es evidente que la solicitud para que se ampliara y adicionara el dictamen odontológico resultaba pertinente, pues la pericia se limitó a realizar una afirmación en una nota muy breve suscrita por el Dr. [...]. Tanto el artículo 249 del Código de Procedimientos Penales, como el artículo 57 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial establecen que el dictamen pericial debe incluir, necesariamente, una amplia explicación del procedimiento utilizado para practicar la pericia y los fundamentos de sus conclusiones. Concretamente disponen que el peritaje debe contener: "1) La descripción de la persona, cosa o hecho examinado, tal como hubieran sido hallados; 2) Una relación detallada de las operaciones, de su resultado y la fecha en que se practicaron; y 3) Las conclusiones que formulen los peritos"; y el artículo 252 del Código de Procedimientos Penales reitera el derecho de los peritos a cobrar sus honorarios, normas que evidentemente se incumplen en la pericia que se solicitaba ampliar y aclarar.

Es evidente que la Dirección Ejecutiva obstaculizó el cumplimiento de esas disposiciones legales, e impidió respetar los derechos de defensa y del debido proceso, así como el principio de justicia y de averiguación de la verdad establecidos en la Constitución y la ley (artículos 35, 37, 39 y 41 de la Constitución Política; 1, 170.3, 185, 198, 265 y 369 del Código de Procedimientos Penales; y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), al fijar un monto muy bajo de honorarios al extremo de no permitir que el peritaje se ampliara en los términos que lo solicitaron la defensa, el Juez Instructor y finalmente el Tribunal Superior que debió fallar el caso. Es cierto que el inciso 3º del artículo 88 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial señala que corresponde a la Dirección Ejecutiva "....autorizar

los gastos que deban realizarse en las oficinas judiciales, con motivo de peritajes... cuando ese gasto corresponda al Poder Judicial..."; pero es obvio que ese deber de la Dirección Ejecutiva no está por encima de los otros principios constitucionales aludidos, pues la fijación de los honorarios debe hacerla la Dirección Ejecutiva siguiendo "...la ley, el reglamento y las directrices que la Corte, el Presidente del Consejo o éste le indiquen...", como lo señala el propio artículo 88 en su encabezado. Tratándose de fondos públicos la Dirección Ejecutiva debe impedir los abusos y los excesos en este campo, de ahí que exista la necesidad de una autorización previa del gasto para que un Tribunal pueda nombrar un perito bajo este sistema. Desde ese punto de vista la Dirección fiscaliza la contratación del perito y vigila que no se cometan abusos en la fijación de los honorarios. Pero ello no significa que pueda impedir la realización de una pericia al fijar un honorario que imposibilite del todo -como ocurrió en este caso- contratar un perito para que realice la prueba. Si surgen problemas para la contratación de un perito en virtud de la fijación de un bajo honorario realizado por la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, es responsabilidad de ésta coadyuvar con el Tribunal hasta que se consiga a una persona idónea que pueda practicar la prueba que se desea, y si es del caso rectificar hasta donde las circunstancias y la complejidad del caso, así como los conocimientos técnicos y la preparación que deba tener el perito lo requieran. Por lo expuesto debe concluirse que se han violado los derechos de defensa y debido proceso, así como los principios de la averiguación de la verdad y de justicia, al no poderse ampliar una prueba de carácter esencial para la solución del presente asunto. En consecuencia debe declararse con lugar el primer motivo del recurso, anular la sentencia y el debate que la precedió, y ordenar el juicio de reenvío, luego de que se practique la prueba solicitada por la defensa, para lo cual la Dirección Ejecutiva debe aprobar los honorarios indispensables y justos con ese propósito. Con lo anterior la Sala no prejuzga sobre la inocencia o la culpabilidad del sentenciado."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 586-F de las 10,45 hrs. del 21 de diciembre.

45- RECURSO DE CASACION - Consideraciones sobre su verdadera función - Consulta sobre carácter inconstitucional de limitaciones para interponerlo.

"Tradicionalmente y en aplicación irrestricta del principio de taxatividad de los recursos (artículos 447, 458 y 479 [del Código de Procedimientos Penales]), en esos supuestos no se ha admitido al Ministerio Público recurrir en casación, sin embargo con base en otros principios de mayor relevancia, que de seguido se expondrán, considera esta Sala que esas limitaciones objetivas impuestas al órgano requirente para formular recurso de casación, podrían ser inconstitucionales. lo que justifica formular una consulta a la Sala Constitucional. Inconveniencias prácticas para los sujetos del proceso derivadas de las limitaciones del Ministerio Público para recurrir en casación. En efecto,

varios son los inconvenientes prácticos que deben apuntarse a las limitaciones contenidas en el artículo 473 del Código de Procedimientos Penales, en cuanto señalan determinados montos y tipos de penas, para que pueda admitirse el recurso de casación del Ministerio Público, que afectan a distintos sujetos del proceso, tanto el acusado como la víctima. a) Por un lado, se afecta al imputado, porque tales limitaciones han obligado a los fiscales a solicitar, al final del debate, la imposición de penas más altas de las que podrían estimar como aplicables para el caso, según los parámetros del artículo 71 del Código Penal, con el único fin de mantener abierta eventualmente la puerta de la casación.

En otras palabras esas limitaciones se han revertido incluso contra el propio acusado, puesto que el representante del Ministerio Público se ve "obligado" por imperativo legal a solicitar penas más allá de la que podrían estimar como razonable para el caso, con el único propósito de mantener abierta la potestad de recurrir en casación. b) Pero también, por otro lado, desde luego que las limitaciones legales referidas afectan a la víctima en la medida en que el encargado de llevar adelante el ejercicio de la acción penal (exclusivamente), no puede recurrir en casación a reclamar reparo frente a posibles arbitrariedades del Tribunal o de los otros sujetos del proceso, sólo porque en el caso concreto no solicitó cierto tipo y cierta cantidad de pena. La afectación se traslada a la víctima en un doble sentido. b1) Primero porque también de la declaratoria del hecho delictivo depende su posible indemnización civil, de modo que obstaculizándose el ejercicio de la acción penal también se obstaculiza el ejercicio de la acción civil; y, b2) en segundo lugar, porque el interés de la víctima en el proceso penal no debe centrarse exclusivamente en el problema resarcitorio.

Son muchas las ocasiones en que los intereses de los afectados con el hecho delictivo no se circunscribe a lo pecuniario, sino a la necesidad de que el Estado, como encargado también de la potestad punitiva, reaccione frente a una persona que agredió a aquella víctima, aplicando la sanción correspondiente, o sometiendo al agresor a algún tipo de medida que de alguna manera constituya una garantía de que no continuará realizando ese tipo de conducta lesiva para los derechos básicos de esa víctima. Piénsese, por ejemplo, en los menores agredidos por sus padres o encargados de su custodia, o en los agredidos sexualmente (por lo general menores y mujeres), cuyo interés en el proceso no podría centrarse en el aspecto pecuniario. Pero también, piénsese en los delitos que afectan bienes jurídicos colectivos o difusos, donde no se visualiza en concreto una sola víctima, sino que se afecta a la colectividad, como ocurre con los delitos ecológicos, o los delitos de corrupción administrativa, sólo para citar algunos, pues en estos casos es evidente que la colectividad tiene interés en el proceso, pero dicho interés no podría centrarse exclusivamente en el aspecto pecuniario. (Véanse los interesantes trabajos de ESER, ALBIN. *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*; de HIRSCH, HANS JOACHIM. *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal*; y de MAIER, JULIO. *La víctima y el sistema penal*; todos publicados en "De los delitos y de las víctimas", editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 13 ss; 91 ss; y 183 ss.). En este sentido manifestó con acierto la Sala

Constitucional que "...las nuevas tendencias mundiales en materia penal buscan rescatar el papel de la víctima y el damnificado a través de mecanismos que les permitan defender sus intereses en forma adecuada, dentro y fuera del proceso penal, aún sustituyendo al Ministerio Público en los casos en que éste -por razones de oportunidad o legalidad- estime que no debe continuarse con la investigación de la acción atribuida..." (Sala Constitucional, sentencia N° 5751-93, 14:39 hrs., 9 noviembre de 1993). En consecuencia, es importante tener presente que los obstáculos innecesarios al derecho de recurrir del Ministerio Público afectan también esos intereses, máxime cuando no existe justificación alguna para mantenerlos. En la "**Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder**" (Recomendada, para adopción, por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985) se señala "... 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad.

Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.- 5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.- 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:... c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial...". Estos principios -como se expone de seguido- se transforman en problemas jurídicos que afectan derechos fundamentales, y justifican formular la presente consulta de constitucionalidad. **La justicia del caso concreto, el derecho a la jurisdicción, el acceso a la justicia penal y la apertura de la casación.** El recurso de casación en Costa Rica ha sufrido grandes transformaciones en los últimos años, luego de todo un proceso que nos obligó a ajustarlo tanto a la Constitución Política, como a las convenciones internacionales de Derechos Humanos. Tradicionalmente se afirma que la casación es un contralor de la mera legalidad, que busca uniformar la aplicación del derecho y la jurisprudencia en un determinado sistema jurídico, de ahí su carácter esencialmente formal. Sin embargo, como ya ha expuesto esta misma Sala (en **Sentencia N° 158-F de 8:55 hrs. 20 mayo 1994**) para la casación hoy se reconoce también como indispensable la búsqueda de la **justicia en el caso concreto**, según el cual los criterios meramente formales deben ceder a la necesidad de controlar por razones de justicia la función jurisdiccional de los tribunales de instancia, sobre todo en un sistema como el costarricense de única instancia, donde no se admite el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, y por consiguiente, donde el sistema debe permitir ejercer algún tipo de control sobre la forma en que los juzgadores emitieron su criterio con base en los elementos de prueba reproducidos oralmente en el debate. La justicia del caso concreto constituye una necesidad básica que se sustenta en

los artículos 27 y 41 de la Constitución Política; en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre; en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); en el aparte 6 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura (Adoptados por el Séptimo Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y conformados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985); y, finalmente, en el artículo 5 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigen justicia, pero bien cumplida, pronta y obligatoria. Desde luego el quebranto de estas disposiciones por una ley resultaría inconstitucional, como bien lo expone la jurisprudencia al señalar que "...los artículos 1º y 73 inc. d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 48 de la propia Constitución reconocen, como parámetros de constitucionalidad, tanto las normas como los principios, y tanto de la Constitución misma como del Derecho Internacional vigente en Costa Rica, de manera que si de alguna de dichas fuentes cupiera deducir la existencia del derecho fundamental que se invoca, la disposición cuestionada, o su interpretación, serían efectivamente, inconstitucionales en la medida en que lo nieguen o excluyan..." (Sala Constitucional, sentencia N° 300-90). Específicamente, en lo que al recurso de casación se refiere, este principio es descrito muy bien por la doctrina moderna, al afirmarse que "...la unidad de la aplicación del Derecho no puede ser el único fin de la casación, pues la igualdad y la seguridad jurídica no son los únicos valores que se deben tomar en consideración.

La justicia y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tienen igual rango...La casación, como todo recurso, también, y con no menos intensidad, debe perseguir un fin de protección contra la arbitrariedad. Ello significa que, allí donde los medios de que dispone el Tribunal de Casación se lo permitan, éste tiene el deber de sancionar la arbitrariedad..." (BACIGALUPO, ENRIQUE. *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, editorial Had-Hoc, Buenos Aires, 1994, pp. 47 y 48). Podríamos señalar que ese principio constituye un verdadero complemento del derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia, también garantizados en nuestra Constitución Política (arts. 27 y 41) y en las normas de Derecho Internacional antes citadas. Sin embargo la exclusión del ciudadano en el ejercicio de la acción penal por un delito de acción pública, no elimina su derecho a la jurisdicción (al respecto véase CAPPELLETTI, MAURO. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, en "Le azioni a tutela di interessi collettivi", Cedam, Padova, 1976, pp. 199 ss; y GIARDA, A. *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 249 ss.) Si bien cada delito lesiona directamente a la colectividad, ésta como parte social lesionada tiene interés en que el delito no quede oculto o sin sancionar, y que el Estado no permanezca inerte para el mantenimiento del orden jurídico. Lo anterior significa que en el proceso penal también deben respetarse y

garantizarse los derechos de la víctima, impidiendo obstáculos innecesarios o injustificados para que el órgano requirente pueda continuar el ejercicio normal de la acción penal, como sería en parte el derecho a formular los recursos legales contra las resoluciones arbitrarias. Paralelamente a los principios de la **justicia del caso concreto, el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia penal**, también se reconoce como presupuesto de esos principios la necesidad de establecer un claro criterio de **total apertura de la casación**, como medio para lograr los primeros. Con base en estos postulados ha sido posible desformalizar la admisibilidad del recurso, por un lado, y ha obligado a la casación a pronunciarse sobre el fondo de los alegatos, por el otro, sin posibilidad de rechazarlos ad-portas, con el fin de que constituya un adecuado control de la arbitrariedad. Este criterio de apertura de la casación ha sido delineado por la **Sala Constitucional**, en diferentes fallos y en relación con los distintos sujetos del proceso (imputado, actor civil, querellante), a quienes poco a poco ha venido ampliándoles la posibilidad de recurrir en casación. Ya en las resoluciones N° 282 de 17 hrs. de 13 de marzo de 1990 y N° 719 de 16:30 hrs. de 26 de junio de 1990, dicha Sala señaló entre otras cosas, que **"el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al Tribunal de Casación examinar la validez de la sentencia recurrida..."**. De acuerdo con estos principios, vinculantes erga omnes, deben removerse todos los obstáculos formales innecesarios que impidan a la Sala de Casación conocer de un determinado asunto fallado. Paralelamente, también esa apertura debe mantenerse para respetar el principio constitucional del debido proceso, como bien lo expone la Sala Constitucional al afirmar que **"... un importante derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine, por vía de recurso, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación..."** (Sala Constitucional, Sentencia N° 300-90) Todos esos principios podrían verse limitados al exigirse determinados montos y clases de penas para que el Ministerio Público pueda recurrir en casación, razón por la cual nos permitimos formular la consulta conforme se expone al final. **Los principios de igualdad y proporcionalidad entre los distintos sujetos procesales**. Entendemos que no es posible lograr una equiparación absoluta entre las funciones que desempeñan en el proceso los distintos sujetos.

Por ejemplo observamos que se justifican, desde el punto de vista sustantivo y constitucional, las distintas funciones atribuidas al Ministerio Público en las primeras fases del procedimiento, tales como las tareas de investigación para preparar su requerimiento, que lógicamente no podrían otorgársele a la defensa. Las funciones procesales de cada sujeto no pueden ser idénticas en virtud de que no siempre defienden los mismos intereses, y la dinámica del proceso gira precisamente alrededor de esa diversidad de obligaciones. Sin embargo, ello no significa que puedan realizarse válidamente distinciones innecesarias o sin sustento alguno, máxime cuando se trata de la posibilidad de reclamar y obtener reparo ante el superior

frente a las arbitrariedades realizadas por el propio Tribunal o alguno de los demás sujetos del proceso, como sucede en el tema de los recursos. En efecto, claros principios constitucionales prohíben realizar distinciones arbitrarias e innecesarias en circunstancias en que no existen bases razonables para hacerlo. Lo anterior, como se dijo, no significa que los sujetos del proceso deban estar total y matemáticamente equiparados. Por el contrario, del mismo principio de igualdad y proporcionalidad constitucionales deriva la necesidad del tratamiento diferenciado en circunstancias justificadas y desiguales. El problema que aquí se plantea, y que podría constituir un quebranto de la Constitución, es hacer un distingo entre los poderes procesales atribuidos a la defensa, al imputado, al actor civil, al demandado civil, y al querellante por un lado, en relación con los del Ministerio Público, en lo que se refiere a la posibilidad de recurrir en casación. En efecto, las limitaciones legales que existían para que los distintos sujetos procesales pudieran recurrir en casación se han venido eliminando, al extremo de que hoy prácticamente sólo se mantienen para el Ministerio Público, creándose así una situación de desigualdad y desproporcionalidad totalmente injustificada y en consecuencia lesiva de los principios y normas constitucionales e internacionales antes citadas. (En argumento véase GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Editorial Colex, Madrid, 1990, en especial pp. 223 ss y 311 ss). Estos principios también son reconocidos por nuestra Constitución Política (art. 33), así como por normas de Derecho Internacional aplicables en Costa Rica (artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), normas que podrían verse disminuidas o afectadas ante las limitaciones del Ministerio Público para recurrir en casación. Para apreciar esta desigualdad obsérvese que **en relación con el imputado y la defensa** la Sala Constitucional declaró inconstitucionales las disposiciones legales que limitaban el derecho a recurrir en casación, cuando se establecían determinados tipos y cantidades de pena para que pudiera interponerse el recurso (resoluciones N° 282 de 17 hrs. de 13 de marzo de 1990 y N° 719 de 16:30 hrs. de 26 de junio de 1990). Estas posibilidades se le amplían, por imperativo legal también al **demandado civil** (según lo ordenan los arts. 79 y 476 del Código de Procedimientos Penales) y al **querellado** (arts. 428 ss. ibídem).- Por otra parte, **en relación con el actor civil** la Sala Constitucional ha estimado inconstitucionales algunas limitaciones que impedían a este sujeto procesal recurrir en ciertos supuestos, ampliándole la posibilidad de combatir en casación las resoluciones y actuaciones judiciales adversas a sus intereses (sentencias No. 5752-93, de 14:42 hrs. del 9 noviembre 1993 y N° 5751-93, de 14:39 hrs. 9 de noviembre de 1993). Finalmente, **en relación con el querellante**, el Tribunal Superior de Casación Penal (órgano jurisdiccional que conoce en casación prácticamente de todos los delitos de acción privada en los que figura el querellante) estimó que algunas limitaciones legales de dicho sujeto procesal para recurrir en casación (limitaciones iguales a las que ahora se consultan a la Sala Constitucional en relación con el Ministerio Público), son inconstitucionales y por ello

las desaplicó (Véanse las resoluciones de ese Tribunal N° 083-A-94 de 11:45 hrs. del 28 de abril de 1994; y 136-A-94 de 11:48 hrs. de 8 de junio de 1994). Como puede apreciarse, a todos los sujetos del proceso, con justificada razón, se le han eliminado las limitaciones absurdas para recurrir en casación, excepto al Ministerio Público, lo que afecta los principios de igualdad y proporcionalidad, además de los otros principios constitucionales antes citados, que recogen tanto la Constitución como el Derecho Internacional aplicable en Costa Rica. En la resolución 83-A-94 el Tribunal Superior de Casación expresa, con acertado criterio, que "... el control de constitucionalidad de las leyes, de acuerdo a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no sólo comprende la descalificación de normas o actos violatorios de la Carta Magna, sino la interpretación de normas constitucionales o infraconstitucionales (Artículo 1º y 2º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.) La actividad impugnativa en nuestro derecho tiene como objetivo básico la corrección de errores o defectos del proceso.

Si los actos son irregulares o injustos, se habrá distorsionado la finalidad común, poniendo en evidencia un vicio que se traduce en injusticia o ilegalidad, y por ello mismo incorrección o defectuosidad del actuar procesal. Por esa razón los medios de impugnación se erigen como lógicos correctivos para subsanar los vicios e irregularidades. Una mayor justicia es connatural a nuestro sistema de procedimientos. Puede entonces afirmarse sin ambages que el doble grado de jurisdicción constituye un principio constitucional, haciéndole integrar directamente en el principio del debido proceso legal, además del acceso a la justicia y al principio de igualdad (Artículos 33, 39 y 41 de la Constitución Política; Artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). El establecimiento de limitaciones excesivas y desiguales no son propias de un estado de Derecho, dentro de la necesidad de que existan controles para los actos de los órganos detentadores del poder. Todos los que ingresen en juicio deben tener, en igualdad de condiciones, la posibilidad de promover las impugnaciones que estimen necesarias y pertinentes, de acuerdo a las regulaciones de carácter ritual que merezcan ser instauradas. En ese sentido apunta certeramente Vescovi que "si tal posibilidad estuviere reservada solamente a algunos, ese privilegio, en cuanto a otros estaría vedando ese derecho, no pudiendo recurrir o recurriendo solamente al propio órgano del cual emanó la sentencia, se estará, de alguna manera, no respetando el principio constitucional de isonomía". (LOS RECURSOS JUDICIALES Y DEMAS MEDIOS IMPUGNATIVOS EN IBEROAMERICA. Vescovi, Enrique. Edición Depalma. Buenos Aires, 1988, p. 27). Y es que no hay duda que el sistema procesal está en clara simbiosis con la organización política del Estado. El enjuiciamiento penal debe ajustarse en definitiva al régimen político dominante "o, si se quiere, con la ideología que funda la organización política" (Cfr. DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO. Julio B.J. Maier. Ed. Hammurabi S.R.L. Buenos Aires, 1989 T. I. vol. a). p. 195), porque, como apunta este connotado jurista "el derecho procesal penal de hoy en día es, desde uno de los puntos de vista principales, Derecho Constitucional reformulado o Derecho Constitucional reglamentado".

(Idem. Vid. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO PENAL. Armijo Sancho, Gilberth, Editec Editores S.A. San José, 1992 pp. 31). Nuestra Sala Constitucional en sentencias números 1739-92 de 11:45 horas del 1º de julio de 1992 y 3495-92 de 14:30 horas de 19 de noviembre de 1992, acuerda que aquellas normas, actos o decisiones que se consideren absurdas, dañinas o injustas, no pueden estar en consonancia con la ley...". Todos esos argumentos constitucionales, jurisprudenciales y doctrinarios hechos por el Tribunal Superior de Casación respecto del querellante, son también aplicables en relación con el Ministerio Público, incluso con mayor trascendencia porque este sujeto representa no sólo a la víctima sino a la entera colectividad que de alguna manera es lesionada también con el hecho delictivo, y en cuyo caso esos intereses no deben ser discriminados sin justificación alguna al confrontarlos con los derechos y posibilidades de los demás sujetos del proceso en un tema tan sensible como el derecho a los recursos. Ya la Sala Constitucional estimó lesionados los principios aludidos en relación con el actor civil, al afirmar entre otras cosas que "...si la función primordial de la justicia constitucional es la de buscar la solución más justa interpretando y aplicando las normas dentro del contexto de un sistema democrático de derecho, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona e igualdad de trato y oportunidad, no puede más que fallarse este caso, a favor de los intereses de la víctima u ofendido, para concederle la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad, los recursos tendentes a lograr la defensa de sus intereses. Además el artículo 41 de nuestra Constitución, según lo ha expuesto ya la jurisprudencia constitucional, establece un conjunto de principios básicos a los cuales los individuos y el Estado deben ajustar su actuación en el ámbito de la justicia y como señala que las personas han de encontrar reparación para las injurias o daños, claramente se está disponiendo que las leyes deben orientar la tutela de los derechos quebrantados mediante normas que, por una parte regulen o amparen el derecho de cada uno, y por otra, establezcan los instrumentos procesales adecuados para que las personas tengan acceso a la justicia y la obtengan de comprobarse el agravio..." (Sala Constitucional, sentencia Nº 5751-93). Falta únicamente aplicar esos mismos principios constitucionales también al Ministerio Público y por ello se formula la consulta. **La independencia del Juez Penal y el contradictorio.** En la experiencia costarricense, con la aparición del Ministerio Público, al menos como un órgano potenciado de poderes y deberes y como portador del interés público en la aplicación de la ley penal, la función del juez viene a separarse más de aquella asumida por el acusador. En el anterior e inquisitivo proceso, el juez terminaba asumiendo el rol de acusador porque en la práctica se encontraba solo frente al imputado.

En el sistema procesal vigente, un órgano público asume el ejercicio de la acción con base en la posibilidad de que un sujeto pudo haber violado el ordenamiento penal, y a tal actividad se contraponen la defensa, ante la posibilidad de que pueda lesionarse el derecho de libertad del imputado, con todas sus garantías, por medio de una errónea aplicación de las normas penales y procesales. La actividad requirente del Ministerio Público, que resulta imprescindible para poner en movimiento la maquinaria jurisdiccional, garantiza la independencia y la imparcialidad del juez, porque este último no debe asumir más la función de parte. "La separación de las funciones de

acusar y de juzgar -observa Vélez Mariconde- asegura la máxima objetividad e imparcialidad del órgano que ejerce la jurisdicción...A esto se agrega, ciertamente, un principio racional que emana de la propia idea de justicia: para que ésta triunfe es preciso que sea administrada por una persona distinta de la que hace valer la pretensión jurídica sobre cuyo fundamento debe ella pronunciarse"(VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Lerner, Buenos Aires, 2ª edición, tomo II, pág. 295. Véanse también CAVALLARI, Vincenzo. *Principio del contraddittorio. Diritto Processuale Penale*, Eiclopedia del Diritto, Milano, 1961, vol. IX, pp. 728 ss. y CONSO, Giovanni. *Considerazioni in tema de contraddittorio nel processo penale italiano*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1966, pp. 405 ss.). Se instaura así, en su lugar, el contradictorio como requisito esencial para una recta administración de la justicia penal. Tan importante es esta exigencia, que donde falte la posibilidad de contradecir, sea para el imputado como para el Ministerio Público, el juez normalmente no puede examinar el mérito de la causa. La ventaja del monopolio estatal en el ejercicio de la acción -observa Gómez Orbaneja- es la de prevenirse ante la pasividad, la impotencia o la corrupción del privado, pero al mismo tiempo se renuncia a la contribución de su iniciativa y de su actividad; por esto, agrega ese autor, el complemento imprescindible de este sistema es el principio de la obligatoriedad de la acción; de lo contrario, implicaría dejar en cada caso concreto la acusación (y por tanto, la actuación de la ley penal) el arbitrio de aquel que monopoliza la función (GOMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Penal*. Agesa, Madrid, 1975, 8ª ed., p. 79). En efecto, para diferenciar la función del acusador de la del juez, no basta crear un órgano público al cual conferir el ejercicio de la acción; es necesario, además, atribuirle un preciso deber de actuar ante los presupuestos legales, porque los particulares no pueden sustituirlo y porque los intereses tutelados por las normas penales tienen siempre un carácter público y social, aún cuando la lesión afecte a un determinado individuo. El contradictorio (y con él la independencia y la imparcialidad del juez) puede considerarse eficaz en aquellos casos en que el Ministerio Público no tenga la posibilidad de sustraerse al cumplimiento de su función requirente, por la sola razón de que ella le parezca inoportuna, o bien cuando esta función es obstaculizada por normas legales que no tienen ningún sustento, como ocurre con las limitaciones para recurrir en casación. La obligatoriedad del ejercicio de la acción en general y el ejercicio de los recursos en particular, encuentran, entonces, uno de sus fundamentos en el contradictorio y en la independencia del juez penal. La exigencia señalada como base de la obligatoriedad de la acción, es que el Estado cuando acuse no juzgue y cuando juzgue no acuse. También el Ministerio Público, observa Sabatini, "tiene la obligación de someterse a la jurisdicción, para poner el interés del cual él es el portador, al mismo nivel en que se encuentra el interés del cual es portador el sujeto contra quien se ejercita la potestad punitiva. Para tal fin el orden jurídico impone al Ministerio Público el deber de ejercitar la acción penal para investir al órgano jurisdiccional de la potestad punitiva" SABATINI, Giuseppe. *Il pubblico ministero nel Diritto Processuale Penale*. Ed. Quartara, Torino, 1948, vol. II, p. 135). Esta situación de contraste tiene una precisa finalidad de justicia: coloca al juez en posición imparcial e independiente

respecto de los sujetos que asumen el rol de partes.

Pero el aspecto decisivo continúa siendo que el Ministerio Público no pide la actuación de la ley en nombre propio, ni ejercita un derecho potestativo de acción; no tiene, por así decirlo, un poder decisorio discrecional. "La independencia del juez -se afirma acertadamente- es cuestionada muy a menudo, pero a pesar de esas críticas, muy importantes por cierto, debe reconocerse que un Poder Judicial que carezca de una independencia jurídicamente garantizada tiene una incapacidad absoluta para impartir justicia y realizar el principio de seguridad jurídica" (CRUZ CASTRO, Fernando. *Observaciones y críticas sobre la incipiente política criminal del subsistema judicial, en Revista Judicial N° 26, San José, 1983, p 38*). Pues precisamente en tal sentido también es posible ubicar el principio de la obligatoriedad, en la medida en que éste garantiza no sólo que la acción penal se ejercite, sino además que sea ejercida en tal forma que el órgano jurisdiccional pueda tomar una decisión, con absoluta independencia de criterios políticos y discrecionales, y del criterio, incluso, de las partes (véase el trabajo **La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense**. Ijsa, San José, 2ª edición. 1992, en especial **Cap. III, pp. 75 ss.**)- Esos principios tienen un claro sustento constitucional, pues además de las normas ya citadas en los Considerandos anteriores, se encuentran recogidos en los **artículos 9, 11, 152, y 154 de la Constitución Política**; y en los **artículos 1, 2 y 6 de los "Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura"** (Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y conformados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985). En consecuencia, todos esos principios de claro sustento constitucional también vienen a ser disminuidos cuando normas legales imposibilitan al Ministerio Público, en forma injustificada, continuar ejerciendo la acción penal, en uno de los momentos procesales más importante como resulta ser la fase final, es decir cuando el representante de la comunidad estima que deben removerse actuaciones y actos procesales arbitrarios, interponiendo el recurso de casación. Existen tres momentos cruciales por los que recorre el ejercicio de la acción penal atribuido al Ministerio Público, que no deben obstaculizarse en forma innecesaria: a) la fase inicial, es decir cuando comienzan las primeras investigaciones; b) el momento en que se prepara y se notifica (intima) la de acusación; y c) la fase final, cuando se formulan los recursos contra la sentencia y los autos que pongan fin al proceso, constituyendo este último uno de los vitales momentos procesales en que debe permitírsele al órgano requiriente poder actuar sin obstáculos innecesarios, como resultan ser las limitaciones objetivas que consultamos ante la Sala Constitucional (Respecto de los intereses que hace valer el Ministerio Público en casación véase la reciente tesis de **VILLAVICENCIO CEDEÑO, Leonardo. El interés para impugnar en el recurso de casación del Ministerio Público. Facultad de Derecho, UCR, San José, 1984, en especial pp. 44 ss.**)

Alcances de la consulta. El artículo 473 del Código de Procedimientos Penales dispone literalmente:

"Artículo 473.- El Ministerio Público podrá

interponer el recurso contra:

1) La sentencia de sobreseimiento, confirmada por el Tribunal de Apelación, o dictada en única instancia por el Tribunal de Juicio, **si el delito imputado estuviere reprimido con pena mayor a tres años de prisión o de inhabilitación o de ciento ochenta días multa;**

2) La sentencia absolutoria del Tribunal de Juicio, **cuando hubiera requerido la imposición de una pena que exceda los límites señalados en el inciso anterior, o si aquélla fuera del Juez Penal, cuando la pena pedida sea superior a seis meses de prisión o un año de inhabilitación, o sesenta días multa;**

3) La sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio, **cuando la diferencia entre la pena impuesta y la pedida sea mayor a tres años de prisión o de inhabilitación, o sesenta días multa, o la sentencia condenatoria dictada por el Juez Penal, cuando esa diferencia exceda de seis meses de prisión o inhabilitación, o de veinte días multa;**

4) Los autos mencionados en el artículo anterior; y

5) La sentencia que resuelva la acción resarcitoria, si el actor civil hubiera podido recurrir."

Los suscritos nos permitimos consultar concretamente, si los condicionamientos a cierta clase y cantidad de penas que aparecen en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 473 del Código de Procedimientos Penales (párrafos que aparecen subrayados en la anterior transcripción), son contrarios a los principios constitucionales y de Derecho Internacional (contenidos en la legislación, doctrina y jurisprudencia citada en los considerandos anteriores), en virtud de que ese tipo de limitaciones no existe para ninguno de los otros sujetos del proceso, y además por no encontrarse ninguna justificación válida para realizar esa distinción. Con ello entendemos que la norma consultada contiene también otras limitaciones de carácter objetivo para formular el recurso de casación, como resulta ser el que sólo pueda interponerse contra sentencias o resoluciones finales dentro del proceso, limitación que sí existe también para los demás sujetos del proceso, incluido el imputado y la defensa. Como bien lo ha expresado la Sala Constitucional, "...no contraviene el derecho fundamental al recurso contra la sentencia (condenatoria) a favor del imputado por delito, el hecho de que el derecho a recurrir en materia penal, en general, se limite a los casos expresamente previstos, conforme al artículo 447 siempre que, como ahora se resuelve no se restrinja respecto de la sentencia; tampoco contraviene ese derecho fundamental el que se restrinja o condicione respecto de otros actos procesales diversos de la sentencia (artículo 454); o el que se prevea su rechazo cuando sea inadmisibles o manifiestamente improcedente (artículo 458); o, finalmente el que, se limite el recurso de casación a las sentencias definitivas o a los autos con carácter de tales (artículo 472)...". (Sala Constitucional, sentencia N° 719-90).- Por esa razón, la duda sobre la constitucionalidad del artículo 473 del Código de Procedimientos Penales la tenemos los suscritos Magistrados sólo respecto de las limitaciones referidas a ciertos montos y tipos de pena (párrafos subrayados en la transcripción), pero no respecto de las demás limitaciones objetivas contenidas en esa norma."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 182-A de las 9 hrs. del 11 de noviembre.

46- RECURSO DE CASACION - Para interponerlo debe agotarse el recurso de apelación, en los casos en que éste proceda.

"En el único motivo del recurso, denominado fundamentación arbitraria, se acusa la inobservancia de los artículos 106, 226, 393, 395 y 400 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales; 11, 33, 39 y 41 de la Constitución Política; 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se alega que en el presente asunto, en el que el recurrente actúa como Apoderado del Actor Civil, [...], el Juez de Instrucción dictó una prórroga extraordinaria, contra la cual formuló recurso de apelación, el que fue declarado inadmisilible por no haber recurrido el Ministerio Público y porque conforme al artículo 328 del Código Procesal Penal, el actor civil carece de legitimación para recurrir ese auto. Interpuesto el correspondiente recurso de queja, el Tribunal Superior Penal de Alajuela, con argumentaciones semejantes, declaró sin lugar esa impugnación. Posteriormente el Juzgado de Instrucción, como consecuencia del vencimiento de la prórroga extraordinaria, "sin que se modificara el estado del proceso", emitió un Sobrescimito Obligatorio. En apoyo de su pretensión de que se anule el sobrescimito obligatorio y la anulación de todo lo actuado hasta el dictado de la prórroga extraordinaria de la instrucción inclusive, alude a los votos 5751-93 y 5752-93 de la Sala Constitucional. En el voto número 5751-93, dictado por la Sala Constitucional, a las 14:39 horas del 9 de noviembre de 1993, en Acción de Inconstitucionalidad promovida por [...], "se declara con lugar la acción. Se declara nula la limitación del derecho de recurrir que impone el artículo 450 del Código de Procedimientos Penales al actor civil para hacerlo en relación con sentencias de sobrescimito o absolutorias condicionando su actuación a la del Ministerio Público", por lo que deberá leerse así: "El actor civil podrá recurrir de las resoluciones sólo en lo concerniente a la acción por él interpuesta". Esa sentencia tiene efecto declarativo y retroactivo al primero de julio de mil novecientos setenta y cinco, [fecha en que entró en vigencia el Código de Procedimientos Penales] por lo que "todo actor civil al que se le haya desconocido su derecho de recurrir de sentencias de sobrescimito o absolutorias, en aplicación de la norma ahora declarada inconstitucional, podrá interponer nuevamente el recurso que corresponda, dentro del plazo otorgado al efecto en el señalado Código de Procedimientos, el que corre a partir de la publicación de la reseña de este fallo en el Diario Oficial "La Gaceta".

No sobra recordar, que en cuanto a sobrescimito, ya sea el total o parcial (previstos en los artículos 318 a 324 del Código de Procedimientos Penales) o el obligatorio (numeral 327 *ibídem*) el primer recurso que se puede interponer contra esa sentencia, (artículo 322 *eiusdem*), es el de apelación y están legitimados para ello, el Ministerio Público, el imputado y ahora el actor civil, según la resolución constitucional señalada. Si ese sobrescimito obligatorio fuera confirmado en alzada, procedería el recurso de Casación contra él. Además que el plazo para apelar es de tres días, según lo determina el artículo 464 del citado Código Procesal, pues no existe disposición en contrario. En el caso en estudio, luego de dictado el sobrescimito obligatorio [...], el actor civil no apeló de lo resuelto, sino que directamente formuló el recurso de casación. El voto número 5752-93 emitido por la Sala

Constitucional, a las 14:42 horas del 9 de noviembre de 1993, declaró con lugar la Acción de Inconstitucionalidad promovida por [...], "anula la limitación contenida en el artículo 328 del Código de Procedimientos Penales en cuanto no permite al actor civil recurrir del auto que decreta la prórroga extraordinaria de la instrucción, por lo que su texto actual reza: "El auto que ordene la prórroga extraordinaria será apelable sin efecto suspensivo para ante el Tribunal de Apelaciones". Esa sentencia "tiene efecto declarativo y retroactivo al primero de julio de mil novecientos setenta y cinco, fecha en que entró en vigencia el Código de Procedimientos Penales; en consecuencia todo actor civil al que se haya desconocido su derecho de recurrir autos de prórroga extraordinaria en aplicación de la norma ahora declarada inconstitucional, podrá interponer nuevamente el recurso que corresponda, dentro del plazo de tres días que corre a partir de la publicación de la reseña de este fallo en el Diario Oficial "La Gaceta".

En el caso presente, se aprecia que con anterioridad a la resolución constitucional [...], se interpuso recurso de apelación del auto de Prórroga Extraordinaria; que esa impugnación fue declarada inadmisilible [...]; que por ello se formuló recurso de queja [...], la cual fue declarada sin lugar por el Tribunal Superior de Alajuela, Sección Tercera [...]. El impugnante justifica la formulación directa del recurso de Casación, porque la Sala Constitucional, al resolver la inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 328 del Código Procesal Penal, no dictó una sentencia que vincule ese voto con el que resolvió la inconstitucionalidad del numeral 450 *ibídem*, y entonces, "el per saltum juega a la inversa, de modo que, se deben reversar los errores cometidos, razón por la que, si recurrió solo contra la prórroga extraordinaria de la instrucción, no atacó el sobrescimito obligatorio, mientras que, al atacar el sobrescimito su Sala debe anular, inevitablemente la prórroga, para quedar facultado para recurrirla, salvo que, la nulidad se haga extensiva a la prórroga, y se resuelva como pretendo en esta ocasión, remitiendo el expediente al instructor competente para que dicte el auto de procesamiento y prisión preventiva de ley, contra la imputada". No comparte la Sala ese razonamiento. Como es conocido, la impugnabilidad objetiva opera, en el Recurso de Casación, como un conjunto de requisitos genéricos, que la ley establece como condiciones de admisibilidad, señalando las resoluciones que pueden ser objeto de la mencionada impugnación. Así el artículo 472 del Código de Procedimientos Penales, determina que "además de los casos especialmente previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, sólo podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas o los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción de la pena". Como es sabido y se repite, el sobrescimito, de la clase que sea (total, parcial, obligatorio, o el dictado en los actos preliminares del debate, cuando no sea necesaria la realización de la audiencia oral y pública (artículo 357 del Código Procesal Penal), se dicta mediante sentencia, lo que se deduce de la relación de los artículos 322 y 323 *ibídem*. Por ello, para efectos de este análisis, nos interesa destacar únicamente lo referente a las sentencias. Estas deben ser definitivas, entendiéndose por tal la resolución que pone término al proceso.

Ello implica, a su vez, "dejar impedida o agotada a su respecto la vía de la apelación" (De la Rúa, Fernando, "El Recurso de Casación", Víctor P. de Zavalía, Editor, Buenos

Aires, 1968, páginas 194 y 195). (En igual sentido, Clariá Olmedo, Jorge, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo V, Ediar, 1964, página 512). Es decir, para poder interponer el Recurso de Casación, debe agotarse el recurso de apelación, en los casos en que proceda este otro remedio. Como quedó anticipado, (ver Considerando II), ni con anterioridad, ni una vez que la Sala Constitucional, declaró parcialmente la inconstitucionalidad del artículo 450 ejusdem, eliminando las restricciones al actor civil, éste interpuso el recurso de apelación, contra el sobreseimiento obligatorio, por lo que le estaba vedado formular directamente el de Casación. Plantea el recurrente la cuestión de si sólo hubiera reclamado contra la prórroga extraordinaria (mediante el recurso de apelación, pues el de casación no procede por no ser un auto que ponga fin a la acción) no pudiera atacarse el sobreseimiento. Pero evidentemente no existiría conflicto alguno, pues si la prórroga extraordinaria, en virtud de la apelación, fuera revocada, y en su lugar se dictara un procesamiento, evidentemente el Tribunal de Apelaciones tendría que anular el sobreseimiento. Si se confirmara esa prórroga, quedaría vigente el sobreseimiento y entonces lo que habría que "atacar", en alzada, sería esa resolución. Como se expuso, al formularse directamente el recurso de casación, contra la sentencia de sobreseimiento obligatorio, sin agotar el recurso de apelación, como era lo procedente, pese a que inicialmente esta Sala admitió el recurso, debe ahora, declararlo erróneamente admitido. (Relación de los artículos 458 y 479 del Código de Procedimientos Penales)."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 354-F de las 10,30 hrs. del 9 de setiembre.

47- RECURSO DE CASACION - Validez de su presentación directa ante la Sala.

"Acerca del conflicto de normas que se da entre los artículos 41 de la Ley Especial Sobre Jurisdicción de los Tribunales y el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales, esta Sala sostuvo en voto N° 104-A, de 10:39 hrs. del 27-03-1991, lo siguiente: «... El numeral 477 precitado es terminante en cuanto a que la presentación del recurso lo es ante el tribunal que dictó la resolución impugnada. Ahora bien, de los artículos invocados por el órgano a-quo... en cuanto al segundo, por no ser posible en la actualidad (más de 15 años después de la vigencia del actual Código de Procedimientos Penales) darle aplicación en esta oportunidad. Ello es así por cuanto obviamente el término fijado para recurrir sería fácilmente alterado cuando, como ocurre aquí, el propio día de vencimiento se presenta el recurso de casación ante la Sala, lo cual roza con el principio de improrrogabilidad de los términos (artículo 142 ibídem). La salvedad que hace la norma (artículo 41) estaba orientada a la confusión -en cuanto a la presentación del recurso- que podría operarse a raíz de la entrada en vigencia del actual Código de Procedimientos Penales y la vigencia también -en los casos dados- de la legislación ritual penal de 1910, pero que en modo alguno se justifica ahora. Esta tesis se advierte claramente de la exposición de motivos sobre la Ley N° 5711 hecha por la Comisión de Asuntos Jurídicos de esta Corte a la fecha, cuando expuso: "DEL RECURSO DE CASACION (Capítulo VIII).

En el artículo 39 se enumeran los casos en que tiene

cabida este recurso; y el artículo 40 se refiere a la oficina en que debe presentarse. En vista de que el nuevo Código y el anterior contienen reglas diferentes en tal sentido, el artículo 41 otorga eficacia al recurso aunque se presente en una oficina en vez de otra, todo con la finalidad de evitar perjuicio a los litigantes a causa de la confusión que podría resultar de la vigencia de los dos sistemas.", (subrayó la Sala). (Véase Alcance N° 186 a La Gaceta N° 196 del 16 de octubre de 1974). Finalmente, cabe argumentar que, por otra parte, de admitirse la presentación ante la Sala (sin perjuicio, desde luego, de que el a-quo devuelto el escrito lo reciba dentro del plazo legal) del recurso de casación, el juzgador -desconociendo ello- al considerar -con justa razón- firme la sentencia podría realizar actuaciones de oficio o a petición de parte interesada relativas a su ejecución, que luego habría que revocar al tenerse conocimiento de la existencia del recurso, pudiendo incluso producirse situaciones problemáticas, resultando, ergo, dubitativa y sorpresiva la seguridad jurídica de las partes en punto a la firmeza del fallo, amén de que el plazo legalmente previsto podría quedar al libre arbitrio de aquéllas en relación a la oficina de presentación de la demanda extraordinaria...». Es conveniente replantear los razonamientos de la Sala Tercera para emitir el fallo de cita, de acuerdo a los alcances que la Sala Constitucional ha dado al recurso de casación como medio protector de los derechos humanos y contralor del debido proceso, dentro de un amplio criterio de acceso a la justicia. Se analizó la *voluntas legislatoris* para determinar la finalidad de la norma 41 de la Ley Especial Sobre Jurisdicción de los Tribunales, esto es la intención del legislador al momento de creación de la ley. Se olvidó que una vez promulgada, la norma nace a la vida jurídica, rompe el cordón umbilical con su creador y adquiere vida propia; de aquí que la interpretación deba determinar la *voluntas legis*, dentro del contexto histórico actual, convirtiéndose así los precedentes y la jurisprudencia en un medio de progresión del sistema acorde a las nuevas necesidades jurídicas y sociales. La hermenéutica del artículo 41 de la Ley Especial Sobre Jurisdicción de los Tribunales, debe realizarse en el contexto del Estado Constitucional de Derecho que nos rige (1989), buscando la voluntad de la ley en la actualidad y no la voluntad que hubiera tenido el legislador al momento de la promulgación. De este modo la norma armoniza con la nueva visión del ordenamiento, donde la constitución y los derechos humanos tienen eficacia inmediata, de modo que la Sala Constitucional -en procura de facilitar el acceso a la justicia- ha abierto el recurso de casación, superando las formas y postulando lo sustantivo. En este sentido la Sala Constitucional ha dicho: «... la Sala considera que el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, intérprete o aplique con rigor formalista...» [Se refiere a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 719-90, 16:30 hrs., 26-06-1990. Se suplen la negrita y el subrayado.]. Esta afirmación vino a ampliarse con la sentencia de la Sala Constitucional N° 1739-92, de 11:45 hrs., de 01-07-1992, que en lo conducente dijo: «... La Sala, por su parte, ha tenido abundante ocasión de desarrollar jurisprudencialmente esa norma, de la que puede decirse en síntesis: a)... b) Que, si bien el punto no es enteramente pacífico en la doctrina y jurisprudencia comparadas, la Sala ha estimado que ese derecho a recurrir del fallo, cuya esencia consiste precisamente en la posibilidad de que un tribunal superior enmiende graves

errores del de juicio, se satisface con el recurso extraordinario de casación, **siempre y cuando éste no se regule, intérprete o aplique con criterios formalistas -los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia-...**» (Se suplen el subrayado y la negrita.).

De modo que interpretado en el contexto jurídico actual, el artículo 41 de la Ley Especial Sobre Jurisdicción de los Tribunales actual, en cuanto dispone que «... la presentación del recurso ante una Sala Penal, cuando debió serlo ante el tribunal que dictó la resolución recurrida, o ante una Sala y no en otra, **no será motivo de inadmisibilidad** y en tales casos será enviado el recurso a la oficina que corresponda por simple providencia» (se suplen el subrayado y la negrita), debe comprenderse de la forma más amplia para facilitar el acceso a la justicia. Ello según lo ha venido delineando la Sala Constitucional. Así, la presentación de un recurso -dentro de los quince días que establece el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales- directamente ante la Sala, cuando debió serlo ante el tribunal de mérito excluye la extemporaneidad, esto es se debe tener por presentado en tiempo. No significa esto una violación al artículo 142 de este ordenamiento, en cuanto establece la improrrogabilidad de los términos perentorios, porque el criterio es el de tener por presentado en tiempo el recurso. Ahora bien, en las sesiones de Corte Plena de 01-07-1991 y 15-07-1991, artículos L y LIV respectivamente, se dispuso que los escritos dirigidos a las Salas Primera, Segunda y Tercera serían recibidos por un funcionario en la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia; de modo que entregado allí un recurso de casación dentro del tiempo de ley, se debe tener por presentado en término. Debe agregarse a los razonamientos anteriores, que el ordenamiento jurídico no solo es un sistema de jerarquía positiva en atención al origen del derecho (constitucional, legislativo, ejecutivo, administrativo, judicial, etc.), sino que además responde a una jerarquía de valores sociales. Bajo esta comprensión, debemos remitirnos al artículo 260.1 de la Ley General de Administración Pública, que dispone *ad litteram*: «Artículo 260.- 1... 2. No importará que el recurso haya sido interpuesto ante autoridad incompetente, en los casos previstos por el artículo 68 de esta ley; ni tampoco que carezca de las autenticaciones, formalidades o especies fiscales necesarias; ni, en general, que padezca cualquier vicio que no produzca su nulidad absoluta, a condición de que se subsanen de conformidad con esta ley». La justicia no tendría ningún lugar preponderante en la escala de valores del ordenamiento costarricense, cuando se valora el error en la presentación de un recurso con mayor benignidad en el procedimiento administrativo que en el proceso penal, siendo éste donde se decidirá la suspensión individualizada de una de las más importantes garantías constitucionales como es la libertad. Sería absurdo pensar en mayor tolerancia y desformalización para los recursos administrativos, contrastante con la estricta severidad de las formas del proceso penal por encima de la libertad individual. Por ello interpretado sistemáticamente el ordenamiento jurídico, resulta claro que de presentarse el caso regulado por el artículo 41 de la Ley Especial Sobre Jurisdicción de los Tribunales, siempre que el recurso se presente dentro del plazo establecido por el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales, se excluye la extemporaneidad. Desde luego esta es una situación de carácter excepcional, pues lo propio es que las partes presenten el recurso de casación ante el Tribunal de

instancia, con el fin de evitar que la resolución impugnada se ejecute como si estuviere firme por desconocer el a quo que se ha presentado un recurso. En el caso de autos la sentencia de mérito estuvo firmada y a disposición de las partes el 12-08-1994 [...], de modo que el plazo de quince días para recurrir en casación venció el 05-09-1994, fecha en que el abogado defensor [...] presentó el recurso de casación a la encargada de recepción de documentos de las Salas Primera, Segunda y Tercera de la Corte Suprema de Justicia, según consta en los folios [...]. Por lo anterior se concluye que el recurso fue presentado en tiempo, por lo que procede acoger la anterior queja, conceder el recurso de casación interpuesto y remitir los autos al Tribunal Superior de [...] para que proceda a emplazar a las partes."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 7-A de las 10,45 hrs. del 20 de enero.

48- RECURSO DE REVISION - Absolutoria pese alegación de orden formal por imposibilidad material de efectuar juicio de reenvío - Improcedencia del pago de daños y perjuicios.

"El presente recurso de revisión se refiere a un hecho ocurrido el 23 de diciembre de 1951 conocido como el Crimen de Colima, cuya sentencia fue decretada por el Juzgado Tercero Penal de entonces, a las 10 horas del 13 de enero de 1953. Quien acude a esta vía lo es el sentenciado [...] de conformidad con el artículo 490 párrafo primero del Código de la materia vigente, que faculta para que este recurso sea interpuesto "en todo tiempo y a favor del condenado", a la vez que se sustenta en su inciso 6º *ibid*, por alegarse quebrantamiento del derecho de defensa y del debido proceso. El argumento básico contenido en el reproche, con la puntualización de una serie de normas jurídicas de alto rango (ver folios iniciales del recurso), es que la Constitución Política debe hacerse prevalecer de modo ineludible dentro de un ordenamiento, y aunque el impugnante fue condenado cuando regía el Código Procesal Penal de 1910 (que ya fue derogado), interesa -según su criterio- "revisar el fallo recurrido desde la perspectiva del Código Procesal Penal actual, y con base en esa plataforma jurídica, atacar la Sentencia que ultrajó mis Derechos Fundamentales citados desde el inicio, por una resolución pronunciada en mi perjuicio, sin el respeto que merecen las garantías que todo procesado en nuestros días, en un Estado que se conoce como Constitucional de Derecho, debe disfrutar" [...]. En el reclamo se plantean, de forma un tanto confusa e indiscriminada, los siguientes reparos por eventuales violaciones cometidas dentro del proceso: a.- Haberse realizado actuaciones procesales sin señalamiento previo y sin ponerse en conocimiento posterior su resultado final con el término de ley para recurrir, entre ellas dictámenes médicos, peritajes y allanamientos, etc. "por lo que debe tenerse por cierto que nunca se nos concedió oportunidad alguna para ejercer nuestra defensa tal como hoy se debe y puede practicar" [...]. b.- El no haberse puesto en conocimiento de los imputados una acusación "que en forma clara, precisa y circunstanciada nos ofreciera la posibilidad de conocer de qué se nos incriminaba; eso lo vine a saber muy tarde" (*ibid*), además de haber sido torturados desde el día de la

detención, sometidos a interrogatorios e impuestos a reconocimiento sin ninguna garantía procesal. c.- Habérseles recibido a los imputados declaración indagatoria "bajo promesa de decir verdad", y no como se estableció actualmente en que se faculta al procesado a abstenerse de declarar [...]. d.- Irregularidades en la denuncia, pues "quienes nos denunciaron fueron personas utilizadas para esos efectos por las autoridades de turno, las que, obligadas a encontrar un autor de los hechos acusados y justificarse a sí mismos y el orden que imperaba, pusieron en sus bocas, mi dicho, del que se originó cada uno de los fallos recurridos" [...]. e.- Inexistencia de una verdadera acusación del Ministerio Público, pues el proceso se inició de oficio por el Alcalde de Tibás y la Uruca, impidiéndose al procesado declarar "sin el conocimiento previo de cuanto se le incrimina" [...]. f.- Vicios en el acta de inspección judicial, pues el Alcalde no se hizo acompañar al lugar de los hechos por el Secretario como lo exige el artículo 97 del actual Código Procesal Penal, sino por dos testigos cuyos nombres no fueron siquiera anotados para poder establecer la capacidad que tenían para tal acto [...]. g.- Se ordenó el secreto del sumario por un período que duró más de un año, si se observa la resolución que la decretó al inicio y la que lo levantó [...]. h.- El secuestro, decomiso, allanamiento "y demás elementos de prueba" (sic), se realizaron sin respetar las formalidades mínimas del debido proceso [...]. i.- No hubo una verdadera defensa técnica, pues "jamás conocí a la persona que se me nombró como defensor" [...] además de haberse hecho su nombramiento "un año después de estar detenidos, incomunicados e incluso interrogados" [...]; j.- La prueba utilizada para la condenatoria fue ilícita, pues se utilizaron ilegalmente nuestras supuestas "confesiones" y otros elementos probatorios (inclusive testimoniales) que obedecían a un "montaje" de la policía [...]. Con apoyo en lo anterior, el recurrente solicita se decrete sentencia absolutoria en su favor, condenando al Estado por los daños y perjuicios que le fueron ocasionados. Realizada ante la Sala Constitucional la consulta preceptiva que señala el artículo 102 de la respectiva ley, aquélla dispuso -en lo pertinente- que debe la Sala Tercera analizar las circunstancias discutidas (relativas al debido proceso y al derecho de defensa que se mencionan en la impugnación) **a la luz del ordenamiento jurídico vigente a la época del suceso**, esto es "con base en las normas constitucionales de la Carta Política de 1949" en relación con las normas del Código de Procedimientos Penales de 1910, siendo que estas últimas "son operativas del derecho sustancial o normas primarias, por lo que los principios que rigen la materia de fondo son aplicables plenamente a cualquier análisis y valoración sobre el desarrollo del proceso".

Con relación a los aspectos que primordialmente cuestiona el impugnante, se dispuso lo que sigue: A.- La orden de abandono del país luego del indulto decretado por el Poder Ejecutivo, "no puede ser considerada como una violación al debido proceso o al derecho de defensa". [...] B.- Sobre la "confesión" debe observarse si se produjo con coacción o tortura o de alguna otra forma que la hiciese ilegítima. [...] C.- En lo que respecta a la imputación e intimidación, cabe determinar si el recurrente nunca fue puesto en conocimiento de la acusación que se le atribuía y si ésta se incorporó al proceso después de haber rendido su declaración, lo que vulneraría el derecho de defensa. Asimismo debe examinarse qué la imputación haya cumplido con sus requisitos generales (expresa, clara, concreta, etc.) [...] Ch. (sic) El hecho de que el Ministerio

Público dependiera del Poder Ejecutivo carece de relevancia para los efectos del recurso. [...] D.- En lo que atañe a la incomunicación debe indagarse si se hizo de conformidad con los plazos que señalaba la Constitución y el mismo Código de la materia, así como en las condiciones y circunstancias que lo ha dispuesto la Sala Constitucional. [...] E.- Respecto de los requisitos de las actas de inspección judicial, de secuestro, de decomiso y allanamiento, se indica que "la falta de un requisito menor dentro de los procedimientos penales no puede tener como consecuencia la anulación de los actos posteriores, pues ello inclusive iría en contra del derecho del imputado a una justicia pronta y cumplida, por supuesto, siempre y cuando la ausencia del requisito no implique la indefensión del imputado". [...] F.- En cuanto al secreto del sumario "constituye una flagrante violación al derecho de defensa...si el imputado o su defensor no pueden conocer lo que sucede en cuanto a su causa, principalmente en lo que se refiere a la prueba de cargo, es evidente la imposibilidad material de realizar una defensa adecuada". [...] G.- Igualmente debe examinarse si la defensa técnica fue adecuada a los intereses del imputado y a la debida tutela de sus derechos, pues el recurrente afirma que nunca conoció a su defensor, quien además fue nombrado un año después de su detención. [...] H.- Por último, sobre los elementos probatorios debe indagarse si se cumplieron las audiencias y demás requisitos que se derivan del principio del debido proceso y de la inviolabilidad de la defensa señalados al resolver la Consulta [...]. Varios años después, en sesión del Consejo de Gobierno de entonces (artículo 3 de la sesión N^o 103 celebrada el 13 de marzo de 1968) (ver piezas certificadas aportadas como prueba a fs. 90 y siguientes del expediente de revisión), se acordó conceder el indulto de la pena de prisión que les quedaba por descontar a los sentenciados [...], por estimarse, entre otros aspectos, que los tres imputados (aunque por otras razones se le denegó el indulto a [...], según se explicará) habían sido condenados con elementos probatorios defectuosos y con graves vicios atentatorios del derecho de defensa, además de la presión de la opinión pública y de la deficiente actuación policial [...], destacándose la coacción física y moral ejercida contra aquéllos para que rindieran una "confesión" dudosa e incorrecta (hecho que el Consejo de Gobierno tuvo por cierto [...]), además de otras circunstancias irregulares que motivaron la concesión de la gracia o beneficio (indulto). Resulta de interés anotar -conforme se señaló anteriormente- que pese a que las violaciones del derecho de defensa y del debido proceso fueron consideradas para los tres sentenciados (incluyendo al aquí recurrente [...], cuya nacionalidad es nicaragüense), es decir, aún reconociendo la duda sobre la culpabilidad de este último y los defectos de las pruebas en su contra [...], el Consejo de Gobierno fue al único que le denegó el indulto por no ser legalmente posible al tratarse de "un reo que ha incurrido en más de una reincidencia y quebrantó una condena" (ver f. 116 fte. al final del primer párrafo, en relación con el artículo 159 inc. 2^o del Código Penal de 1941, vigente a la fecha del ilícito) por lo que en un afán de "tratar de equiparar en lo dable la situación de los tres condenados" [...] se recomendó su expulsión del país [...]. Como puede observarse, la historia del mencionado proceso judicial revela una serie de anomalías e irregularidades que llevó en años posteriores a diversas investigaciones y publicaciones (una de ellas plasmada en la obra del Lic. E. Benavides "El Crimen de Colima"; y más recientemente -setiembre de

1993- en la obra del escritor nacional José León Sánchez "Tortura: el crimen de Colima"), que a no dudarlo vienen a poner de manifiesto las deficiencias de la administración de justicia cuando las autoridades (especialmente las encargadas de la averiguación de los delitos) van más allá de los límites impuestos por los instrumentos jurídicos y creen que el "fin justifica los medios", con lo cual lo único que logran es vulnerar el Estado de Derecho y restar credibilidad a sus instituciones. Desde luego, por motivos obvios, no es factible ahora, cuando han transcurrido más de cuarenta años desde que ocurrió el lamentable suceso que originó esta causa, realizar una evaluación minuciosa y completa de todas las actuaciones (policiales y judiciales) que llevaron a la decisión condenatoria de [...] y sus otros dos compañeros. Tampoco es posible, como lo puntualizó con acierto la Sala Constitucional, revisar los hechos a la luz de la legislación procesal que ahora nos regula (más garantista y protectora de los derechos humanos que la anterior), pues no se trata de enjuiciar el ordenamiento jurídico de entonces (con clara orientación inquisitoria) ni de quienes la aplicaron, ya que esa era la ley vigente cuando se investigaron los actos criminales (y lo estuvo por espacio mayor a los sesenta años: desde 1910 hasta julio de 1975 en que entró a regir el actual Código de la materia), sino que lo que cabe es determinar -en la medida de lo razonable- el cumplimiento de dicha normativa procesal penal en relación con los principios constitucionales que aún para aquella época debían respetarse y adecuarse a la realidad (Constitución Política de 1949). De acuerdo con el criterio de esta Sala, los mismos defectos advertidos y señalados por el Consejo de Gobierno en sus resoluciones de marzo de 1968 cuando concedieron el indulto a [...] y a [...], justificarían la declaratoria con lugar del recurso de revisión de [...], pues su situación particular (en relación con el desarrollo del proceso y de los elementos probatorios) no difiere en modo alguno de aquellos otros. Sin embargo es conveniente -en aras de que en el futuro se procure evitar o impedir que se incurra en errores semejantes- reiterar los grandes vicios formales que se observan en este asunto, los cuales fueron debidamente puntualizados por el Fiscal General, Lic. José M. Tijerino, en la audiencia oral que se celebró en su oportunidad [...].

En primer término se vulneró el derecho de defensa de modo evidente cuando ni siquiera hubo intimación a los imputados por los hechos que les eran atribuidos, lo cual se corrobora con solo observar sus "declaraciones" en el expediente principal (ver indagatoria de [...]) siendo ello contrario a lo dispuesto, especialmente, por el artículo 251 y siguientes del Código Procesal Penal de 1910 y al principio de inocencia contenido en el artículo 39 de la Constitución Política. Asimismo se mantuvo a los detenidos incomunicados y bajo secreto de las diligencias judiciales por un plazo excesivamente mayor al permitido por las normas procesales de entonces (arts. 278 y 170 respectivamente del Código Procesal Penal de 1910. Ver [...] del expediente principal en que consta que el secreto se levantó más de un año después; y [...] que la incomunicación se dejó sin efecto también un año después). Puede apreciarse igualmente en la causa principal, que los imputados estuvieron sometidos a la orden de las autoridades de policía sin ningún control, y que las supuestas "confesiones" por ellos rendidas se hacen sospechosas de la coacción física y moral a que se alude en las resoluciones del Consejo de Gobierno de marzo de 1968. En resumen, se advierte una actuación arbitraria de los

oficiales encargados de la investigación y un deficitario control jurisdiccional que afectaron el derecho de defensa y del debido proceso (ajustado a las normas constitucionales y procesales de la época), pues se quebrantaron no nuevos derechos o garantías sino los mismos que el ordenamiento jurídico anterior obligaba a respetar y tutelar dentro del Estado costarricense. Por tales razones es de rigor acoger el recurso de revisión y absolver a [...] en aplicación del principio in dubio pro reo de acuerdo con el artículo 495 del Código Procesal Penal actual, anulando todo lo actuado en su perjuicio. Al respecto cabe aclarar que pese a referirse el presente asunto a vicios de orden formal (cuestiones procesales) y no propiamente de fondo, la imposibilidad material de efectuar un juicio de reenvío ajustado a derecho, con indagaciones probatorias prácticamente imposibles de cumplir dado el largo tiempo que ha transcurrido desde que ocurrieron los hechos, la desaparición física de rastros, testigos e incluso imputados (además de los cuestionamientos que podrían surgir sobre la procedencia o no del instituto de la prescripción) hacen que esta Sala se incline por resolver el asunto de la manera anteriormente indicada. En relación con el reclamo de daños y perjuicios que se hace en el recurso, esta Sala concuerda en sus aspectos esenciales con el criterio externado por el Fiscal General en la audiencia oral correspondiente en el sentido de que su pago no es procedente (art. 498 Código citado), al menos en esta vía. En efecto, en la presente impugnación no se entró a juzgar el fondo del asunto (pues como ya se explicó, hacerlo así prácticamente es imposible dado el tiempo transcurrido) ni existen elementos de prueba (nuevos o antiguos) que permitan confirmar o descartar con certeza la responsabilidad penal de [...]. Lo único que se acreditó fue la existencia de graves errores y vicios en los procedimientos seguidos contra los imputados (incluido [...]), lo que de no haber pasado tantos años hubiese motivado la anulación de la sentencia procediendo la remisión a nuevo juicio (juicio de reenvío según los artículos 495 y 496 del Código actual de la materia). Pero estándose ante una situación donde el transcurso del tiempo impide, material y procesalmente reabrir la presente causa, y no siendo más que aplicable el principio de la duda en favor de [...] (de quien, se repite, no pudo establecerse ni descartarse su responsabilidad), no le es posible a esta Sala pronunciarse sobre la procedencia o no del pago de indemnización alguna. Lo anterior sin perjuicio del derecho que podría tener cualquier persona que se sienta legitimada para ello de procurar el resarcimiento del Estado (daños y perjuicios) en otras vías distintas de la penal de conformidad con la normativa civil y contencioso-administrativa o de cualquier otra que resultase aplicable."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N^o 462-F de las 10,20 hrs. del 4 de noviembre.

49- RECURSO DE REVISION - Falta de legitimación para interponerlo por parte de representante de persona jurídica afectada únicamente en sus intereses patrimoniales.

"El presente recurso de revisión es formulado por [...] en su condición de Presidente con facultades de Apoderado Generalísimo de la Compañía [...], por violación al debido

proceso y al derecho de defensa, con base en que, en la sentencia recurrida (Nº 178-88, dictada por el Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección Tercera, el 24 de noviembre de 1988), no obstante que la empresa que representa no figuró como demandada, esto es, nunca fue parte en la causa seguida contra [...] y [...], se ordena la cancelación del asiento mediante el cual, por escritura del 5 de agosto de 1985, [...] vende a Agropecuaria [...], la finca inscrita bajo el folio real número [...] en el Registro Público. Agrega que no se puede condenar a nadie que no haya sido demandado. Por tratarse de los casos del inciso 6 del artículo 490 del Código de Procedimientos Penales, al alegarse violación al debido proceso y al derecho de defensa, se consultó preceptivamente a la Sala Constitucional, la que, en el por tanto de la resolución 6414-93 de las 10:06 horas del 3 de diciembre de 1993, determinó: "No ha lugar a evacuar la consulta".

Entre sus consideraciones determina que "el recurso de revisión constituye un medio extraordinario de impugnación, no devolutivo y no suspensivo, encaminado a remover una sentencia perjudicial mediante otra, tanto para la vía civil (artículo 619 del Código Procesal Civil) como la penal (artículo 490 del Código de Procedimientos Penales). En materia penal se legitima sólo contra sentencias de condena y no de absolución, con carácter de irrevocables en virtud de la cosa juzgada. Este recurso lo puede promover únicamente el penado, salvo las excepciones establecidas en la ley (artículo 491 del Código de Procedimientos Penales), que permite al representante legal cuando el imputado fuere incapaz, el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, si el penado hubiere fallecido, o el Ministerio Público interpone este recurso extraordinario". Agrega dicho fallo: "Así, en cuanto a la legitimación para interponer este recurso únicamente lo está el condenado, es decir el sujeto sobre el que pesa una sentencia condenatoria, sus representantes o el Ministerio Público y no contra sentencias absolutorias o de sobreseimiento, al respecto dispone el artículo 490 del Código Procesal Penal: "La revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes..." Las razones anteriores conllevan a que esta consulta no pueda evacuarse por cuanto el recurso de revisión que es su base no fue presentado por quien legítimamente pudo interponerlo (artículo 491 citado), **en razón de no estar previsto a favor de persona física o jurídica que haya sido afectada únicamente en sus intereses patrimoniales por la sentencia dictada en el proceso cuya letimidad (sic) se cuestiona.** Persona que al no reunir la condición de imputado no se le podrá tener como condenado, único sujeto en favor del que se puede plantear la revisión, según los términos establecidos al efecto en el Código de Procedimientos antes citado". Coincide esta Sala con la opinión vertida por la Constitucional, pues no es más que interpretación principalmente de los artículos 490 y 491 del indicado Código Procesal Penal, y no estando el recurrente legitimado, por no tener relación jurídica con la pretensión procesal, debe declararse erróneamente admitido este recurso de revisión."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 597-F de las 9,05 hrs. del 22 de diciembre.

50- RECURSO DE REVISION - Posibilidad de subsanar defectos en la forma de presentarlo.

"No es condición de admisibilidad, que el libelo inicial del recurso de revisión sea autenticado cuando se presenta personalmente ante la Sala; *a contrario sensu*, si el recurrente lo hace llegar por medio de otra persona debe ser autenticado. Sin embargo la ausencia de este requisito es subsanable mediante una prevención, para que en un término prudencial se autentique el escrito, según voto Nº 3321-93 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:33 hrs. del 13 de julio de 1993. Ahora bien, cuando el imputado -como en el presente caso- está preso y de consiguiente no puede presentar sus gestiones personalmente a los tribunales, puede hacerlas ante el funcionario encargado de su custodia quien las comunicará a la sede judicial correspondiente, y de este modo se verifica la autenticidad del escrito. Examinado el manuscrito anterior, se trata de un recurso de revisión promovido supuestamente por [...] quien está preso en el Complejo Penitenciario La Reforma, no fue presentado personalmente a la Sala, no está autenticado y no tiene referencia alguna del Director de dicho centro carcelario. A fin de subsanar el defecto -con fundamento en el citado fallo de la Sala Constitucional- remitase copia certificada del escrito a este funcionario, para que en el término de tres días proceda de acuerdo al párrafo segundo del artículo 45 del Código de Procedimientos Penales."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 145-A de las 9,35 hrs. del 9 de setiembre.

51- RECURSO DE REVISION - Sentencias condenatorias contra diferentes sujetos - Inexistencia de contradicción de culpabilidad.

"En forma separada debe analizarse la violación y muerte de la ofendida [...]. Respecto a la segunda cuestión (muerte de la perjudicada), es cierto que los hechos contenidos en ambos fallos son disímiles, pero no inconciliables. Así, el del Tribunal de Cartago señala que [...], aprovechándose la violación que ejecutaba [...], pretendió que la ofendida le lamiera su pene y ante su rechazo, le disparó en el pecho segándole la vida, mientras que el Tribunal de Heredia indica que ese disparo aconteció cuando los tres imputados pretendían violar a la perjudicada y ante la negativa de ella a ese requerimiento. Se afirma que no hay inconciliables de los hechos, puesto que las dos sentencias se refieren a un ataque sexual, injusto, del tipo que sea, rechazado por la víctima y que provocó los disparos con la consecuencia de su muerte. Debe tenerse claro que las diferentes personalidades de los integrantes de los Tribunales, sus distintas experiencias, sus diversas formas de pensar y redactar, hacen que los mismos hechos que juzgan, sean conceptuados de distinta forma, en los aspectos tangenciales, pero coincidentes y consecuentes en los esenciales y medulares, como ocurre en el presente caso. Tampoco está de más agregar, que esos hechos trascendentes son los que forman el meollo de la comparación entre las sentencias, a efectos de determinar si son conciliables o no y en el caso concreto debe concluirse, que en el núcleo del problema (ataque sexual rechazado por

la víctima, que provoca los disparos que le dan muerte), no existe la inconciabilidad que prescribe la ley. En cuanto al citado delito sexual, la resolución del Tribunal de Cartago lo tiene como consumado por parte de los imputados [...], por lo que los condenó, al primero como autor responsable de Violación Calificada y al segundo, como autor responsable de Violación agravada a una pena, para cada uno, de quince años de prisión mientras que la sentencia del Tribunal de Heredia establece que los tres imputados intentaron violar a la perjudicada, pero sin conseguirlo por su negativa y por ello, condena a [...] por el delito de Violación Simple en grado de Tentativa, a descontar cinco años de prisión. Al respecto, no está de más indicar, que no es cierto, como se afirma en el recurso, que a [...] se le tuviera como "autor exclusivo" de los mencionados delitos: la transcripción efectuada contradice esa aseveración. Aunque pueda afirmarse que el hecho difiere en ambos fallos, esa circunstancia no permite concluir, indefectiblemente, la inconciabilidad prevista en el artículo 490 del Código de Procedimientos Penales, entendida como "imposibilidad absoluta de coexistencia de las dos reconstrucciones de hecho": la una no puede estar en presencia de la otra". (Leone, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1963, página 264), pues deben examinarse otros aspectos adicionales, como se hará seguidamente. Cuando el asunto fue conocido por el Tribunal Superior de Cartago, únicamente estaba establecida la identidad de los imputados [...] y no así la de [...]. De ahí que en partes de ese fallo, se aluda a un sujeto "aún no debidamente identificado" o al "tercer sujeto". La identificación se da posteriormente y por ello [...] es la única persona que juzga el Tribunal Superior de Heredia. Ello explica por qué, al fundamentar la existencia del delito sexual aludido, el Tribunal de Cartago, sólo tiene como autores a [...] y a [...], que eran las únicas personas a las que, por cuestiones procedimentales y no de fondo (como autoría o participación), juzgaba. Acorde con lo anterior, debe tomarse en cuenta, en tratándose de la hipótesis de dos sentencias condenatorias contra diferentes individuos, si "la culpabilidad de uno o de unos excluye la culpabilidad del otro o de los otros. De donde se sigue, que si, de conformidad con el contenido de las sentencias condenatorias no se presenta esta necesaria contradicción de culpabilidades, no existe un caso de revisión" (Castillo González, Francisco. El recurso de revisión en materia penal, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1980, páginas 190 y 191). Como ejemplo de la inexistencia de esa contradicción, indica el autor, el siguiente ejemplo: "si la primera sentencia constató que el hecho fue cometido por un número determinado de participantes (por ejemplo, tres) pero condenó solamente a los dos presentes y más tarde un tercer individuo es condenado por otra sentencia como participante en el mismo hecho", caso coincidente con el que estamos examinando, en el que, por problemas de identificación, de los tres sujetos que se tienen como coautores del hecho, el Tribunal de Cartago originalmente condenó dos y al tercero [...], lo juzgó el Tribunal de Heredia, también condenándolo. Otro aspecto a analizar consiste en la diferente calificación dada a los hechos (Violación Agravada, Violación Calificada y Violación Simple). Al respecto debe acotarse que la previsión legal es de inconciabilidad de los hechos tenidos como fundamento de la sentencia condenatoria cuya revisión se pide, con los hechos establecidos por otra sentencia penal firme, de

donde se deduce que no importan las calificaciones dadas a esos hechos, (lo que es acorde con la totalidad del sistema procesal penal vigente), sino ellos en sí mismos y como fundamento de la condenatoria revisable, al extremo que algunos autores afirman que no es necesaria la inconciabilidad entre las partes resolutorias, aunque sí puede existir. (Leone, obra citada, página 264 y Núñez, Ricardo C. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Editora Córdoba, segunda edición, 1986, página 496). Por último, no debe dejarse de lado, en lo que es conteste la doctrina, que la revisión, como recurso que es, goza de las mismas condiciones de esos medios de impugnación, entre la que destaca el interés para impugnar, entendido como la ventaja jurídicamente reconocida que se concreta en la posibilidad de eliminar o modificar la resolución objetivamente perjudicial para quien interpone el recurso. En el presente caso, aún concluyendo que existe inconciabilidad de los hechos de ambas sentencias, ningún beneficio obtendría el recurrente [...], pues la sentencia del Tribunal de Cartago, tuvo por demostrados hechos idénticos en lo medular, pero calificados como constitutivos de un delito consumado (Violación Agravada y Violación Calificada), mientras que la sentencia que lo condenó a él, (del Tribunal de Heredia), los tiene como no consumados y en su forma simple (Tentativa de Violación Simple); es decir, los hechos de la primera sentencia son más graves e implicaron mayor pena que los hechos por los que se condenó al recurrente, por lo que ni en el caso de anulación del fallo y ordenarse el reenvío o si esta Sala pronuncia directamente la sentencia (artículo 495 del Código de Procedimientos Penales), tales hechos podrían tomarse en cuenta para afectar al impugnante, es decir, ninguna ventaja jurídica obtendría con alguna de esas dos declaratorias."

1994. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 461-F de las 10,15 hrs. del 4 de noviembre.

52- VISTA - Consulta sobre posibilidad de actuaciones, bajo ciertos supuestos, de Magistrados que no estuvieron presentes en la audiencia oral.

"La Sala Constitucional, en lo que se refiere a su propio funcionamiento, admite la posibilidad de que sus integrantes concurren a votar un asunto, aunque algunos de ellos no hubieren estado en una audiencia oral (vista) previamente convocada al efecto dentro de la misma causa. Sin embargo, ese criterio no lo acepta tratándose de los Tribunales penales, pues incluso en materia de apelaciones ha estimado que los jueces del Tribunal de alzada debieron estar presentes en la audiencia oral previa (si la hubo), para estar en capacidad de concurrir a votar el asunto. Afirma dicha Sala que si "...el órgano que celebró la vista no tiene la misma integración del que se pronunció más tarde sobre el procesamiento de que se alza el accionante, lo cual es motivo de nulidad en los términos del inciso primero del artículo 145 del Código de Procedimientos Penales, en relación con los numerales 146, párrafo segundo y 150 de ese mismo Código... y hace que lo actuado a ese respecto padezca de nulidad (artículo 160 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)..." (Voto N° 22-90 de 14:20 hrs. del 9 de enero de 1990, Sala Constitucional). Ese criterio también lo ha sustentado esta misma Sala en ocasiones anteriores, al afirmar que los jueces penales que intervienen en una

audiencia oral que precede la decisión de un asunto, necesariamente deben ser los mismos que luego intervienen en la decisión, salvo fuerza mayor o absoluto impedimento. Así, por ejemplo, tratándose del debate oral que antecede el dictado de la sentencia y de las audiencias orales (vistas) que preceden la decisión de un recurso (apelación, revisión o casación) formulado por alguna de las partes.- Un fallo de esta misma Sala recoge las opiniones coincidentes en este sentido, en el cual se afirmó lo que sigue: "...Alega la recurrente que el Tribunal que participó en la vista, no fue el mismo que dictó la sentencia de sobreseimiento que se impugna, lo cual constituye una nulidad absoluta por resultar concerniente a la constitución del Tribunal. En este asunto el Juzgado de Instrucción de Cartago dictó procesamiento y prisión preventiva contra el imputado en diciembre de 1990 [...]. Por deficiencias en la tramitación no fue sino hasta un año después (el nueve de diciembre de 1991) que dicho Juzgado admitió ante el superior el recurso de apelación que se interpuso contra el auto de procesamiento [...]. El Tribunal Superior convocó a las partes a una audiencia oral para el trece de enero de 1992, pero después, sin pronunciarse sobre esa apelación, se devuelve la causa al Juzgado Instructor para que se pronuncie sobre una incidencia de nulidad. El instructor se pronuncia y de nuevo admite el recurso de apelación contra el auto de procesamiento y prisión preventiva ante el Tribunal el 30 de enero de 1992 [...]. Al recibir el expediente de nuevo el Tribunal opta por dejar sin efecto la vista celebrada con anterioridad porque los jueces que habían estado en esa actuación oral ya no integraban el Tribunal en ese momento, y convocan para otra vista, para el 9 de marzo de 1992 [...]."

De acuerdo con la constancia de la Secretaría del Tribunal, en esta última audiencia oral estuvieron presentes los Jueces Marco Ney Duarte Gamboa, Daniel Obando Venegas y Mario Gómez Somarribas [...], sin embargo luego de celebrada esa diligencia se procede a dictar sentencia de sobreseimiento el 7 de mayo de 1992 los jueces Duarte Gamboa, Obando Venegas y Carlos Manuel García Cabezas [...]. Actuando como **órgano administrativo** este tema fue discutido por la Corte Plena, al evacuar una consulta formulada luego de la jubilación de dos magistrados que habían participado en una serie de audiencias orales en casación y al momento del retiro algunos recursos no estaban resueltos. Por mayoría se dispuso, para el caso de los Magistrados, que por estar jubilados éstos no podían volver a la Sala a votar los asuntos en los cuales habían intervenido. En minoría "... los Magistrados Cervantes, Fernández, Ramírez, Houed, González, Chaves, Castro Monge, Baudrit, Castro Bolaños y Mora votaron afirmativamente, en el sentido de que los Magistrados de la Sala Tercera -hoy jubilados-, salvo impedimento o fuerza mayor, deben votar los recursos a cuya vista hubieren asistido, tomando en consideración que la regla, al efecto, del artículo 65 del Código de Procedimientos Civiles, hoy inexistente en el nuevo Código de esa materia, tenía su apoyo, también, en la interpretación correcta de los numerales 28 y 154 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; pues fue de aplicación general y no únicamente para lo procesal civil, en consideración al principio de Juez Natural que forma parte del debido proceso, que el artículo 154 -hoy derogado no sustituido sino únicamente para lo procesal civil- establecía la pérdida de la facultad para administrar justicia para todos los negocios generales, pero conservándola -conforme al artículo 28- a manera de

obligación, sino se hubiere terminado (entendiéndose por haber sido dictada por él en sentencia) para el negocio (particular) que le hubiere tocado conocer. Esa facultad, necesaria, encuentra ahora, también, contenido en lo dispuesto en el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales, lo que no es tampoco novedoso -sino que ha sido la regla- pues ha estado vigente desde la promulgación del Código General que ya lo disponía así en su artículo 1118..." (Sesión de Corte Plena del 20 de diciembre de 1990, artículo XXXVI).

En virtud del acuerdo tomado por la mayoría en la Corte, esta Sala debió repetir las vistas celebradas con los jubilados, pero incluyendo esta vez a los nuevos Magistrados titulares que habrían de resolver el recurso, salvo aquellas en que las partes manifestaron no tener interés en repetir el acto. En **sede jurisdiccional** y con carácter vinculante por tratarse de un pronunciamiento de la Sala Constitucional, ese órgano había precisado meses antes, en un caso concreto, que "...en la vista convocada al efecto, que tuvo lugar a las catorce horas treinta minutos del cinco de octubre del año último (...), el Tribunal estuvo integrado por los señores Jueces Superiores licenciados Carlos Luis Redondo Gutiérrez quien presidió, Gilberth Bonilla Meléndez e Ifigenia Bustamante Guerrero, al paso que cuando se confirmó en alzada el procesamiento del señor...(quince horas del 16 de noviembre subsiguiente...), el Tribunal fue integrado con los licenciados Redondo Gutiérrez, Bustamante Guerrero y María Emilia Solera Flores. O sea, el órgano que celebró la vista no tiene la misma integración del que se pronunció más tarde sobre el procesamiento de que se alza el accionante, lo cual es motivo de nulidad en los términos del inciso primero del artículo 145 del Código de Procedimientos Penales, en relación con los numerales 146, párrafo segundo y 150 de ese mismo Código... y hace que lo actuado a ese respecto padezca de nulidad (artículo 160 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)..." (Voto N° 22-90 de 14:20 hrs. del 9 de enero de 1990, Sala Constitucional. La resolución aparece publicada íntegramente en la Revista Jurisprudencia Constitucional N° 2, San José, abril de 1992, pp. 28 y 29). Tanto el criterio tomado por la minoría de la Corte (en sede administrativa), como el de la Sala Constitucional en pleno (en sede jurisdiccional), lo ha venido reiterando esta Sala al decretar la nulidad parcial de la sentencia cuando conoce de un recurso de casación y anula por ejemplo solo la imposición de la pena por falta de fundamentación, caso en el cual la Sala exige -con base en los principios jurídicos antes citados- que para la nueva fijación de la pena y su fundamentación el Tribunal debe estar integrado por los mismos jueces que estuvieron en el Debate, aún cuando ya no estén integrando ese mismo Despacho, salvo desde luego los casos de impedimento absoluto, como por ejemplo cuando alguno de los jueces fue destituido como funcionario judicial o falleció. No es un obstáculo el que el servidor estuviere en otro puesto judicial, o que se tratara transitoriamente de un suplente o interino, pues ante estas situaciones lo que procede es solicitarle a la Corte Plena que reinstale al servidor para tomar la decisión en el respectivo caso con el fin de evitar una nulidad total del procedimiento. Esa nulidad se produciría al afectarse reglas básicas del debido proceso, como lo es la propia constitución del Tribunal, en relación con los fundamentos mismos de un proceso oral, como la inmediatez y la identidad física del juzgador, que no tiene vigencia en los procedimientos escritos..." (Sentencia N° 260-F-93, de 16:07 del 7 de junio de 1993, Sala

Tercera). Para ser consecuente con esa posición esta Sala siempre se ha preocupado de que los Magistrados que intervienen en la audiencia oral (vista), sean los mismo que participan en la decisión. Sin embargo al cambiar el sistema de vacaciones de la Salas de la Corte ello a obligado a recurrir con mayor frecuencia a distintas integraciones con magistrados titulares y suplentes, situación que se mantendrá durante casi todo el año, lo que también dificultará la prontitud con la cual deben estudiarse y resolverse los asuntos, pues debe esperarse a que los que estuvieron en la audiencia oral (vista) regresen de sus vacaciones para que voten, y cuando éstos regresan a su vez otros que también deben intervenir en el mismo asunto salen de vacaciones, obstaculizándose la administración de justicia. Se trata de un problema que si bien tiene un carácter pragmático, también tiene un contenido de naturaleza sustantiva, al estar involucrado uno de los derechos constitucionales más sensibles como lo es la celeridad y la prontitud con que la administración de justicia debe resolver los juicios en la materia penal, según lo exige el artículo 41 de la Constitución Política, pero que algunos podrían entender que se afecta la exigencia de "cumplida". Por lo anterior esta Sala se permite consultar a la Sala Constitucional si será factible, con base en la norma constitucional antes citada y para hacerla cumplir en el caso concreto, hacer una distinción y eventualmente excepcionar algunos casos del criterio sustentado ya en su resolución número 22-90, en el sentido de que por regla y para todos los casos debe mantenerse el criterio de que los jueces que

intervienen en una audiencia oral que precede una resolución deben ser los mismos que conformen el Tribunal al adoptar esta última; sin embargo que para ciertos supuestos, que se indicarán de seguido, es admisible que intervengan en la decisión algunos jueces que no hubieren estado presentes en la audiencia oral, siempre que concurren los siguientes supuestos: **a)** En primer término, que con ello se persiga acelerar los procedimientos, en virtud de existir razones justificadas que impiden que quienes estuvieron en la audiencia oral se reúnan en fecha próxima a estudiar y resolver el asunto; **b)** en segundo lugar que todos los que van a resolver estén en capacidad de hacerlo, sin afectar los derechos de ninguno de los sujetos del proceso; **c)** en tercer lugar que se trate de audiencias en las que no se reciban elementos de prueba oral que deban apreciarse para tomar la decisión, lo cual excluye los debates de la materia penal; **d)** en cuarto lugar que las argumentaciones de las partes consten ya por escrito, como ocurre en la mayoría de los recursos (al menos los de casación), donde las partes van a la audiencia oral (vista) a sintetizar los fundamentos de cada uno de los motivos que ya ha expuesto por escrito al formular la impugnación. Consecuentemente, la excepción excluiría los casos en que la audiencia oral alguno de los sujetos del proceso amplíe sólo verbalmente los fundamentos del recurso, sin dejarlos por escrito."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 21-A de las 10,15 hrs. del 17 de febrero.

INDICE GENERAL

REVISTA CIENCIAS PENALES

REVISTA NUMEROS 1 A 10

*Preparado por: Alfonso E. Chaves Ramírez
Juan Diego Rojas Araya*

CONTENIDO

A.- Indice de Materias

B.- Indice de Autores

NOTA: Los números romanos representan la revista y los arábigos la página.

A.- INDICE DE MATERIAS

CRIMINOLOGIA

Política Criminal, criminalización, descriminalización y medios sustitutivos a la prisión (Análisis concreto de la problemática contravencional)
Eric Alfredo Chirino Sánchez I- 7 a 18

Acerca del principio del respeto a las autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica.
Raúl Cervini II- 5 a 15

Límites del control social a través del sistema penal.
Henry Issa El Khoury Jacob III- 10 a 20

Política Criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal.
Elías Carranza VI- 19 a 25

DERECHO PENAL

La vigencia formal de la justicia penal militar en Costa Rica.
Daniel González Alvarez I- 3 a 6

La determinación de la pena en el concurso ideal de delitos.
Juan Marcos Rivero Sánchez I- 19 a 23

La extradición (Nociones y principios generales)
José Manuel Arroyo Gutiérrez I- 36 a 45

El desistimiento voluntario.
Javier Llobet Rodríguez I- 49 a 56

Imputabilidad e intoxicación alcohólica.
Eduardo Vargas Alvarado II- 27 a 29

Elementos que participan en la incidencia de accidentes de tránsito.
Guillermo Matamoros Hidalgo II- 30 a 35

Responsabilidad penal de los directores de diarios y la jurisprudencia en Costa Rica.
Luis Sáenz Zumbado III- 31 a 39

Algunas consideraciones sobre el delito de muchedumbres.
Daniel González Alvarez III- 45 a 60

Un análisis histórico del delito en el Archivo Nacional: el delito contra la propiedad en San José 1870-1900.
Carlos Naranjo G IV- 49 a 57

La extradición de nacionales en Costa Rica.
Cecilia Sánchez Romero,
Jorge Chacón Laurito V- 29 a 32

El tratamiento del error en la legislación penal y en la jurisprudencia costarricense.
Alfredo Chirino S. ,
Mario A. Houed Vega VI- 26 a 35

- Aspectos históricos y económicos sobre el tráfico de drogas frente a las relaciones de cooperación internacional que rigen la materia.
Cristina Rojas Rodríguez VII- 16 a 34
- El concepto de engaño, en el delito de Estafa, en los códigos penales y la jurisprudencia costarricense.
Victor Alfonso Dobles Ovares VIII- 33 a 39
- Policia Judicial: Una perspectiva latinoamericana.
José María Tijerino Pacheco VIII- 61 a 68
- Eficacia del sistema penal y la protección frente al nuevo orden mundial.
Luis Guillermo Herrera Castro IX- 41 a 46
- El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas.
Cecilia Sánchez Romero, Mario Alberto Houed Vega, Alfredo Chirino Sánchez . . . IX- 47 a 63
- Solución alternativa de conflictos penales Una propuesta de marco teórico
Henry Issa El khoury jacob IX- 65 a 72
- La violación dentro del matrimonio precedente jurisprudencial
Cecilia Sánchez Romero X-48 a 50
- El error de tipo
Carlos Chinchilla Sandoval X-51 a 63
- Derecho Penal de Menores y derechos humanos en América Latina
Carlos Tiffer Sotomayor X-28 a 38
- DERECHO PROCESAL PENAL**
- La posición jurídica del ofendido en el derecho procesal penal latinoamericano
Carlos Tiffer Sotomayor I- 24 a 35
- Las nulidades en el proceso penal
Mario Alberto Houed Vega I- 46 a 48
- Sobre la autodefensa
José María Tijerino Pacheco II- 16 a 22
- Indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva
Javier Llobet Rodríguez II- 23 a 26
- Acerca de la declaración del imputado
José María Tijerino Pacheco III- 21 a 30
- La carga de la prueba en el proceso penal
Mario Alberto Houed Vega III- 40 a 44
- La importancia del juicio oral en el proceso penal
Luis Paulino Mora Mora IV- 8 a 17
- La Sala Constitucional: ¿ Atenta contra la jurisdicción penal?
Gilberth Armijo Sancho IV- 21 a 29
- Publicidad periodística de los procesos penales
Luis Sáenz Zumbado IV- 30 a 39
- Fundamentación a la oposición al requerimiento de Elevación a Juicio
José D Hidalgo Murillo,
Carlos A Chaves Solera IV- 40 a 48
- Aporte al estudio del régimen procesal de las contravenciones en Costa Rica
María Antonieta Sáenz Elizondo . . . V- 19 a 27
- Herramientas informáticas para el control y decisión de los procesos penales
Juan Diego Castro Fernández V- 35 a 41
- El Ministerio Público y su papel en las sentencias de sobreseimiento
Manuel Rojas Salas V- 43 a 52
- La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina
Luis Paulino Mora Mora,
Daniel González Alvarez V- 53 a 65
- La prueba ilícita en el proceso penal
María Antonieta Sáenz Elizondo . . . VI- 36 a 46
- Nuevas corrientes procesales penales en la dogmática
José María Tijerino Pacheco VI- 47 a 49
- Falta de fundamentación de la sentencia y violación de reglas de la sana crítica
Francisco Dall' Anese Ruiz VI- 50 a 57
- Debido Proceso y pruebas penales
José María Tijerino Pacheco VII- 35 a 38

El recurso de casación del actor penal o civil
contra el sobreseimiento del juez penal
Ricardo Salas Porras VII- 39 a 43

Algunas nociones en torno a la instrucción
penal preparatoria
Leovigildo Rodríguez Anchía VII- 44 a 58

La declaración del imputado: un medio de
defensa o un medio de prueba
Eddie Alvarado Vargas VII- 59 a 62

El principio de oportunidad en el ejercicio
de la acción penal
Daniel González Álvarez VII- 63 a 69

Principios fundamentales para la reforma de un
sistema procesal mixto El caso de Costa Rica
Fernando Cruz Castro VIII- 40 a 51

Los órganos de la casación penal frente a la
apertura del recurso de casación
Jorge Luis Arce Víquez VIII- 52 a 60

Justicia, Constitución y Debido Proceso
Daniel González Álvarez VIII- 69 a 86

Discriminación e ineficacia en la persecución del
delito económico: La inevitable perversión del
sistema penal
Fernando Cruz Castro IX- 27 a 40

El estado civil en el proceso penal
Alfonso E Chaves Ramírez X-39 a 47

Algunas consideraciones sobre la evolución de la
casación penal
Daniel González Álvarez ,
Mario A Houed Vega X-64 a 78

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

El daño reflejo o por rebote Un cambio
jurisprudencial en materia de
responsabilidad civil
Diego Baudrit Carrillo II- 36 a 43

Las garantías del tipo penal y la misión
moralizante del juez A propósito de un comentario
jurisprudencial
Henry Issa El Khoury Jacob II- 44 a 49

La inmunidad parlamentaria
Hernán Esquivel Salas II- 50 a 59

Competencia de la Sala Constitucional
en materia penal
Cecilia Sánchez Romero II- 60 a 67
La validez constitucional
Carlos Tiffer Sotomayor III- 83

Bien jurídico y derecho de castigar del Estado
Comentarios sugeridos por una sentencia de la
Sala Constitucional
Henry Issa El Khoury,
Alfredo Chirino Sánchez VII- 10 a 15

LEGISLACION COMENTADA

La naturaleza inconstitucional del artículo 27 de
la Ley sobre sustancias psicotrópicas, drogas de
uso no autorizado y actividades conexas
María Gerarda Arias Méndez III- 61 a 63

El título VI del Código Penal: instrumentación de
violaciones constitucionales
María Gerarda Arias Méndez IV- 58 a 62

El aumento de las penas en Costa Rica
Eugenio Raúl Zaffaroni V- 65 a 72

Bases para una legislación policial en Costa Rica
José Manuel Arroyo Gutiérrez V- 9 a 17

Penas alternativas y ejecución penal
Henry Issa El Khoury Jacob VI- 58 a 54

Hacia una modificación de la figura del juez de
ejecución de la pena
Gilbert Armijo Sancho y otros VII- 70 a 73

DOCTRINA EXTRANJERA

¿Alternativa al principio de culpabilidad?
Winfried Hassemmer III- 2 a 9

Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos
fundamentales
Luigui Ferrajoli V- 2 a 8

Los órganos colaboradores de la justicia
constitucional en Costa Rica y en España
Vicente Gimeno Sendra VI- 2 a 7

Los derechos de los acusados en la Constitución de los Estados Unidos de América
David P Flint VI- 8 a 18

Cárcel y derechos humanos
Roberto Bergalli VII- 2 a 9

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

Winfried Hassemer VIII- 3 a 9
Principios fundamentales de un derecho penal democrático

Juan Bustos Ramírez VIII- 10 a 17
Sobre la personalidad

Antonio Beristain VIII- 18 a 23
El proceso penal y la persona humana

JF Martínez Rincones VIII- 24 a 32
La razón de Estado como fundamento del control penal en España

Roberto Bergalli IX- 2 a 6
Derecho Penal y paz social Ensayo sobre una aparente contradicción

Emiliano Borja Jiménez IX- 7 a 16
Funciones y disfunciones del Ministerio Público

Alberto M Binder IX- 17 a 26
La razón de Estado como nuevo fundamento del control penal en España

Roberto Bergalli IX- 2 a 6

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Penal reciente

Cecilia Sánchez Romero III- 64 a 82
IV- 63 a 87,
V- 73 a 102,
VI- 65 a 103,
VII- 74 a 114,
VIII- 87 a 107,
IX- 73 a 115
X- 79 a 123

B- INDICE DE AUTORES

Alvarado Vargas, Eddie
La declaración del imputado:
un medio de defensa o un medio
de prueba VII- 59 a 62

Arce Viquez, Jorge Luis
Los órganos de la casación penal frente a la
apertura del recurso de casación . . . VIII- 52 a 60

Arias Méndez, María Gerarda
La naturaleza inconstitucional del artículo 27 de
la Ley sobre sustancias psicotrópicas, drogas de
uso no autorizado y actividades
conexas III- 61 a 63

El título VI del Código Penal: instrumentación de
violaciones constitucionales IV- 58 a 62

Armijo Sancho, Gilberth
La Sala Constitucional: ¿Atenta contra la
jurisdicción penal? IV- 21 a 29

Hacia una modificación de la figura del
juez de ejecución de la pena VII- 70 a 73

Arroyo Gutiérrez, José Manuel
La extradición (Nociones y principios
generales) I- 36 a 45

Bases para una legislación policial
en Costa Rica V- 9 a 17

Baudrit Carrillo, Diego
El daño reflejo o por rebote Un cambio
jurisprudencial en materia de
responsabilidad civil III- 36 a 43

Bergalli, Roberto
La razón de Estado como nuevo fundamento del
control penal en España IX- 2 a 6

Cárcel y derechos humanos VII- 2 a 9

Binder, Alberto M
Funciones y disfunciones del
Ministerio Público IX- 17 a 26

Beristain, Antonio
Sobre la personalidad VIII- 18 a 23

Borja Jiménez, Emiliano
Derecho Penal y paz social. Ensayo sobre una
aparente contradicción IX- 7 a 16

Bustos Ramírez, Juan
Principios fundamentales de un
derecho penal democrático VIII- 10 a 17

Carranza, Elías
Política Criminal y humanismo en la reforma
de la justicia penal VI- 19 a 25

- Cervini, Raúl
Acerca del principio del respeto a las autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica . . . II- 5 a 15
- Castro Fernández, Juan Diego
Herramientas informáticas para el control y decisión de los procesos penales V- 35 a 41
- Cruz Castro, Fernando
Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto
El caso de Costa Rica VIII- 40 a 51
- Discriminación e ineficacia en la persecución del delito económico: La inevitable perversión del sistema penal IX- 27 a 40
- Chacón Laurito, Jorge, Cecilia Sánchez Romero
La extradición de nacionales en Costa Rica V- 29 a 32
- Chirino Sánchez, Eric Alfredo
Política Criminal, criminalización, descriminalización y medios sustitutivos a la prisión (Análisis concreto de la problemática contravencional) I- 7 a 18
- El tratamiento del error en la legislación penal y en la jurisprudencia costarricense VI- 26 a 35
- Bien jurídico y derecho de castigar del Estado
Comentarios sugeridos por una sentencia de la Sala Constitucional VII- 10 a 15
- El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas IX- 47 a 63
- Chaves Solera, Carlos A, José D Hidalgo Murillo
Fundamentación a la oposición al requerimiento de Elevación a Juicio . . IV- 40 a 48
- Chaves Ramírez, Alfonso E
El estado civil en el proceso penal . . . X-39 a 47
- Chinchilla Sandoval, Carlos
El error de tipo X-51 a 63
- Dall' Anese Ruiz, Francisco
Falta de fundamentación de la sentencia y violación de reglas de la sana crítica . VI- 50 a 57
- Dobles Ovares, Victor Alfonso
El concepto de engaño, en el delito de Estafa , en los códigos penales y la jurisprudencia costarricense VIII- 33 a 39
- Esquivel Salas, Hernán
La inmunidad parlamentaria II- 50 a 59
- Gimeno Sendra, Vicente
Los órganos colaboradores de la justicia constitucional en Costa Rica y en España VI- 2 a 7
- Ferrajoli, Luigi
Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales V- 2 a 8
- Flint, David P
Los derechos de los acusados en la Constitución de los Estados Unidos de América . . . VI- 8 a 18
- González Alvarez, Daniel
La vigencia formal de la justicia penal militar en Costa Rica I- 3 a 6
- Algunas consideraciones sobre el delito de muchedumbres III- 45 a 60
- La prueba en el Código Procesal Penal
Tipo para América Latina V- 53 a 65
- El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal VII- 63 a 69
- Justicia, Constitución y Debido Proceso VIII- 69 a 86
- Algunas consideraciones sobre la evolución de la casación penal X-64 a 78
- Hassemer, Winfried
¿Alternativa al principio de culpabilidad? III- 2 a 9
- El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz" VIII- 3 a 9
- Herrera Castro, Luis Guillermo
Eficacia del sistema penal y la protección frente al nuevo orden mundial IX- 41 a 46
- Hidalgo Murillo, José D, Carlos A Chaves Solera
Fundamentación a la oposición al requerimiento de Elevación a Juicio . . IV- 40 a 48

- Houed Vega, Mario Alberto
Las nulidades en el proceso penal I- 46 a 48
- La carga de la prueba en el proceso penal III- 40 a 44
- El tatamiento del error en la legislación penal
y en la jurisprudencia costarricense . . . VI- 26 a 35
- El abolicionismo y el rol de las
comunidades indígenas IX- 47 a 63
- Algunas consideraciones sobre la evolución
de la casación penal X-2 a 8
- Issa El Khoury Jacob, Henry
Las garantías del tipo penal y la misión
moralizante del juez . A propósito de un
comentario jurisprudencial II- 44 a 49
- Límites del control social a
través del sistema penal III- 10 a 20
- Penas alternativas y ejecución penal VI- 58 a 54
- Bien jurídico y derecho de castigar del Estado.
Comentarios sugridos por una sentencia de la
Sala Constitucional VII- 10 a 15
- Solución alternativa de conflictos penales
Una propuesta de marco teórico . . . IX- 65 a 72
- Llobet Rodriguez, Javier
El desistimiento voluntario I- 49 a 56
- Indemnización al absuelto que sufrió
prisión preventiva II- 23 a 26
- Matamoros Hidalgo, Guillermo
Elementos que participan en la incidencia
de accidentes de tránsito II- 30 a 35
- Martínez Rincones, J.F.
El proceso penal y la persona humana VIII- 24 a 32
- Mora Mora, Luis Paulino
La prueba en el Código Procesal Penal
Tipo para América Latina V- 53 a 65
- La importancia del juicio oral
en el proceso penal IV- 8 a 17
- Naranjo G. Carlos
Un análisis histórico del delito en el Archivo
Nacional: el delito contra la propiedad
en San José 1870-1900 IV- 49 a 57
- Rivero Sánchez, Juan Marcos
La determinación de la pena en el
curso ideal de delitos I- 19 a 23
- Rojas Rodriguez, Cristina
Aspectos históricos y económicos sobre el tráfico
de drogas frente a las relaciones de cooperación
internacional que rigen la materia . . VII- 16 a 34
- Rojas Salas, Manuel
El Ministerio Público y su papel en las sentencias
de sobreseimiento V- 43 a 52
- Rodriguez Anchía, Leovigildo
Algunas nociones en torno a la instrucción penal
preparatoria VII- 44 a 58
- Sáenz Elizondo, María Antonieta
Aporte al estudio del régimen procesal de las
contravenciones en Costa Rica V- 19 a 27
- Sáenz Elizondo, María Antonieta
La prueba ilícita en el proceso penal . VI- 36 a 46
- Sáenz Zumbado, Luis
Publicidad periodística de los
procesos penales IV- 30 a 39
- Sáenz Zumbado, Luis
Responsabilidad penal de los directores de diarios
y la jurisprudencia en Costa Rica . . . III- 31 a 39
- Salas Porras, Ricardo
El recurso de casación del actor penal
o civil contra el sobreseimiento
del juez penal VII- 39 a 43
- Sánchez Romero, Cecilia
Competencia de la Sala Constitucional
en materia penal II- 60 a 67
- Sánchez Romero, Cecilia
La extradición de nacionales en Costa Rica V- 29 a 32
- El abolicionismo y el rol de las
comunidades indígenas IX- 47 a 63
- La violación dentro del matrimonio
precedente jurisprudencial X-48 a 50

Jurisprudencia Penal reciente	III- 64 a 82, IV- 63 a 87, V- 73 a 102, VI- 65 a 103, VII- 74 a 114, VIII- 87 a 107, IX- 73 a 115. X-79 a 123	Acerca de la declaración del imputado	III- 21 a 30
		Nuevas corrientes procesales penales en la dogmática	VI- 47 a 49
		Debido Proceso y pruebas penales . . .	VII- 35 a 38
Tiffer Sotomayor, Carlos		Policia Judicial: Una perspectiva latinoamericana	VIII- 61 a 68
La posición jurídica del ofendido en el derecho procesal penal latinoamericano	I- 24 a 35		
La validez constitucional	III- 83	Vargas Alvarado, Eduardo	
		Imputabilidad e intoxicación alcohólica	II- 27 a 29
Derecho Penal de Menores y derechos humanos en América Latina	X-28 a 38	Zaffaroni, Eugenio Raúl	
		El aumento de las penas en Costa Rica	V- 65 a 72
Tijerino Pacheco, José María			
Sobre la autodefensa	II- 16 a 22		



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: ₡700.00



Esta revista se edita con la colaboración del Colegio de Abogados de Costa Rica