

CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

JULIO 1996

AÑO 8, Nº 11

DOCTRINA EXTRANJERA

Juicio Penal Abreviado

José I. Cafferata Nores

La mujer ante el Derecho Penal

Elena Larrauri

Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. II Parte

Perfecto Andrés Ibañez

DOCTRINA NACIONAL

Abolicionismo y democracia

Cecilia Sánchez Romero

Mario Alberto Houed Vega

La reacción formal al delito

Ricardo Salas Porras

Política anti-drogas y sus efectos en América Latina

Roy Murillo Rodríguez

La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal

Daniel González Álvarez

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Penal reciente

Cecilia Sánchez



ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES
DE COSTA RICA

Cédula Jurídica Nº 3-002-109059-14
Registro Nacional

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Alvarez, Director
Henry Issa El Khoury Jacob
Mario Houed Vega

CONSEJO EDITORIAL CONSULTIVO

Dr. Wolfgang Shöne, Alemania
Dr. Alessandro Baratta, Alemania-Italia
Dr. David Baigún, Argentina
Dr. Raúl Zaffaroni, Argentina
Dr. Fernando de la Rúa, Argentina
Dr. Julio Maier, Argentina
Dr Alejandro Colanzi Z., Bolivia
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 Cuéllar, 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 ASOCIACIÓN
DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

Mario Houed Vega
Presidente
Henry Issa El Khoury Jacob
Vicepresidente
Francisco Dall'anese Ruiz
Secretario
Carlos Luis Redondo Gutiérrez
Tesorero
Juan Marco Rivero Sánchez
Fiscal
Ana Isabel Carita Vilchez
Vocal
Cecilia Sánchez Romero
Actividades Académicas

**El contenido de los artículos
publicados es responsabilidad de su
autor y no necesariamente refleja la
opinión del Consejo Editorial o de la
Asociación.**

ISSN 1409-0643

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias
Penales de Costa Rica

DOCTRINA EXTRANJERA

Juicio Penal Abreviado 3
José I. Cafferata Nores

La mujer ante el Derecho Penal 8
Elena Larrauri

Acerca de la motivación de los hechos en la
sentencia penal. II Parte 20
Perfecto Andrés Ibañez

DOCTRINA NACIONAL

Abolicionismo y democracia 35
Cecilia Sánchez Romero
Mario Alberto Houed Vega

La reacción formal al delito 49
Ricardo Salas Porras

Política anti-drogas y sus efectos en América Latina . . . 55
Roy Murillo Rodríguez

La oralidad como facilitadora de los fines,
principios y garantías del proceso penal 60
Daniel González Alvarez

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Penal reciente 83
Cecilia Sánchez

Diseño, artes finales e impresión ABC EDICIONES S.A., julio
1996. Diseño de portada por Gerardo González, basado en
un dibujo de Edgar León M., titulado: Entre la luna y los
sueños.

Editorial

Costa Rica atraviesa un proceso de cambio profundo en su sistema penal. Recientemente se aprobaron, entre otras reformas parciales, una nueva Ley Penal Juvenil, y un Código Procesal Penal. La primera viene a modernizar el juzgamiento de los menores de edad, al abandonarse la idea "tutelar" y proteccionista de la legislación anterior, en cuyo nombre se cometieron grandes arbitrariedades. Pero al mismo tiempo pone sobre la mesa el tema de la represión penal, en momentos en que este sector de la población interviene en mayor medida en organizaciones delincuenciales y en ciertos actos de violencia, como los asaltos callejeros, el robo de vehículos, el tráfico de drogas y hasta el homicidio. Los legisladores acogieron el criterio de los técnicos al adoptar la nueva legislación, en la medida en que ésta prevé finalmente un debido proceso, con todos los derechos propios de la defensa, y separa las funciones del acusador-investigador de las tareas del juez. Sin embargo, se apartaron totalmente de esas recomendaciones técnicas respecto de las consecuencias. En efecto, se dejaron llevar por una corriente de opinión pública favorable a un incremento de las sanciones penales, y elevaron los montos de las penas de manera que éstas pueden llegar a 10 años de prisión para los infractores o las infractoras de 12 a 15 años de edad, y hasta 15 años de prisión para los infractores o las infractoras de 15 a 18 años de edad. Esperamos que éstas sanciones no lleguen a ser aplicadas en forma indiscriminada, y que sus extremos mayores se impongan sólo en casos muy excepcionales, en los que se evidencie que el o la menor tiene un buen nivel de desarrollo y madurez para su edad, que ha actuado con evidente menosprecio para los derechos de los demás y con profunda lesividad y violencia, pero sobre todo en aquellos supuestos en los cuales requiera de ayuda y orientación.

El nuevo Código Procesal Penal que entrará en vigencia el 1º de enero de 1998, recoge las principales recomendaciones formuladas para el juzgamiento de adultos. En efecto, se siguen las pautas del Código Procesal Penal Tipo para América Latina, y se tuvieron presentes las grandes reformas europeas (Alemania, Italia, Portugal), así como los modernos códigos procesales de algunas provincias argentinas, el Código guatemalteco, y los proyectos hasta ahora elaborados para algunos países latinoamericanos, como El Salvador, Ecuador, Paraguay, Bolivia, entre otros.

De acuerdo con la nueva legislación procesal la investigación preparatoria se traslada al Ministerio Público, quien será el responsable del ejercicio de la acción. A su lado se fortalece la participación de la víctima, al permitirle que se convierta en acusador adjunto y en algunos casos exclusivo, así como potenciar sus derechos en el curso del procedimiento. Esto se hace, sin embargo, sin escamotearle los derechos al acusado. Por el contrario, se mantiene la necesidad de ejercer un control jurisdiccional sobre la labor de investigación, por medio del juez de garantías, y a la vez se facilitan algunos mecanismos alternativos como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, la extinción de la acción penal por indemnización, el principio de oportunidad, entre otros.

Se adopta también la posibilidad de que el juicio pueda dividirse en dos etapas bien diferenciadas: una para determinar o descartar la responsabilidad penal, y la otra para establecer sus consecuencias penales y civiles. Se incorporan procedimientos especiales, como el proceso abreviado, y se establecen nuevos parámetros más abiertos y proteccionistas para la casación.

En fin, son muchas las instituciones jurídicas novedosas que contiene la nueva legislación penal de adultos. Estos meses de "vacancia" servirán de preparación para asumir ese reto. Indiscutiblemente la posibilidad para llegar con éxito hacia el nuevo sistema la ha brindado el Código de Procedimientos Penales de 1975, elaborado por el tratadista Vélez Mariconde para su querida Córdoba. Desde entonces pasamos a una justicia oral, al menos en su fase de juicio, separamos la función de acusar de la de juzgar, junto a principios básicos como el de libertad probatoria y libre apreciación de la prueba, entre otros.

Varios de los miembros de la Asociación intervinieron en la redacción de esos textos. Ahora se comienza a trabajar en una tarea quizás más difícil: la de divulgar las bases del sistema proyectado en la ley, para pasar finalmente a la dura labor de la aplicación real en todos y cada uno de los despachos judiciales. Esperamos asumir con mística los nuevos retos y cumplir con los objetivos básicos de la reforma: humanizar la administración de justicia penal y garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos involucrados en el conflicto.-

DOCTRINA EXTRANJERA

Juicio penal abreviado

José I. Cafferata Nores

A- La propuesta para Costa Rica

El recién aprobado Código Procesal Penal para Costa Rica, incorpora entre sus novedades más salientes, la regulación del procedimiento abreviado¹.

Como un aporte para la mejor comprensión de la nueva institución, ofrecemos estas reflexiones originadas con motivo de la vigencia en Córdoba, República Argentina, de un año de juicio abreviado, y desarrolladas como fundamento de proyectos similares para otros estados y para el orden federal de este, mi país.

B- La ley vigente en Córdoba (R. Argentina)

La idea de lograr sentencias en un lapso razonable, con fuerte ahorro de energía y recursos jurisdiccionales y sin desmedro de la justicia, tradicionalmente aceptada para delitos leves, se ha extendido últimamente también para el tratamiento de ilícitos de mayor entidad. Respecto de estos ahora se admiten alternativas para evitar el juicio oral y público, cuando él no sea imprescindible para arribar a una sentencia que resuelva el caso, con respecto de los principios de legalidad y verdad: Condición sine que non (aunque no la única) para ello será que la

1. Artículo 373. **Admisibilidad.** En cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando:

- a) El Imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento.
- b) El Ministerio Público y el querellante manifiesten su conformidad.

La existencia de colimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos.

Artículo 374. **Trámite inicial.** El Ministerio Público, el querellante y el imputado, conjuntamente o por separado, manifestarán su deseo de aplicar el procedimiento abreviado y acreditarán el cumplimiento de los requisitos de ley.

El Ministerio Público y el querellante, en su caso, formularán la acusación si no lo han hecho, la cual contendrá una descripción de la conducta atribuida y su calificación jurídica; y solicitarán la pena por imponer. Para tales efectos, el mínimo de la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio.

Se escuchará a la víctima de domicilio conocido, pero su criterio no será vinculante.

Si el tribunal estima procedente la solicitud, así lo acordará y enviará el asunto a conocimiento del tribunal de sentencia.

Artículo 375. **Procedimiento en el tribunal de juicio.** Recibidas las diligencias, el tribunal dictará sentencia salvo que, de previo, estime pertinente oír a las partes y la víctima de domicilio conocido en una audiencia oral.

Al resolver el tribunal puede rechazar el procedimiento abreviado y, en este caso, reenviar el asunto para su tramitación ordinaria o dictar la sentencia que corresponda. Si ordena el reenvío, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una confesión.

Si condena, la pena impuesta no podrá superar la requerida por los acusadores.

La sentencia contendrá los requisitos previstos en este Código, de modo sucinto, y será recurrible en casación

prueba reunida en la investigación preparatoria sea idónea a tal fin, sin que sea necesario reproducirla en un debate, a criterio de los sujetos esenciales del proceso.

C- Procedencia

Bajo esta premisa y con aquél propósito, aparece la propuesta del juicio abreviado, que procede en caso de flagrancia, o confesión llana y circunstanciada del imputado, (que podría sustituirse por una conformidad con la acusación); requiere el acuerdo del Tribunal, el M P Fiscal y el imputado y su defensor, sobre su procedencia; permite omitir la recepción oral y pública de la prueba, y fundamentar la sentencia en las pruebas recibidas en la investigación preparatoria, (que se consideran idóneas para resolver el caso), no pudiendo imponerse -en tal supuesto- al imputado una sanción más grave que la pedida por el M P Fiscal. Tales son las disposiciones de los arts. 356 y 415 del Código Procesal Penal de Córdoba.²

Pero es cierto que aquel acuerdo es formal, porque solo exterioriza uno previo y de carácter material: El que el M P Fiscal y el defensor hacen sobre la pena a imponer, que será más leve como contrapartida del consentimiento para el trámite abreviado, o de la confesión, y que el tribunal, si lo acepta, no podrá aumentar.

D- El Principio de Legalidad.

Tal como esta estructurado actualmente

nuestro sistema penal -que sigue respondiendo al principio de legalidad y al de verdad real, salvo contadas excepciones (vgr, suspensión del juicio a prueba)-, no hay un marco jurídico que permita incorporar en el acuerdo criterios de oportunidad o concesiones hacia la verdad consensuada. Este debe circunscribirse a la cantidad o calidad de la pena aplicable al caso concreto, de acuerdo a la calificación jurídica que corresponde al hecho acusado, que además de flagrante, confesado o reconocido por el imputado, debe encontrarse acreditado concordantemente por las pruebas de la investigación preparatoria.

No se trata, entonces de que el acuerdo pueda libremente evitar la pena para algunos delitos, reprimiéndose solo otros, o que la pena a imponer sea inferior al mínimo de la escala prevista para el delito acusado, o que se tenga como probado un hecho distinto del que ocurrió, o como existentes uno que no esta acreditado que exista, o que el acusado participó en él (aun cuando, en realidad algunas de estas cosas puedan ocurrir).

Se trata de acordar un punto entre el mínimo y el máximo de la escala penal conminada para el delito de que se trata (o la elección de una pena entre las previstas como alternativas) que a criterio del acusado le resulte favorable, como contrapartida de su consentimiento al procedimiento más rápido y económico (caso de flagrancia) o de su reconocimiento o aceptación de los hechos que se le atribuyen. La confesión ha sido valorada tradicionalmente como una circunstancia atenuante de la pena.³

2. Artículo 356. **Flagrancia. Confesión.** En caso de flagrancia o cuando el Imputado confesare circunstanciada y llanamente su culpabilidad, el Fiscal -a pedido del defensor- podrá omitir la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, y requerirá, sin más trámite, la citación a juicio (355). En este supuesto, no regirá el artículo 357 y el juicio se sustanciará con arreglo del artículo 415.

Artículo 415. **Trámite.** Si el Imputado confesare circunstanciada y llanamente su culpabilidad, podrá omitirse la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, siempre que estuvieren de acuerdo el Tribunal, el Fiscal y los defensores.

En tal caso, la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la Investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al Imputado una sanción más grave que la pedida por el Fiscal.

No regirá lo dispuesto en este artículo en los supuestos de conexión de causas, si el Imputado no confesare con respecto a todos los delitos atribuidos, salvo que se haya dispuesto la separación de juicios (368).

3. "La versión confesoria certera -dice MONTERO, Jorge- debe valorarse en el futuro como una conducta atemperante en la mesuración de la pena". El Procedimiento abreviado en materia penal, en "Estudio sobre el nuevo CPP de Cuba". pág.248. La jurisprudencia argentina ha admitido la confesión como atenuante de la pena,

Es posible encontrar en el juicio abreviado reminiscencias de la plea bargaining americana, verdadera negociación de la acción penal, mediante la cual el fiscal puede concertar con el imputado condiciones más favorables para éste último, siempre a cambio de su confesión, lo que se expresa finalmente en la imposición de una pena menor a la que correspondería.⁴ Sin embargo, la diferencia esencial entre ambos, es que esta práctica de los E.E.U.U. no respeta los principios de legalidad ni de verdad, pues el acuerdo permite no perseguir todos los delitos atribuidos, o la admisión como ciertos, de hechos de menor gravedad que los ocurridos realmente.

En otros términos, la plea bargaining permite la disposición sobre la pretensión penal; y el juicio abreviado, no lo permite (ni podría hacerlo sin que lo autorice el derecho penal sustantivo).

E- La Verdad.

El proceso penal aspira a lograr una reconstrucción conceptual del hecho que constituye un objeto, lo más ajustado posible a la realidad, procurando una concordancia o adecuación entre lo ocurrido y lo que se conozca al respecto. Es la verdad correspondencia, o verdad real, que se reduce, por las dificultades fácticas y las limitaciones jurídicas reconocidas, a una "verdad jurídica" o "verdad procesal".

El juicio abreviado no piensa en prescindir de ella, o en sustituirla por una verdad consensuada⁵, (al menos de acuerdo a su regulación legal). Basta reparar en que la sentencia se

fundará en las pruebas recogidas en la investigación fiscal preparatoria (que se orienta hacia el logro de la verdad) y no en la confesión que pudiera haber prestado el acusado, en el marco del acuerdo, confesión que -es bueno recordarlo- deberá ser verosímil y concordante con aquellas probanzas, lo que ratificará (reforzándolo) su valor conviccional. Solo en estas condiciones puede imaginarse que el Tribunal, el M P Fiscal y el defensor del imputado acuerden responsablemente, omitir la recepción en juicio oral y público de las pruebas tendientes a acreditar la culpabilidad del confesante. A la vez, en la hipótesis de flagrancia, la prueba esta in re ipsa.

En tal sentido se ha dicho que el juicio abreviado corresponde para casos que no revisitan complejidad de prueba y que su evidencia obvie la recepción de toda otra prueba por innecesaria, en los que el material probatorio legalmente colectado en la investigación penal preparatoria, puede dar base a la sentencia, "prescindiendo de una reiteración presumida como estéril, por los sujetos esenciales del proceso", porque no se trata de un acuerdo entre partes sin asidero probatorio, sino el caso de que todo fue "muy bien aclarado durante la instrucción"⁶.

F- Control Jurisdiccional.

La procedencia del juicio abreviado requiere la conformidad del Tribunal (si no la presta, debe adoptarse el trámite ordinario) que estará relacionada, en realidad, con su anuencia sobre

valorándola como un indicio favorable de la personalidad del imputado al ser demostrativa de arrepentimiento (vgr. CCrim, Rosario, sala II, 17/4/80, "H.M.F. y otro", en Zeus, Tomo 20-166; CNFed, Sala Crim. y Corre, 20/10/70, "Rodríguez, Antonio y otro", en LL 142-522; CNCRim. y Correc, sala V, 31/5/68, "Alonso Alberto", en LL 133-477). Ya el Proyecto Tejedor incluía explícitamente la confesión como atenuante de la pena. (Ver Gurruchaga, Hugo: "La ética y la confesión en el procedimiento penal", LL 1985-D-1180).

4. BOVINO, Alfredo. Simplificación del procedimiento y juicio abreviado en "Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Procesal", Colegio de Abogados de Córdoba, 1995, pág.591.
5. "La simplificación del proceso no se puede traducir en el abandono de la función que cumple y creo, seguirá cumpliendo: la búsqueda de la verdad", dice BINDER, Alberto, Justicia Penal y Estado de Derecho, pág.73.
6. Opiniones de MONTERO, Jorge. El procedimiento...cit pág.248; VIVAS, Gustavo. La confesión transaccional y el juicio abreviado, en "Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba", (Lerner 1993) pág.233; SUPERTI, Raúl. Debate sobre el Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Santa Fe (Santa Fe 1993), pág.116; y MAIER, Debate...cit. pág.110, respectivamente.

los siguientes puntos: Que el hecho y la participación flagrante o confesada por el imputado se encuentren suficiente y concordantemente acreditados por las pruebas reunidas en la investigación preparatoria; que la calificación jurídica propuesta por el M P Fiscal sea la adecuada, y la pena requerida sea acorde con ese encuadramiento; y que su monto sea suficiente (a criterio del Tribunal). Sin embargo, esto último debería excluirse del control jurisdiccional, previendo que, si su negativa al trámite abreviado acordado por el M P Fiscal y el defensor, se fundó en que la calificación legal aceptada en el acuerdo era discutible, o que era necesario el juicio común para procurar un mejor conocimiento de la verdad, y el resultado final de este corrobora ambos puntos del acuerdo, no se podrá imponer más pena que la convenida allí por el M P Fiscal y el defensor.

Desde otra óptica, no será causal de rechazo del acuerdo, la previsión de absolución por falta de pruebas o de ausencia responsabilidad penal, o de calificación legal más benigna o imposición de pena menor que la acordada, porque tales resoluciones podrán igualmente adoptarse en el juicio abreviado: El único límite a la decisión del Tribunal, en no superar la pena pedida por el M P Fiscal, pudiendo imponer una menor o ninguna, según entienda que corresponde.

Como el acuerdo significa la renuncia del "juicio como acto"⁷ el Tribunal deberá controlar que la confesión del acusado sea voluntaria (sin coacción ni engaño), y prestada con pleno conocimiento de las consecuencias que le traerá, y con una eficiente tarea de la defensa técnica al respecto.

G- Garantías Constitucionales.

Dadas estas condiciones, no se advierte que el juicio abreviado ponga en crisis el principio del debido proceso, pues las exigencias de este se respetan. Hay acusación, defensa (que se ejercita a través de un reconocimiento de participación en el delito libremente formulada, y esti-

mada conveniente a su intereses por el imputado, debidamente asesorado por el defensor) prueba (la recibida en la investigación preparatoria estimada idónea por el M P Fiscal, imputado, defensor y Tribunal), sentencia (que se fundará en las pruebas de la investigación preparatoria -y en el corroborante reconocimiento de culpabilidad del acusado-, y definirá el caso) y recursos (que procederán por las causales comunes).

H- La Práctica.

El legalmente novedoso juicio abreviado ha tenido una aplicación en la experiencia de Tribunales, que parecería asombrosa, si no estuviera revelando que la negociación sobre la pena ya era algo incorporado a la rutina del juicio penal, expresada a través del acuerdo de incorporar al debate todas las pruebas de la investigación preparatoria por su lectura, eufemismo que implica lisa y llanamente fundar en ellas la sentencia.

La estadística de un año de funcionamiento en Córdoba, indica que todas las Cámaras en lo Criminal han aceptado su validez y lo han utilizado: y que del total de sentencias definitivas dictadas en ese lapso por estos Tribunales, el 43% lo fueron por medio del juicio abreviado (281 sobre 654).

I- Límites.

Si bien la experiencia demuestra que, a pesar de la falta de límite objetivo para la procedencia del juicio abreviado (en teoría podría admitirse para cualquier especie y monto de pena) los Tribunales lo han utilizado solo para delitos leves o de mediana entidad, podría razonablemente pensarse en la necesidad de acotarlo expresamente a este tipo de delitos: Las nuevas propuestas al respecto lo autorizan cuando sea previsible la imposición de una pena privativa de libertad que no exceda los seis años.

7. Cfr. COSACOV, Gustavo. El juicio y la Interrupción de la prescripción de la acción penal, en "Semanario Jurídico", No.543, 25-IV-85.

J- Propuestas de Reforma.

La práctica de un año en Córdoba ha mostrado la conveniencia de pensar algunas modificaciones al juicio abreviado, que lo dejarían así regulado:⁸

1) Disponer que, en el acto de la acusación, el Fiscal exprese que considera aplicable el juicio abreviado, y solicite la pena que considere justa, dentro de la escala prevista para el delito por el que acuse, siempre que no sea superior a seis años de pena privativa de libertad.

2) Permitir que al ser notificado de la acusación, el defensor pueda consentir el trámite abreviado (lo que implicará, de por sí, consentir la pena pedida).

3) El Tribunal que deba resolver sobre la acusación, o el Tribunal de juicio, deberá prestar su conformidad al trámite abreviado. Solo podrá oponerse argumentando que es necesario el debate oral y público para el mejor establecimiento de los hechos o que la calificación legal admitida en la acusación es errónea. No en que la pena le parezca insuficiente.

4) En caso de conformidad del Tribunal, se correrá vista al imputado y a su defensor. Si estos admitieran el hecho y la participación de aquel, según lo descrito por la acusación, llamará a autos para sentencia.

5) La sentencia se fundará en las pruebas recibidas en la instrucción y en la admisión -corroboradas por ellas- a que se refiere el párrafo anterior.

6) No se podrá imponer al acusado una pena superior a la solicitada por el M P Fiscal (si

una menor, y también puede absolversele).

7) Si el Tribunal no aceptase el trámite abreviado por las razones expuestas en el No.3, o el imputado y su defensor no prestaran la conformidad prevista en el No.4, procederá el juicio común. En tal caso la admisión (No.4) no podrá ser tomada como indicio en su contra y el pedido de pena no vincula al fiscal de juicio.

8) Pero si la adopción de esta vía ordinaria obedeciera solo a la oposición del Tribunal, y en el debate resultara probado el hecho objeto de la acusación, en los mismos términos relatados por ésta y correspondiera la calificación legal allí receptada (es decir, cuando la oposición del Tribunal no se fundamentó en las causales taxativamente autorizadas No.3), regirá la limitación señalada en el No.6 (o debería requerirse, al menos, que si la pena supera el pedido fiscal, sea una decisión unánime de los integrantes del Tribunal).

9) Si hubiere querellante, éste será escuchado por el Tribunal antes de prestar su conformidad (No.3), pero la oposición de aquel no será vinculante. Se le acordará el derecho de recurrir la sentencia solo si ésta fuera absolutoria.

10) Si hubiera sido deducida la acción civil, no será resuelta en el juicio abreviado, aunque se podrá ocurrir luego, a sede civil. No obstante las partes civiles podrán recurrir la sentencia en la medida que pueda influir sobre la reclamación posterior.

11) La sentencia será recurrible por el M P Fiscal, el imputado o su defensor, por las causales que autorizan el recurso de casación.

8. Sobre estas bases presenté el 13-XII-1995 el Proyecto de Incorporación del "Juicio Abreviado" al Código Procesal Penal del orden federal, en la República Argentina.

La mujer ante el Derecho Penal

Elena Larrauri

Quisiera realizar en primer lugar algunas consideraciones sociales: la mujer está victimizada en casa (con el trabajo doméstico), en el trabajo (salarios desiguales, mayor dificultad de contratación, menor promoción), en la calle (el miedo a las agresiones), en su vida sexual (la importancia de la reputación), en la vida social («bella como una mujer, lista como un hombre»), en el lenguaje (se habla de «zorras», pero no parecen existir «zorros»).

La importancia teórica de este aspecto es contemplar si el derecho crea estas diferencias, las reproduce o las combate.

Para ello me propongo estudiar tres ámbitos: 1. Las normas penales; 2. La aplicación de estas normas; 3. Su ejecución.

1. NORMAS PENALES

Las preguntas que me propongo contestar son: a. ¿Es «neutral» el derecho penal?, y b. ¿Puede un derecho penal «liberal» (neutral) proteger a las mujeres?

Para ello será conveniente diferenciar el trato de la mujer como sujeto activo (cuando esta realiza un delito) al de la mujer como víctima del delito.

1.1. Cuando la mujer es sujeto activo del delito.

En principio no pareciera haber diferencia de trato cuando la mujer es autora de un delito. La expresión «El que», con la cual se inicia la mayoría de los tipos penales, se ha entendido tradicionalmente como una expresión que abarca a ambos géneros¹.

Es más, en una primera lectura pudiera concluirse que cuando el legislador ha tomado en consideración el género de la mujer lo ha hecho para atenuar la pena. Ejemplo de ello serían los delitos «honoris causa» (aborto, infanticidio y abandono de familia)².

Sin embargo quisiera introducir algunas reflexiones que pueden matizar esta primera conclusión de un derecho penal neutral (en cuanto al género).

*. Profesora Titular de Derecho Penal .Universidad de Barcelona.

1. No deja de ser curioso, sin embargo, que para abarcar a ambos géneros se utilice siempre el masculino. Ello no constituye un problema porque hombre es al mismo tiempo un término genérico y no genérico, con lo cual las mujeres se encuentran presas en una contradicción lingüística de formidables proporciones: descubren que están siendo definidas como hombres y como no-hombres de forma simultánea (ADAMS-WARE, 1984, 482). Un ejemplo de ello puede verse en la siguiente argumentación: "De la nueva redacción del párrafo 2do. del artículo 429 se deriva claramente que sólo puede ser sujeto activo de este delito el hombre, tanto por la utilización del pronombre relativo masculino ("el que") como por la acción típica que tiene que realizar ("acceso carnal)" (Muñoz Conde, 1989, 31) (el subrayado es mío). De lo cual se desprende que "El que..." es un falso neutro.
2. Tampoco puedo dejar de observar que esta atenuación se produce por razón de la reputación sexual. Y sin embargo, no se contemplan circunstancias como: a) abandono afectivo y económico de la mujer por parte del padre del niño; b) expulsión de la mujer del hogar paterno, y c) haber recurrido previamente a la Autoridad competente sin obtener su ayuda (II Congreso de Mujeres Abogadas, 1988). Con lo cual se da una imagen de la mujer preocupada por su reputación sexual, en vez de una sociedad que determina la reputación social de sus mujeres en base a consideraciones sexuales (LEES, 1989).

- a) La primera de ellas hace referencia a la institución de la **legítima defensa**. Ha sido puesto de relieve por estudiosas femeninas anglosajonas³ que los requisitos exigidos por esta institución la convierten en una causa difícilmente aplicable a las mujeres que matan a su marido por causa de malos tratos recibidos. En efecto, un análisis de los requisitos exigidos pareciera reforzar la tesis de que éstos se llenan de contenido desde una perspectiva masculina.

- **Agresión ilegítima.** Demos por descontado que la situación de los malos tratos es efectivamente constitutiva de una agresión ilegítima⁴.

El problema fundamental viene dado por la exigencia del requisito de que el ataque sea «**inminente**». En efecto, ello será difícil, ya que precisamente en situaciones de inminencia lo normal es que la mujer no responda (por desigualdad de fuerzas o por miedo a un mal mayor). Con lo cual es probable que la mujer responda cuando la inminencia del ataque ya ha pasado (y aún no se ha producido el próximo).

- Necesidad racional del medio empleado. Partamos de la constelación en que la mujer mata al marido; cierto es que la legítima defensa no exige proporcionalidad entre el medio de ataque y de defensa, sino que se conforma con el de «racionalidad» del medio empleado.

Sin embargo, ello plantea la problemática de dilucidar si la respuesta de la mujer fue racional respondiendo a preguntas como ¿por qué no se escapó?, ¿por qué no lo denunció?, ¿por qué tuvo que matar?

El problema es si estos criterios de racionalidad son contestados de acuerdo a la perspectiva del «**hombre medio**» o al de la «**mujer media (maltratada)**». Pues para ellas son fácilmente contestables: porque no sabía dónde ir, porque no podía dejar a los niños, porque en comisaría no le aceptaron la denuncia o se la aceptaron pero ella tuvo que volver a casa, porque no disponía de un medio de menor intensidad que el matar para responder a las agresiones físicas del marido, etc.

La conclusión pudiera ser que la legítima defensa está pensada para ataques puntuales de extraños y para defensores (hombres) que puedan repeler el ataque de un modo menos lesivo que ocasionando la muerte (Schulhofer, 1990)⁵.

Existen, en efecto, otras vías para intentar exculpar estos casos. Así, en Estados Unidos se ha hecho alusión al «síndrome de mujer maltratada» (Walker, 1984, cit. por Schulhofer, 1990), un síndrome que vendría caracterizado por un ciclo de violencia-impotencia, miedo constante, extremada percepción para detectar cuándo se iniciará el ataque y sentimiento de pasividad (aprendida).

Sin embargo, concluir que la mujer que no puede conseguir el amparo del artículo 8.4 puede alegar el artículo 8.1 no es, a mi parecer -más allá de sus ventajas prácticas- una solución idónea. En efecto, el mensaje que se está dando es que su respuesta no fue racional (sino irracional), que había otra respuesta racional (¿cuál?) y que ella sufrió un trastorno mental transitorio.

Si asume la racionalidad de sus actos corre el riesgo de ser considerada culpable, si es declarada inocente corre el riesgo de ser considerada loca.

3. Un sumario de la discusión puede verse en SCHULHOFER (1990); en portugués, véase PIZARRO (1991).

4. Que ello no era tan obvio lo resalta el hecho de que la reforma de 1989 debe enfatizar el castigo de la violencia "con cualquier fin" (art.425) intentando excluir ab initio la alegación de un derecho de corrección por parte del marido respecto de la mujer (BERDUGO, 1989, 106).

5. En este sentido puede ser indicativo el gran número de mujeres presas por delitos de homicidio, parricidio y asesinato, pero no por delitos de lesiones (las cifras pueden obtenerse en Canteras, 1990).

b) Un segundo ejemplo de (aparente) neutralidad es el delito de **homicidio/parricidio**. Es probable que la muerte ejecutada por una mujer tenga siempre la cualificación de alevosa (aprovecha que su marido esté dormido), con lo cual la pena a aplicar será normalmente más severa.

c) En los **márgenes del derecho penal** debemos señalar dos ejemplos adicionales:

- **La prostitución.** No es delito, pero, en base al Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956, es considerada una actividad ilícita. En el estudio realizado por Rodríguez Ramos (1988), de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se destacan notas como el «comercio de una mujer», la «promiscuidad» (habitualidad) e incluso la «prostitución viciosa» (ejercida sin contraprestación económica).

Sorprende (?) que todas estas conductas estén referidas a comportamientos **de la mujer**. Nada se dice respecto a la solicitud del hombre ni a la promiscuidad del que solicita habitualmente.

- **La delincuencia juvenil**, donde la palabra clave es sexualización. Así, en Estados Unidos en el ámbito de la status offences (delitos referidos a jóvenes, como por ejemplo vagabundeo, fugas de casa, etc.) se observa un distinto trato y exigencias respecto de las chicas jóvenes (ver los estudios americanos en Miralles, 1983).

Los distintos parámetros por los que se mide el comportamiento sexual de las chicas respecto de los chicos, junto a una ideología que ha enfatizado la necesidad de proteger a las chicas, ha comportado que el tipo de faltas por el que se arresta a las chicas jóvenes sean ma-

yormente comportamientos irregulares o inmorales («impropios de una chica»).

También en Catalunya el estudio de los menores que han pasado por el Tribunal Tutelar entre 1979 y 1984, realizado por Elejabarrieta, muestra que «donde aparecen las diferencias más notables es en las faltas de gamberrismo, conducta inmoral e insumisión a los padres, todas ellas con altos porcentajes en las chicas y muy escasa o nula incidencia en los chicos».

Este dato revela, en opinión del investigador, la distinta exigencia de comportamiento (más sumiso, más obediente, más moral) que rige, de forma diferenciada, para cada género.

1.2 Cuándo la mujer es víctima del delito

Tradicionalmente, sólo la sexualidad de la mujer era protegida mediante los clásicos delitos contra la honestidad (actualmente contra la libertad sexual).

Puede efectivamente considerarse loable el hecho de que el legislador haya visto necesario aumentar la protección de la mujer en otros ámbitos. A este fin responde la introducción de los delitos que hacen referencia a la **violencia doméstica** (art. 425)⁶ y los que se refieren al **impago de pensiones** (art. 487 bis).⁷

Los comentarios críticos con los que la doctrina penal ha acogido la reforma suscitan dos tipos de reflexiones:

a) La dificultad de combinar la «lógica del derecho» con la «necesidad de protección de las mujeres»

Es ya antigua la contradicción en la que se debate el feminismo: ¿Deben exigirse los mismos derechos y ser tratadas iguales que los hombres (política de la igualdad) o debe precisamente existir un reconocimiento de la diferencia (política de la diferencia)? (Smart, 1989, 82).

Esta polémica refleja, de modo paralelo, una

6. Utilizo esta denominación a pesar de estar de acuerdo con lo que manifiestan Gelsthorpe-Morris (1990, 114) de que el título de violencia doméstica esconde quién pega a quien.

7. Más complejas aparecen las reformas referidas a los delitos contra la libertad sexual por cuanto el motivo de las mismas obedece a móviles distintos que el de aumentar la protección de las mujeres.

posible tensión con los principios de un derecho penal liberal que se manifiesta en:

- **Tipos penales neutros.** Las reformas que introduce el legislador en aquellos delitos contra la libertad sexual pretenden hacer tipos neutros. Así, destacadamente en el delito de violación⁸. Sin embargo, que ello deba verse como un avance desde el punto de vista feminista es discutible. Al respecto señala Los (1992) que el mensaje que se emite es que «cualquiera» puede hacer el delito de violación, con lo que se oculta que (mayoritariamente) es un delito de un género en contra de otro, propio de una sociedad en la cual existe jerarquía de géneros.

- **Creación de delitos de peligro abstracto.** La anticipación de la punición a la lesión del bien jurídico: El funcionario que solicitare (arts. 383-384) (aún cuando no exista lesión o peligro); la presunción de inseguridad en el impago de pensiones (art. 487 bis) para el que basta el mero impago o incluso la impuntualidad en el pago.

Se alude también a la ausencia de un bien jurídico como acontece con la equiparación que realiza el artículo 487 bis de las pensiones alimenticias con las pensiones compensatorias. Es difícil que el impago de estas últimas lesionen la seguridad.

- **Principio de igualdad.** Según Reig (1986, 212-215) vulnerado en el artículo 487 bis por no castigar de forma similar el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio (como por ejemplo el régimen de visitas) y colocando «(...) como situación común al padre inerte frente a la mala fe de la madre (...)»
O la vulneración también del principio de igualdad que observa Bustos (1991,65),

consistente en que el artículo 425 sólo castigue al cónyuge y no al extraño.

- **Principio de proporcionalidad.** La exacerbación de la pena (comparable a la del homicidio) en el delito de violación (art. 429).

O incluso el hecho de que en la agravación de la falta del artículo 582.2 el juez deba imponer **necesariamente** el arresto menor en toda su extensión, con lo cual la pena es igual o mayor cuando a un familiar no causa lesión que cuando un extraño causa una lesión.

- **Principio de daño a terceros.** La reciente restricción del delito de exhibición de material pornográfico (art. 432) hubiera sido sin lugar a dudas discutido en ambientes feministas, en los que se considera que tal tipo de actividad contribuye a extender mitos de que las mujeres son sadomasoquistas y que la violencia es una forma de placer.

Similar problemática suscitaría la prostitución, actividad que, de acuerdo a determinadas voces feministas, debiera ser sin duda prohibida para el hombre.

- **Principio de «interés público».** En tanto es conocido que en la década de los años ochenta se ha exigido un mayor protagonismo de la víctima para iniciar el proceso y cesarlo cuando considera su pretensión satisfecha⁹, aparece claro que en los delitos dictados para proteger a las mujeres el énfasis se sitúa en el extremo contrario, esto es, impedir su carácter de privado o incluso semi-privado. Así se restringe la posibilidad de que sea la (mujer) víctima quien inicie el procedimiento, la eficacia del perdón, e incluso no se menciona como excusa absolutoria en el delito de impago de pensiones (art. 487 bis) el pago de la misma (de

8. Es cierto que la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación, más allá del tomo jocoso utilizado cuando se acostumbra a mencionar esta posibilidad. Pensemos en el caso de menores. Pero la cuestión estriba en que la mujer no acostumbra a demostrar su poder mediante la imposición de la sexualidad.

9. Sí, soy consciente de que este principio no proviene del derecho penal liberal.

modo similar a lo regulado respecto al delito de cheque en descubierto del art. 563 bis b).

- **Presunción de inocencia.** Que conlleva la exigencia de corroborar la declaración de la víctima en el delito de violación o en el delito de violencia doméstica, la prueba de la ausencia de consentimiento, etc.

Todo ello agudiza el problema: ¿Cómo deben hacerse las cosas? ¿Qué debe prevalecer? Probablemente la respuesta sea «los derechos del acusado». Pero, como señala Caringella-MacDonald (1988, 136), son los hombres (en masculino) los que han dictaminado que lo «objetivo» y lo «valioso», en esta delicada balanza, son los derechos de los hombres (en masculino) por encima de la protección de las víctimas.

Como agudamente observa Los (1992, 34), «el concepto filosófico del contrato social (o la posición inicial elaborada por John Rawls, 1972) está basado en la asunción de que los legisladores racionales (o los filósofos del derecho) harán normas justas en tanto sepan que no estarán exentos de ellas sea cual sea la posición que eventualmente lleguen a ocupar en la vida. Pero los legisladores del pasado sabían que no iban a acabar siendo mujeres y eran incapaces de apreciar lo que significaba ser mujer y qué era o no relevante si efectivamente hubiesen sido mujeres.

b) ¿Huida al derecho penal o función simbólica del derecho penal?

Los autores, con excepciones, acostumbran a criticar la «huida al derecho penal»; las autoras, con excepciones, acostumbran a reclamar la función simbólica del derecho penal.

He planteado los argumentos en otro lugar (Larrauri, 1991), por lo que sólo recogeré a grandes trazos la discusión.

Por un lado, dicha protección puede aún considerarse insuficiente. No es mi posición, pero quien tenga una confianza desmedida en el derecho penal puede ciertamente alegar que deberían introducirse **más** delitos: el acoso sexual (Vega Ruiz, 1991), reintroducir el incesto

como delito autónomo, suprimir el límite de edad en los delitos de estupro, aplicar el delito de omisión de socorro al padre que abandona a la mujer y al hijo, etc. (II Congreso de Mujeres Abogadas, 1988).

Las partidarias de acudir al derecho penal reclaman la intervención del mismo. No dudan de su ineficacia, pero no entienden por qué deben ser precisamente **ellas** las que deban prescindir del derecho penal. Arguyen que la **ausencia** del derecho penal del ámbito privado refuerza la imagen de que allí el Estado no interviene y de que rige la «ley del más fuerte»: el marido. Es obvio que la reforma legal no solucionará los problemas de las mujeres, pero uno de los problemas de las mujeres es precisamente el contenido de determinadas leyes, y por eso hay que modificarlas.

Ya que el derecho penal no cumple su función instrumental de evitar los delitos, lo mínimo que se le puede exigir al derecho penal es que cumpla la función simbólica: que envíe el mensaje a la sociedad de que dichas conductas son delitos y que no deben ser toleradas.

Lo peor que sucede cuando se recurre al derecho penal es que el mensaje simbólico es equívoco: el problema real parece solucionado con la simple promulgación de una ley, algo no excesivamente costoso; en segundo lugar cada proceso de notoria publicidad en el cual se afirma la inocencia del acusado (recuérdese los recientes casos en EE.UU.) refuerza la imagen de la mujer mentirosa y del pobre hombre acusado. «En un sentido simbólico, cada proceso de violación no condenado es una victoria de los valores falocéntricos» (Smart, 1989, 34).

El recurso al derecho penal tiene costes adicionales: una extensión de la intromisión del Estado en ámbitos cada vez mayores; una extensión del derecho penal; una aplicación selectiva de las penas que acostumbran recaer sobre los sectores más vulnerables de la población; una alianza extraña con el Estado que al tiempo que protege con reformas legales, mantiene intactas las estructuras que permiten el surgimiento de este delito en primer lugar; una confusión de modelos y objetivos distintos, que oscilan entre la reconstrucción de la familia o el fortalecimiento de la autonomía de la mujer.

2. APLICACION DE LAS NORMAS

¿Se aplican las normas penales de forma «neutra»? De nuevo es conveniente distinguir dos situaciones.

2.1 La «dona delinvente»

Hablar en este caso de un tratamiento desfavorable puede parecer en un principio paradójico, ya que si alguna teoría ha gozado de predicamento para explicar la razón de la escasa delincuencia femenina ha sido la «tesis de la caballerosidad».

En lo que Smaus (1990) ha calificado de aplicación grotesca de la perspectiva del etiquetamiento, la tesis de la caballerosidad sostiene que el menor índice de mujeres encarceladas no obedece a que éstas delinca menos, sino a un (presunto) trato benévolo por parte de los jueces¹⁰.

Es difícil dar una respuesta única al interrogante de si la mujer que delinque es mejor tratada por los Tribunales. De nuevo hay varias consideraciones que pueden desmentir o aménorar esta «caballerosidad».

- En primer lugar, de acuerdo con Smaus (1990), no es el «sexo» la variable fundamental del trato más benévolo que recibiría la mujer, sino el «sex appeal», algo muy distinto.
- En segundo lugar, la mujer puede recibir un trato más benévolo cuando el delito o su situación personal responda a las expectativas de comportamiento femenino. Sin embargo, recibirá un trato más severo cuando el delito no sea específicamente femenino o cuando ella no se adecue a la imagen de mujer convencional (casada, con hijos, dependiente económicamente, respetable...).

Esto es la variable adicional al tipo de delito que se toma en consideración en el momento de determinar la pena, varía en función del género. En los hombres es su situación profesional (status), en las mujeres es su situación familiar (Chesney-Lind, 1987, 131).

De acuerdo a esta autora, puede observarse cómo la mujer que carece del control informal representado por la familia es la que recibe todo el peso de la ley¹¹; ella es doblemente desviada, al haber vulnerado el código penal y el código normativo que regula los comportamientos adecuados a cada género.

Y es que, como ya afirmara Lombroso, «por ser una doble excepción -individual y social-, la mujer criminal es un monstruo».

- También se destaca que en este trato más benévolo pueden influir otras variables legales no relacionadas con el género, destacadamente el tipo de delito realizado por la mujer (no violento, no indicador de peligrosidad) o la inexistencia de un delito previo. A ello se une que la mujer, a pesar de haber tenido un papel secundario en el delito realizado con su pareja, acostumbra a asumir todo el protagonismo para evitar una mayor condena del hombre si éste ya es reincidente (Soteras, 1992).
- Finalmente, por lo que respecta a las transgresiones realizadas por mujeres jóvenes, es de destacar que éstas no reciben un trato más benévolo que el de sus congéneres. El miedo latente a una sexualidad precoz, a la posibilidad de utilizar su cuerpo, puede explicar que en este ámbito se produzca un mayor internamiento de las chicas jóvenes.

Como observa González (1985), en 1977 la medida de internamiento había sido aplicada un 10% a varones y en un 33% a mujeres; tendencia ésta confirmada por Elejabarrieta hasta el año 1981.

10. Una refutación convincente puede verse en Miralles, T. (1983, 153-156).

11. Puede ser indicativo que, la mayoría de mujeres encarceladas son o bien madres precoces, separadas o cohabitando con algún hombre (Canteras, 1990, 202-227), esto es, no responden al canon convencional de «madre de familia».

La dureza de la medida aparece más realzada si se recuerda que las faltas que dan lugar al internamiento son «conductas irregulares» o «gamberrismo».

2.2 La mujer víctima

Desde hace una década se detectó la escasez de delitos contra las mujeres en las estadísticas oficiales, lo cual llevó a concluir que en la explicación de la cifra oscura del delito la variable del género era también decisiva.

Tampoco las encuestas de victimización han conseguido solucionar este problema, entre otros factores porque hasta recientemente no preguntaban por este tipo de delitos, y si se preguntaba estando el marido delante era de lo más previsible que la mujer no contestase¹².

Incluso debe destacarse que los estudios de victimización destacan características psicológicas de la mujer como si fuesen éstas (la pasividad, la tendencia a la auto-destrucción, el conformismo) en vez de la posición subordinada de la mujer en la relación, lo que la convierte en víctima.

Descubiertas las mujeres víctimas, el trato que recibían las mujeres por parte de la policía y en los Tribunales se alegó como factor que explicaría la escasez de denuncias de mujeres y ello motivó que se hablase de la **victimización secundaria**.

En un estudio realizado por Purificación Gutiérrez (1990) en el que se examinaron 150 expedientes (1987 y primer semestre de 1988) se observa la inutilidad del sistema penal para con las mujeres que denunciaban malos tratos.

Ello obedecía a varias razones (Gutiérrez, 1990, 131):

- a) La policía no tomaba en serio las denuncias de las mujeres. Se las disuadía de presentarla o si la tomaban no le daban curso. Ello se ha intentado combatir mediante circulares que enfatizan el deber de no desanimar,

la obligación de dar resguardo de la denuncia, de informar de los derechos, la necesidad de recoger dichos delitos en las estadísticas, la realización de cursos de formación, la instauración de comisarías de mujeres en algunas ciudades.

- b) Son citadas a examen del médico forense después de bastante tiempo de haber presentado la denuncia, el cual realiza un informe rutinario en base al parte médico, que ya consta en el expediente, sin ver a la paciente; ello se acentúa porque también el parte médico de lesiones se hace de forma rutinaria.
- c) Los fiscales tienden a ser pasivos en la persecución de estos hechos y aplican excesivamente la presunción de inocencia en favor del agresor, falta de pruebas, o en base a lo dispuesto en el artículo 104 LECr¹³. De lo cual se deducía que las faltas del artículo 582.2 sólo podían ser perseguibles a instancia de las ofendidas y en consecuencia les era aplicable el perdón (art. 112.5).

Así, de los 150 expedientes examinados, una vez descontadas las 13 absoluciones con perdón del ofendido, sólo existen 17 sentencias condenatorias, y en 38 de las 88 absolutorias constan lesiones. Debe advertirse que las mujeres acostumbran a ir sin abogado, por lo que la calificación del fiscal es muy importante.

- d) Los Jueces no se toman en serio las denuncias, señalan que las mujeres no comparecen y si comparecen perdonan, solicitando incluso un certificado conforme han desistido. Manifiestan, asimismo, contar con un arsenal de penas inadecuadas: la multa revertía en el pecunio familiar, no existen depósitos donde cumplir el arresto menor. Destacan, finalmente, que estas denuncias se interponen como paso previo a una separación civil, manifestándose en contra de que el sistema penal sea utilizado para «preconstituir prueba».

12. Una discusión al respecto puede verse en Canteras (1990, 96-99) y Larrauri (1992).

13. Deblera entenderse dicho artículo derogado por la última reforma del Código Penal de 1989.

A pesar de que el estudio es previo a la reforma de 1989, son expresivas las conclusiones de dicha investigadora: «Si no hay voluntad de sancionar, huelga hacer reformas legales que son vaciadas de contenido en la práctica. Y esta voluntad de sancionar todavía no se ve en los juzgados» (Gutiérrez, 1990, 136).

Podríamos concluir señalando que el problema es que «las normas no se aplican», con lo cual sólo haríamos retrotraer la pregunta a un momento anterior: «¿por qué no se aplican?»

En un excelente estudio de Perla Haimovich (1990) respecto de los malos tratos a las mujeres, se parte de una imagen acuñada por Lorenz (cit. por Haimovich, 1990, 88), que se denomina «movimiento reorientativo»: «Así, por ejemplo, da uno un puñetazo en la mesa en lugar de darlo sobre el rostro de quien lo enojó, precisamente porque lo retienen ciertas inhibiciones. La mayoría de los casos que se conocen de movimientos reorientadores están relacionados con un comportamiento agresivo provocado por un objeto que, al mismo tiempo, inspira temor».

La pregunta es, en consecuencia: ¿por qué no «lo retienen ciertas inhibiciones» (al marido)?, ¿por qué la mujer no es capaz de inspirar temor?¹⁴

Y la respuesta a estos interrogantes estriba, de acuerdo a Haimovich, en los mecanismos de legitimación que funcionan en el **ámbito privado**¹⁵.

Estereotipos y convenciones sociales, referidos tanto al hombre como la mujer, que justifican:

- Una demostración de la autoridad por parte del marido («quién lleva los pantalones») y la posibilidad adicional de hacer uso del

maltrato como instrumento educativo como con los niños («mujeres y niños primero»).

- Un sentimiento de propiedad («oiga, que es **mi** mujer») y que por ello puede ser objeto de agresión (es un apéndice, «la costilla»).
- La responsabilidad femenina en apaciguar al marido y llevar la casa («el sitio de la mujer»), que conlleva la presunción de la mujer como provocadora y causante de la ira (castigo).
- El mito de la mujer pasiva que lo acepta y le gusta («señal que te quiere») y del hombre de naturaleza impetuosa.

Como apunta Haimovich (1990, 100), estos distintos códigos normativos que legitiman en el ámbito privado lo que en el público se considera inadmisibile, cumplen la función de establecer un efectivo control social sobre las mujeres y también «(...) específicamente, de canalización de descontentos en un ámbito que no perturba el orden y funcionamiento del sistema social».

Esta persistencia de estereotipos comporta, como advierte Haimovich (1990, 98-102), que a pesar del cambio en la percepción social de estas conductas como comportamientos negativos, no se produzca un mayor número de denuncias, sino un mayor **ocultamiento**.

Ello es debido fundamentalmente a dos motivos: en primer lugar, porque supone admitir el fracaso en el ámbito familiar, y en segundo lugar porque la presencia de la policía no se considera una solución al invadir el espacio afectivo privado con criterios públicos (inocente/culpable, detenido/sin pruebas). Ni la mujer quiere castigar, ni la mujer desea ver

14. Recurrir en exclusiva a la fortaleza física es inadecuado. Generalmente, el hombre no descarga su agresividad sobre el jefe, aun cuando éste sea un esmirriado. Aun si el factor físico fuera decisivo debería determinarse la responsabilidad social en la creación de cuerpos femeninos que: si son bonitos son incapaces de defenderse y si son capaces para defenderse son etiquetados de "marluchos". La construcción del cuerpo femenino puede leerse en el excelente artículo de Bartky (1988).

15. "(...) de forma similar, la explicación de Sutherland respecto de toda actividad delictiva es que las personas no son Innatamente malas, sino que más bien aprenden definiciones de la violencia que la hacen aceptable. Ello se puede explicar desde múltiples perspectivas teóricas, pero la cuestión esencial es que los hombres deben tener una definición de la violencia como comportamiento o respuesta legítima" (Schwartz, 1988, 381).

16. Es por ello por lo que se recomienda la necesidad de creación de Instituciones Intermedias.

a su marido etiquetado y castigado como un delincuente¹⁶.

Similares estereotipos son detectados por múltiples estudios feministas (cit. por Davis-Faith, 1987, 187-188) en los delitos contra la libertad sexual:

- a) Las mujeres son las que provocan.
- b) Las mujeres dicen no cuando quieren decir sí.
- c) Si se relajan (las mujeres), les gusta.
- d) Las mujeres decentes (que están en su casa o con su marido) no son violadas.
- e) No es un delito grave, era broma.
- f) Es necesario protegerse de falsas denuncias: mujeres despechadas, mentirosas, vengativas.

Y de nuevo es posible retrotraer la ausencia de denuncias y la exigencia de requisitos no previstos en la ley¹⁷ a la persistencia de estos estereotipos.

La relucencia de la mujer a denunciar por miedo a ser sometida a examen para determinar si es una «víctima inocente» (que no ha provocado); si es una víctima apropiada (el examen de su vida sexual anterior); la exigencia de probar la ausencia de consentimiento (que se ha resistido); la pretendida especialidad del delito de violación y la necesidad de corroborar el testimonio de la víctima (falta de credibilidad).

No es de extrañar, pues, que numerosas mujeres que han recurrido al sistema penal con la esperanza de encontrar un poder que compense el del hombre, se han encontrado con un poder que no lo ha desmentido o lo ha reforzado; de ahí la conclusión de que el derecho penal es también un poder patriarcal.

3. LA EJECUCION DE LA PENA

Un recurso usado para explicar la escasa presencia de mujeres en las cárceles ha sido el de que éstas acostumbran a ser sentenciadas a hospitales psiquiátricos («bad or mad»)¹⁸.

Pero aun cuando son sentenciadas a pena de cárcel, tampoco en la cárcel son objeto del mismo trato que reciben sus parejas. Tres son las ideas que me interesa destacar: a) que la cárcel es de por sí una pena **más severa** para la mujer; b) que en el tratamiento que ésta recibe en la cárcel **prima su rol doméstico** por encima del ocupacional; c) que la **medicalización** que se detecta responde al estereotipo de mujer histérica.

Se ha observado que la cárcel ya es de por sí una mayor afrenta para la mujer. Ello es debido a varios factores:

- La maternidad. La mujer embarazada, la mujer con hijos que sufre si los tiene dentro (por falta de espacio y falta de libertad) y si los deja fuera (experimentado como una dejación de sus deberes de madre) (Pi-Sunyer-Vendrell, 1992).
- Dependencia y soledad afectivas. Las decisiones de la mujer acostumbran a estar más subordinadas a la pareja (que hará después) (Soteras, 1992) y padecen mayor soledad, ya que cuando ellas acostumbran a estar presas también lo están sus parejas, y si no lo están éstos no demuestran la misma solidaridad (Bona, 1992).
- Desigualdad en el trato de las jóvenes y preventivas. No existe un centro de menores, al igual que para los jóvenes; en el caso de las presas jóvenes, éstas van directamente a la cárcel de mujeres adultas (Soteras, 1992).

17. Al respecto, véase Suay (1992).

18. En España, cuando menos hasta 1983, la cifra de mujeres internadas en hospitales psiquiátricos en virtud de condena penal es, de acuerdo con Miralles, T. (1983, 169), irrelevante. Sin embargo, debe observarse (Morris, 1987, 52) que la "mayor locura" (histéricas, neuróticas, emocionales, depresivas...) de las mujeres se utiliza no sólo como una explicación causal de la delincuencia femenina, sino también para explicar la escasa delincuencia femenina. Este argumento tan polivalente aduce: la locura es a las mujeres lo que el delito es a los hombres.

Los índices de cárcel preventiva son similares para las mujeres que los hombres (Bona, 1992), lo cual puede representar una discriminación porque los delitos por los cuales acostumbra a ser acusadas son de menor gravedad que los de los hombres.

También la existencia de un menor número de cárceles de mujeres provoca que éstas estén peor acondicionadas o más alejadas de los núcleos urbanos, con la consiguiente dificultad de comunicación.

- Dificultad de reinserción. Una mayor desorientación jurídica y una mayor dificultad de conseguir piso y trabajo. Además, se acostumbra a aceptar mejor la detención del hijo que de la hija (Soterias, 1992).

He señalado que, adicionalmente, el tratamiento dentro de las cárceles tiende a enfatizar el rol doméstico por encima del ocupacional.

Señalemos en primer lugar que en general existe una menor oferta de programas rehabilitadores. Ello no sólo es una menma en su formación, sino que además impide la aplicación de remisión de penas por el trabajo (Fabián, 1992).

Ahora bien, los que existen (peluquería, costura), salvo contadas excepciones, van destinados a crear «amas de casa».

Si re-socializar significa enseñar aquello que no se sabe, aquello necesario para reintegrarse a la sociedad, pareciera que la mujer no sabía ser madre, esposa, ama de casa, y que precisamente esto es lo que necesita para reinsertarse a la sociedad (Dobash-Dobash, 1986, 182).

Y ello no deja de ser paradójico si resulta ser cierto que la mayoría de ellas no son madres de familia convencionales.

Finalmente, se ha observado que el estereotipo de la mujer como una mujer emocional, conflictiva, conduce a una mayor medicalización.

Esta mayor conflictividad, percibida por los trabajadores y asistentes de las cárceles de mujeres, puede obedecer a que determinadas infracciones sólo lo son cuando son realizadas por mujeres.

Así, por ejemplo, Canteras (1990, 234), en su estudio de mujeres presas, menciona como comportamientos atípicos la prostitución, la homosexualidad y el consumo de drogas y alcohol. Dudo que los dos últimos figurasen como consumos atípicos en un estudio de hombres encarcelados, pero es seguro que el primero ni siquiera se mencionaría.

Adicionalmente, la imagen de una menor peligrosidad respecto de los hombres conduce a una menor exigencia de seguridad e incluso al uso de un vocabulario distinto: las internas vs. los presos, las habitaciones vs. las celdas. Pero, en contrapartida, ante conflictos expresados de forma pacífica no existe un intento negociador, a diferencia de lo que acostumbra a suceder con los planes pacíficos de los hombres (Fernández, 1992)¹⁹.

Por lo que se refiere a las medidas alternativas, Allen, (1989, 73), en un estudio concienzudo, ha confirmado que las multas son escasamente aplicadas a los delitos realizados por mujeres («de todos modos, las mujeres no tienen dinero»), y el trabajo de utilidad social tiene escaso futuro ante un mercado laboral caracterizado por la «feminización de la pobreza».

4. A MODO DE CONCLUSION

Después de este análisis espero estar más cerca de poder contestar el interrogante con el que inicié la conferencia: pienso que el sistema penal, en su trato a las mujeres, es un reflejo de la posición social, aún subordinada, de las mujeres; en este sentido, no crea las diferencias, pero se recrea en ellas.

19. Acertadamente, añade Fernández que valores que se propugnan en la sociedad, como el de solidaridad, son rechazados cuando éstos son realizados por reclusas. Y valores que no son realzados en la sociedad -la violencia como un método para dirimir conflictos- son válidos para responder a los planteos.

Bibliografía

- Adams, K.- Ware, N. (1984), «Sexism and the English Language: The linguistic implications of being a woman», en Freeman (ed.), *Women*, 3a. edición, Palo Alto, Mayfield Pub. Co.
- Allen, H. (1989), «Fines for women: paradoxes and paradigms», en Carlen-Cook (eds.), *Paying for crime*, Milton Keynes, Open University Press.
- Almeda, E. (1992), «El control social sobre la mujer», en *Poder y Libertad*, nº 19.
- Bartky, S. (1988), «Foucault, Femininity, and the Modernization of Patriarchal Power», en Diamond-Quinby (eds), *Feminism and Foucault*, Boston, Northeastern University Press.
- Boix-Orts-Vives Antón (1989), *La reforma penal de 1989*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Bona, R. (1992), «Control judicial sobre las penas», en *Poder y Libertad*, nº 19.
- Bustos, J. (1991), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, Ariel, 2.ª edición.
- Canteras, A. (1990), *Delincuencia femenina en España*, Madrid, Ministerio de Justicia.
- Caringella-MacDonalds, S. (1988), «Marxist and Feminist interpretations on the aftermath of rape reforms», en *Contemporary Crises*, vol. 12, nº 2.
- Chesney-Lind, M. (1987), «Female offenders: paternalism reexamined», en Crites-Heppler (eds.), *Women, The Courts and Equality*, Londres, Sage.
- Davis, N. (1988), «Battered women: Implications for social control», en *Contemporary Crises*, vol. 12, nº 4.
- Davis-Faith (1987), «Women and the State: changing models of social control», en Lowman-Menzies-Palys (eds.), *Transcarceration*, Aldershot, Gower Pub. Co.
- Dobash-Dobash-Gutteridge (1996), *The Imprisonment of Women*, Oxford, Basil Blackwell.
- Elejabarrieta, F., «Estudio comparativo sobre los menores que han pasado por el Tribunal Tutelar entre 1979 y 1984», manuscrito, Barcelona.
- Fabián, R. (1992), «La experiencia en la cárcel de mujeres de Wad-Ras», en *Poder y Libertad*, nº 19.
- Falcón, L. (1991), *Violencia contra la mujer*, Madrid, Vindicación Feminista.
- García, P. (1990), «Violencia doméstica. Respuesta legal e institucional», en Maquieira-Sánchez (comp.), *Violencia y Sociedad Patriarcal*, Madrid, Pablo Iglesias.
- Gelsthorpe, L.-Morris, A. (1990), *Feminist Perspectives in Criminology*, Buckingham, Open University Press.
- González Zorrilla, C. (1985), «La justicia de menores en España», Epílogo en De Leo, G., *La Justicia de Menores*, Barcelona, Teide.
- Haimovich, P. (1990), «El concepto de los malos tratos. ideología y representaciones sociales», en Maquieira-Sánchez (comp.), *Violencia y Sociedad Patriarcal*, Madrid, Pablo Iglesias.
- Heidensonhn, F. (1985), *Women and Crime*, Londres, Macmillan.
- Larrauri, E. (1991), *La Herencia de la Criminología Crítica*, Madrid, Siglo XXI. (1992), «Victimología», en Maier (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

- Lee, S. (1989), «Learning to love. Sexual reputation, morality and the social control of girls», en Cain, M., *Growing Up Good*, Londres, Sage.
- Los, M. (1992), «The struggle to redefine rape in the early 1980s», en Roberts-Mohr (eds.), *Sexual Assault in Canada*, Toronto, University of Toronto Press.
- Miralles, T. (1983), «La mujer: el control formal», en *El Pensamiento Criminológico II*, Barcelona, Península.
- Morris, A. (1987), *Women, Crimen and Criminal Justice*, Oxford, Basil, Blackwell.
- Muñoz Conde (coord.)-Berdugo-García Arán (1989), *La reforma penal de 1989*, Madrid, Tecnos.
- Pi-Sunyer-Vendrell (1992), «Calidad de vida en el centro penitenciario de mujeres de Wad-Ras de Barcelona», en *Poder y Libertad*, nº 19.
- Pizarro, T. (1991), «La legítima defensa e género femenino: Paradoxos da 'feminist jurisprudence'», en *Revista Crítica de Ciencias Sociais*.
- Reig, J.V. (1986), «Comentarios a los artículos 340 bis d); 424 y 487bis», en *Poder Judicial*, número especial, XII.
- Rodríguez Ramos-Alvarez García-Gómez Pavón (1988), *La Justicia ante la libertad sexual de las mujeres*, Instituto de la Mujer, nº 16.
- Schwartz, M. (1988), «Ain't got no class: Universal risk theories of battering», en *Contemporary Crises*, vol. 12, nº 4.
- Schulhofer, S. (1990), «The gender question in criminal law», en Frankel-Miller-Paul (eds.), *Crime, Culpability and Remedy*, Oxford, Basil Blackwell.
- Smart, C. (1989), *Feminism and the Power of Law*, Londres, Routledge.
- Smaus, G. (1990), «Das Strafrecht und die Frauenkriminalität», en *Kriminologisches Journal*, 4/90.
- Soteras, E. (1992), «Toxicómanas en la cárcel: la cárcel de las toxicómanas», en *Poder y Libertad*, nº 19.
- Suay, C. (1992), «Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación», en *La Ley*, año XIII, nº 2964.
- Vega Ruiz, J.A (1991), *El acoso sexual como delito autónomo*, Madrid, Colex.

Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal

Perfecto Andrés Ibañez *

I. CONVICCIÓN LIBRE DEL JUEZ: DE INSPIRACIÓN A INDUCCIÓN

1. Intime conviction

Desde que a partir del siglo XIII «la aritmética de las pruebas sustituyó al razonamiento»¹, el sistema de prueba legal aparece unido a la experiencia del proceso inquisitivo.

Como se sabe, la teoría de la prueba legal guarda íntima relación con la figura de un juez estrechamente vinculado al poder que diríamos ejecutivo y a una concepción fuertemente autoritaria del proceso, concebido a su vez como instrumento capaz de procurar una verdad no probable, sino real sobre los hechos, apta para justificar incluso el recurso al tomento². Por eso, sin perjuicio de cualquier otro tipo

de consideraciones que al respecto pudieran hacerse, conviene no perder de vista la idea apuntada por Giuliani de que «el problema de la tortura fue un problema de lógica»³. Es decir, una cuestión instrumental, de manera que si el proceso esta preordenado a la obtención de una verdad absoluta, ésta, como fin, podía justificar el empleo de cualquier medio.

En tal perspectiva, el criterio de la prueba usada, al establecer «ciertas bases de prueba que la experiencia de mucho tiempo ha acreditado como orígenes los más seguros de certeza»⁴ respondía formalmente al propósito de limitar el arbitrio del juez, que, dotado de una libertad extrema en la indagación, quedaría, no obstante, constreñido en sus apreciaciones a la pre-determinación normativa del valor de las adquisiciones probatorias⁵.

*. Magistrado. Presidente de la Audiencia. Madrid

1. C. Besso Marchels, 'Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto', en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 4, 1991, p. 1138.
2. F Cordero sitúa en el sustrato cultural del modelo inquisitivo la convicción de que «el Mal existe, anida por todas partes con temibles quintas columnas, y puesto que el Inquisidor lo combate, todo proceso es una diablomaquia» (De «Stilus curiae (análisi della sentenza penale)», en la sentenza In Europa. Método, técnica e stile (Atti del Convegno Internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà Ferrara, 10-12 ottobre 1985), Cedam, Padua, 1988, p.297.
3. En op.ct.p. 185.
4. C.J.A.Mittermaler, Tratado de la prueba en materia criminal. sin ref. de trad. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877. p. 30.
5. La pretensión implícita en el sistema de la prueba legal, de sujetar al juez en su valoración a reglas de carácter supuestamente universal, dotadas de un, también supuesto, valor probatorio pleno, daba al modelo de razonamiento empleado, como ha señalado Ferrajoli, una falaz estructura deductiva y por ello, una «aparente

No obstante este punto de partida, lo cierto es que el modelo, como no podía ser menos, dio lugar a unas prácticas⁶ que condujeron «a la quiebra del sistema, tanto desde el punto de vista gnoseológico como moral»⁷.

Bien reveladoras al respecto son las palabras de Voltaire, en su comentario al libro de Beccaria, al denunciar la admisión de «medias pruebas que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Toulouse se admiten las cuartas y octavas partes de prueba. Por ejemplo, un he oído decir, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro he oído decir un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa...»⁸

Lo cierto es que la prueba legal experimentó las mismas vicisitudes que el proceso inquisitivo en su conjunto, a expensas sobre todo de la oposición que al mismo se hace desde los presupuestos político-filosóficos de la ilustración⁹.

Entre éstos se cuenta con la renovada confianza en la razón, que lleva a una revalorización del «sentido común»¹⁰, y a que se ponga a la vista en los jurados populares, opción a la que no es ajena una cierta influencia de la experiencia procesal inglesa. Esta tendencia que tiene clara expresión en obras como la de Filangiere¹¹ y Bentham,¹² entre otros, cristaliza de forma paradigmática en la obra de la Asamblea Constituyente francesa.

La finalidad y el alcance de este trabajo obliga a pasar por alto las vicisitudes del princi-

racionalidad», no obstante lo cual el sistema lógico subyacente es el mismo que «está en la base de las pruebas Irracionales de tipo mágico y arcaico: la ordalía, el duelo judicial, el juramento, la adivinación». (Op.cit., pp. 113-114).

No veo contradicción entre este punto de vista y el de Tomás y Vallente al aceptar que «tal vez» la tortura pudo significar «algo más racional que las ordalías» puesto que «fue un elemento probatorio jurídicamente regulado dentro de un proceso (de un proceso predominante o enteramente inquisitivo), y por tanto superador del anterior par de fuerzas ofensa-venganza». (En la tortura en España. cit. p. 214).

En efecto, mientras la reflexión de Ferrajoli alude a una racionalidad epistemológica, la de Tomás y Vallente lo hace a una de tipo más bien empírico. Como cuando G. Amato, a propósito del mismo asunto, ve en la tortura medieval un tormento con garantías, que se pierden en la tortura renacentista. (Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale. Giuffrè, Milán, 1970, pp.96-97).

6. Sobre las prácticas del sistema ilustran muy bien: P.Verril, Observaciones sobre la tortura. Traducción, prólogo y notas de M. De Rivacoba, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977; y A. Manzoni, Historia de la columna Infame. (Con nota de I.Soclasca), trad. de E. Gallego, Alianza Editorial, Madrid, 1987. Acerca de la experiencia española al respecto, cfr. F.Tomás y Vallente, El Derecho Penal en la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII), Tecnos, Madrid, 1969, pp.171 y ss.; y La Tortura en España, Ariel, Barcelona, 1973.
7. M.Nobili, op.cit., p.112.
8. Voltaire, «Comentario al libro de los delitos y de las penas», en apéndice a C.Beccaria, De los delitos y de las penas. Trad.J.A. De las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, p. 158.
9. Aunque la obligación de motivar las resoluciones judiciales fue una exigencia estimulada y favorecida por la cultura jurídica de la Ilustración, ésta, sin embargo, no se manifiesta de manera unívoca en la materia. Así, la consideración del Juez como buche de la loi, no deja prácticamente espacio para la motivación en la cuestión de hecho, puesto que conceptualmente elimina cualquier libertad del juzgador. Sobre este asunto, puede consultarse con provecho M. Taruffo, «L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e Illuminismo», en Rivista di Diritto Processuale, 1974, pp.18 ss.
10. Cfr al respecto M. Nobili, op.cit., pp. 131 ss.
11. C. Filangiere, Ciencia de la legislación. Trad. de J. Rivera, Imprenta D.Fermón Villalpando, Madrid, 1821m vol III, pp 154 y ss. No obstante, hay que señalar que Filangieri se muestra partidario de «combinar la certeza moral del Juez con la norma prescrita por el legislador, esto es, con el criterio legal» (p.155).
12. «¿Qué es una regla falsa en materia de procedimiento? Es una regla que tiende a poner en contradicción la decisión del Juez y la ley; que construye al Juez a pronunciarse en contra de su íntima persuasión» (J. Bentham, Tratado de las pruebas judiciales. Trad. de M. Osorio Florit, Fjea, Buenos Aires, 1959, vol.I p. 12).

pio de la íntima convicción; particularmente aquellas que, desplazándolo de sus raíces originales, dan razón de su definitiva inserción en el modo de operar de las magistraturas profesionales. En su virtud, el juzgador, en el marco del juego del principio de legalidad, aparecerá facultado para valorar libremente las pruebas practicadas, según su conciencia.-

A partir de ese momento, el principio, tanto en alguna teorización doctrinal como, sobre todo, en la práctica, apareció extraordinariamente teñido de subjetivismo, cual si el ejercicio de esa libertad de apreciación de datos probatorios en un contexto legal fuera, más que actividad racional, una especie de momento místico¹³, y en cuanto tal, incontrolable. Así entre nosotros, un comentarista tan autorizado como Aguilera de Paz interpretará el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como la atribución al juez de un cometido que deber desempeñar «respondiendo a los dictados de la conciencia según las aspiraciones de su propio juicio acerca de la verdad de los hechos rectamente apreciados»¹⁴.

El riesgo de tal degradación del principio no pasó desapercibido a Carrara quien ya advirtió que «respecto al juicio acerca del hecho, el juez

no tiene verdadero arbitrio, ni siquiera cuando se acepta su convicción íntima, pues siempre debe convencerse según la razón y según el proceso»¹⁵.

Que el juez no puede ser libre de la prueba¹⁶, es algo que, así formulado, no discutiría ni el más entusiasta de los defensores del principio que nos ocupa, entendido sub specie del subjetivismo más extremo. Sin embargo, lo cierto es que, al postular un tipo de relación del juez con el resultado de la actividad probatoria, del género del que subyace al punto de la vista doctrinal aludido y que cabe rastrear también en no pocas manifestaciones jurisprudenciales¹⁷, se está implícitamente apostando por una libertad para el juzgador que no conoce ni siquiera aquel límite.

En efecto, no basta la afirmación ritual de la vinculación del juez a las aportaciones probatorias. La propia experiencia histórica en la materia no podía ser más elocuente acerca de los límites de la capacidad efectivamente ordenadora de la norma, una vez acreditadas las vicisitudes del propio sistema de la prueba legal.

Esta evidencia -y puesto que la actividad valorativa del juez no puede darse sin un soporte de conocimiento previo racionalmente obtenido

13. Cordero con palabras que ya son, por su expresividad, un obligado lugar común en la materia, se referirá críticamente «a la imagen del libre convencimiento como la de una voraz potencia superlógica». Para afirmar su oposición a que «la libre convicción sea una suerte de potencia dionisiaca de la que no se puede hablar sino en los términos alusivos con que la bacante hablaba del dios, que el intelecto no sea omnipotente no es un buen motivo para renunciar a usarlo donde podría ahora iluminarnos» (F. Cordero, *Ideologie del processo penale*. Giuffrè, Milán, 1966, pp.229-230).
14. En op. cit., vol. V p. 560. « El legislador ha dejado en absoluto a la conciencia del juzgador la apreciación de las pruebas».(p.558).
15. F. Carrara, Programa de derecho criminal. Trad. de J.J.Ortega Torres y J. Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 1957, vol. II. p.356.
16. Tomo la expresión de G. Bettiol, *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Cedam, Padua 1966. p. 203 (Hay traducción castellana, de Gutiérrez-Alviz y Conradt, Reus, Madrid). La misma idea puede verse expresada en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Huet García, 7 de Junio de 1991):«Valoración de la prueba en conciencia o íntima convicción del juzgador quiere decir, sin duda, libertad de apreciación de la prueba, pero no prescindir de la misma ni de su análisis...». Aunque no podría afirmarse que la Sala Segunda sea consecuente con la exigencia del contenido de la última afirmación, puesto que es, como regla, francamente tolerante con la omisión del análisis de la prueba en las sentencias que conoce.
17. Críticamente, sobre la incidencia de esta actitud en la jurisprudencia de nuestro país de los años 30 a 50 de este siglo, cfr. J. M. Martínez Pereda, « El convencimiento judicial en el proceso penal español», *Revista de derecho judicial*. n 13, 1963, pp. 42-43.

y que en la moderna disciplina constitucional del proceso ha de ser, además, motivado **erga omnes**- hace que, como lúcidamente apuntó Nobili, el nudo de la cuestión relativa a «la validez de las nuevas reglas» se tenga que desplazar del campo «**de la imperatividad de la norma jurídica**» al **de la fundamentación y eficacia científica**»¹⁸.

2 La Inferencia inductiva del juez

La presentación ideal del modo de razonar del juez como un silogismo, que tiene en la conocidísima formulación de Beccaria¹⁹ su expresión más acabada, aunque sigue formando parte del bagaje cultural de no pocos profesionales del derecho²⁰, ha sido eficazmente cuestionada en su capacidad descriptiva²¹.

Sin embargo, creo que en ningún caso se había hecho con el rigor con que Ferrajoli ha llevado a término la, seguramente, más acabada tarea de crítica y propuesta de un modelo alternativo de comprensión del modo de operar jurisdiccional.

A juicio²², ninguna de las dos operaciones mediante las que se obtiene la verdad procesal

responde al esquema del silogismo: deducción en que consiste la calificación jurídica de los mismos tienen la forma de las **proposiciones normativas**, sino de **proposiciones asertivas**, es decir, relativas a la existencia o inexistencia de determinados hechos y preceptos legales. En uno y otro caso se tratará de enunciados de los que puede predicarse verdad o falsedad.

Frente a lo sostenido por Beccaria, Ferrajoli ve en el **modus operandi** del juez no una inferencia, sino tres: una inferencia **inductiva**, que tiene como premisas el resultado de la actividad probatoria y permite afirmar, por ejemplo, que Fulano ha causado la muerte de Mengano; una inferencia **deductiva**, que tiene como premisa la anterior afirmación de hecho y un precepto, en este caso del C.Penal, y permite afirmar, como conclusión, que Fulano ha cometido un delito de homicidio, y un **silogismo práctico** que integra la parte dispositiva, cuyas premisas son normativas (Fulano ha cometido un homicidio, al homicidio corresponde tal pena) y cuya conclusión es también una norma para el caso concreto: Fulano debe ser condenado de tal pena.

Así, resulta que el lugar del silogismo de Beccaria ha sido ocupado por dos silogismos de carácter

18. En op. cit. p. 196.

19. «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Podráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena» (C. Beccaria, op. cit., p.31).

Del grado de aceptación de este punto da cuenta su aceptación por procesalistas de tanto relieve como Carnelutti (cfr. La prueba civil. Trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 62-63).

20. Para muestra un botón, en una sentencia reciente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Moner, 10 de enero de 1992) puede leerse: «...dentro del silogismo que entraña la sentencia...».

21. En esta línea vale la pena dejar constancia aquí del punto de vista de Taruffo: «Hablar de función ideológica de la teoría silogística del juicio significa poner en evidencia que ésta tiende a acreditar una determinada imagen del juez, más que del juicio, destinada no tanto a delinear una realidad concreta como a indicar cuál debería ser tal realidad. En efecto, la doctrina del silogismo judicial más que describir el juicio, construye un modelo abstracto e ideal de juicio: se plantea una situación en la que la norma es un dato preexistente, en un ordenamiento positivo completo y sistematizado, cuya interpretación en vista de la aplicación al caso concreto consiste en una actividad esencialmente cognoscitiva de carácter sistemático. Se presume además que una actividad de este género es en todo caso necesaria y suficiente, sin que deban intervenir operaciones y apreciaciones no reducibles dentro del módulo del polysilogismo» (En la motivazione, cit., pp. 163-164).

Entre nosotros se cuestiona ya la concepción silogística, por ejemplo, en M. Fenech, Derecho procesal penal. Labor, Barcelona, 2.ª ed. 1952, vol. 22, p. 237.

Más recientemente, sobre los límites de la categoría referida a la decisión judicial, lo ha hecho M. Atienza, op. cit., pp. 39 y ss.

22. Lo que sigue se funda en I. Ferrajoli, op. cit., pp. 38 y ss. y 107 y ss.

teórico y un silogismo práctico o deóntico.

Acoger metodológicamente el carácter de inferencia inductiva de la averiguación de los hechos, supone a la vez asumir algo que, no obstante su aparente obviedad, tiene una relevancia que no debe desconocerse. Me refiero al dato de que con ello se sitúa reflexivamente el quehacer cognoscitivo del juez respecto de los hechos en el ámbito de las **explicaciones probabilísticas**, que son las que permiten afirmar algo, pero solo, y si la derivación es correcta, «con un alto grado de probabilidad, y quizá con "certeza práctica"»²³.

De ello se sigue una consecuencia que no debe perderse de vista: probabilidad implica un margen de incertidumbre y de libertad de elección entre opciones; cuando ésta conduce a decisiones que afectan a bienes personas extraordinariamente sensibles, la incertidumbre implica a su vez una forma de poder. Un poder que, como inevitablemente discrecional en algún grado, nunca será del todo controlable²⁴.

Así las cosas, y para que esos márgenes de

incertidumbre puedan verse reducidos tanto como sea posible, es fundamental que la inferencia judicial tenga siempre un referente empírico bien identificable²⁵, que haga posible afirmar con rigor si las proposiciones relativas a él son verdaderas o falsas, evitando que bajo la apariencia de enunciados descriptivos se formulen sólo juicios de valor²⁶.

La inferencia judicial tiene su punto de partida en un acaecimiento humano que rompe de algún modo la normalidad, de forma que interesa al ordenamiento penal. Ello da lugar a la formulación de una hipótesis acusatoria, que como cualquier hipótesis es un «enunciado sometido a contrastación»²⁷.

Contrastar una hipótesis es, como se sabe, poner a prueba su valor explicativo, en este supuesto, del caso a examen. Tratándose del enjuiciamiento, ello se hace mediante el desarrollo de la actividad probatoria²⁸.

Para que la hipótesis acusatoria pueda considerarse válida, se precisa una pluralidad de confirmaciones. La fecundidad de una hipótesis

-
23. C.G.Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*. Trad.de A. Deaño, Allanza Editorial, Madrid, 1973, p.93.
24. Hay en nuestra cultura procesal una marcada inclinación a atribuir a los juicios de hecho naturaleza deductiva (cfr. de la Sala Segunda sentencias de: Puerta Luis, 27 de mayo de 1991; Soto Nieto, 17 de junio de 1991; Huerta Alvarez de Lara, 29 de junio de 1991, Montero Fernández- Cid, 12 de julio de 1991; Rulz Vadillo, 4 de septiembre de 1991); en lo que no parece arriesgado ver una resistencia implícita a aceptar que el conocimiento del juez en la materia no es el conocimiento en sentido fuerte que tradicionalmente se ha asimilado a la lógica deductiva. A ello responde la que Taruffo ha llamado «juridización» del juicio de hecho, que así resulta en buena medida reabsorbido en el ordenamiento como sistema completo y cerrado de criterios de decisión» (en *La motivazione*, cit., p.164,nota).
25. Es evidente que esta exigencia tiene que hallarse previamente satisfecha en la ley, mediante la efectividad del principio de «estricta legalidad». Este (frente al de «mera legalidad», que va dirigido al juez y le impone la observancia de lo dispuesto en la ley) «se dirige al legislador, al que prescribe la taxatividad y determinación empírica de las formulaciones legales». Porque, «sólo cuando están dotadas de precisas referencias empíricas y fácticas, las definiciones legales de las hipótesis de desviación son adecuadas para determinar de manera tendencialmente exclusiva y exhaustiva su campo de aplicación» (I.Ferrajoli, op. cit.,p.7).
26. Naturalmente no se pretende expulsar los juicios de valor de una actividad como la judicial, en la que el momento valorativo ocupa un lugar fundamental. Se postula, sin embargo, un esfuerzo, una tensión como actitud metodológica orientada a que el juez opere con ellos de forma consciente y en el momento en que ha de hacerlos.
27. C.G.Hempel, op. cit.,p.38
28. Ferrajoli propone «llamar prueba al hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere el delito u otro hecho pasado, e indicio al hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que tenga a su vez el valor de un indicio». El modelo, ilustra Ferrajoli, funciona así: Fulano testifica que ha visto a Mengano salir de casa de Perengano con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que éste fuese hallado muerto de una cuchillada. Pues
-

requiere que la misma sea confirmada por más de un hecho (el único hecho de haber estado Fulano en el lugar del crimen no lo acredita, sin más, como autor del mismo).

Es preciso asimismo que la hipótesis sea resistente a las contra pruebas aportadas por la defensa. Una sola contraprueba eficaz basta para desvirtuar una hipótesis: si la coartada es verdadera la hipótesis es falsa.

Tienen que resultar también desvirtuadas todas las hipótesis alternativas.

En todo este proceso, deben de tenerse en cuenta algunas indicaciones. Así, cuanto mayor es la distancia y por tanto mayor es el número de inferencias que han sido necesarias para derivar de los hechos probatorios **thema probandi**, menor es el grado de probabilidad de la inducción probatoria.

Prueban más las pruebas que son más ricas en contenido empírico. Por eso si concurren varias hipótesis alternativas, se ha de optar por la más simple²⁹.

Cuando al final de ese proceso de conocimiento el juez aventura unos hechos como probados, habrá formulado a su vez una hipótesis acerca de la forma en que los mismos tuvieron lugar.

Una hipótesis probabilística, como consecuencia de que en la inferencia inductiva la conclusión va más allá de las premisas, aporta algo que no está contenido necesariamente en

éstas y supone, en esa medida un cierto salto hacia adelante.

Esto es lo que da un sentido también epistemológico³⁰ a la existencia de las garantías procesales, que configuran un marco normativo, regido por el principio de presunción de inocencia, en el que la inducción judicial ha de desenvolverse. Pero que en ningún caso altera la naturaleza **probable** del conocimiento adquirido por ese medio.

Ferrajoli se muestra partidario de acudir al esquema nomológico-deductivo³¹, como medio de acreditar, de evaluar, la consistencia de la inferencia inductiva del juez. Esto permitiría alcanzar una justificación relativa, al permitir identificar los **criterios de decisión**.

Como se ha visto, la inferencia inductiva permite ir del *thema probandi* descrito en la hipótesis acusatoria a los hechos probatorios que son su explicación. Ahora bien una vez realizada aquélla, puede dársele la vuelta, puede invertirse su curso, tratándola como si fuera una inferencia deductiva.

En ésta los hechos probatorios constituirán una primera premisa que, puesta en relación con otra: alguna(s) ley(es) o generalización(es) empírica(s) comúnmente aceptada(s), **máximas de experiencia** en terminología procesal, permitirá tener como probado el hecho de que se trata. O pondrá de manifiesto que no se procedió correctamente en la inferencia previa³².

blen, tal afirmación es prueba más o menos probable, según la sinceridad de Fulano, del hecho de que él ha visto a Mengano... Este segundo hecho es, en cambio, sólo un indicio, a su vez más o menos probable, según el crédito que se dé a la vista de Fulano, de que Mengano ha salido realmente de la casa de Perengano en las circunstancias que se ha dicho. Este tercer hecho es, a su vez, un indicio más o menos probable, según la plausibilidad de los nexos causales establecidos por nosotros, de que Mengano ha matado a Perengano. (op. cit., pp. 108-109).

29. Cfr. C.G. Hempel, op. cit., pp. 67 y ss.
30. «Las garantías penales y procesales, además de garantías de libertad, son también garantías de verdad; (porque) 'saber' y 'poder' concurren de manera diversa en el juicio, según que las mismas sean más o menos realizables y satisfechas» (I. Ferrajoli, op. cit., p. 19).
31. Preclsa su propuesta en op. cit., pp. 120-123. Sobre el modelo de explicación nomológica-deductiva, cfr. C.G. Hempel, op. cit., pp. 79 y ss, y J. Echevarría op. cit., p. 55.
32. Una aproximación intuitiva a la elaborada propuesta de Ferrajoli puede verse en G. Walter, cuando exige el juez una forma de apreciación y de expresión de la apreciación de la prueba «que sea repetible mentalmente» (En Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y los límites del libre convencimiento judicial. Trad. de I. Banzal, Temis, Bogotá 1985, p. 359).

Esta ulterior manera de operar es evidente que no convierte lo obtenido a través de ella en conocimiento deductivo, puesto que no altera el proceso cognoscitivo como tal³³. No cambia por tanto la naturaleza probabilística del conocimiento adquirido, pero tiene indudables ventajas, desde el punto de vista del **control de la calidad** del curso argumental del juez: por un lado le obliga a ordenar el material probatorio ya contrastado, a verificar la forma en que lo ha sido, y a hacer explícitas las máximas de experiencia empleadas; y, por otro, permite también apreciar con más facilidad hasta qué punto, en su interacción explican, y en qué medida el caso concreto.

3. El papel de las máximas de experiencia

Al hablar de esta materia continúa siendo un punto de referencia necesario la noción elaborada por Stein, que concibió las máximas de experiencia como «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos»³⁴.

En una primera aproximación, la noción apunta a algo tan obvio como que resulta impensable, incluido el juez, que se pudiera prescindir, en el ejercicio de cualquier actividad de indagación o valoración, de los datos o el bagaje de conocimientos que proporciona la experiencia socialmente acumulada.

Sin embargo, el relieve adquirido por la noción en el momento y en la cultura procesal, de que es buena expresión el trabajo de Stein, no se limita a esa perspectiva.

Como ha señalado Taruffo³⁵, esa elaboración doctrinal consistente en «traducir en reglas lógicamente determinadas el criterio del **id quod plerumque accidit**», respondió de manera inmediata a la necesidad de salir al paso de las tesis de la escuela libre del derecho. Y, más en concreto, a la finalidad de hacer posible un control sobre el juicio de hecho por parte de la casación.

Por esa vía, una vez traducidos a **reglas generales** los criterios extraídos de la experiencia, el juicio de hecho recibía cierta impronta **normativa** y el tratamiento lógico de una inferencia deductiva, de la que la máxima de experiencia venía a constituir la premisa mayor.

Lo expresaba con claridad Rosemberg, al considerar el juicio de hecho como «una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor, y formado, por tanto, mediante reglas lógicas»³⁶.

Se advierte fácilmente que esta forma de concebir la máxima de experiencia sigue estando profundamente instalada en la consideración jurisprudencial del juicio de hecho, como lo ponen de manifiesto las referencias concretas que se han hecho antes.

Y no puede tampoco pasar desapercibido que la misma, además de la función reconocida de propiciar el control lógico del juicio, tiene una clara dimensión ideológica: atribuir al conocimiento judicial del dato empírico una calidad de

33. Como escribe Letizia Gianformaggio, a diferencia de lo que sucede en el razonamiento deductivo, en el inductivo «la mera enunciación de la premisa, o eventualmente de las premisas, no es suficiente para probar de manera rigurosa alguna conclusión. Se sabe bien que una inferencia inductiva debe probarse, y la prueba viene dada por un elemento extraño al razonamiento». («Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico» en U. Scarpelli (ed), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Studi dedicati a Norberto Bobbio. Edizioni di Comunità, Milán, 1983, p. 144). Y es evidente que ese paradigma no se altera por la inversión nomológica- deductiva de un previo razonamiento inductivo.

34. F. Stein. *El conocimiento privado del juez* Trad. de A. De la Ollva, Temis, Bogotá, 1988, p. 27.

35. M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*. Cedam, Padua, 1970, pp.197 y ss.

36. En tratado de derecho procesal civil. Ejea, Buenos Aires, 1955, vol.II, p.210, cit. por H. Devís Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*. Víctor P. de Zavalia Editor, Buenos Aires, vol. I, p. 175.

certeza (deductiva) que no tiene en absoluto. Y no la tiene porque la ley en que se traduce la máxima de experiencia no es una ley «de forma universal», si no el fruto de la constatación de cierta regularidad en la forma de producirse determinados fenómenos o comportamientos³⁷.

La máxima de experiencia responde al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, produce únicamente conocimiento probable. Esto no le priva de valor en la experiencia procesal, al contrario, permite atribuirle el que realmente puede corresponderle y, en esa misma medida, tal consideración de su significación se inscribe con toda autenticidad en el paradigma de la búsqueda de la verdad de los hechos.

Por otra parte, resulta necesario decir que no todas las máximas de experiencia estarán dotadas de la misma eficacia explicativa en el momento de dar el salto de un hecho probatorio a otro que pueda considerarse probado.

Así, mientras algunas máximas de experiencia -piénsese en las rigen la pericia dactiloscópica- gozan de un alto grado de elaboración y reconocimiento; otras podrán ser el fruto de un reducido número de datos empíricos³⁸, e incluso tener necesidad de ser, a su vez, probadas³⁹.

Ahora bien, y como conclusión, con independencia de la calidad de la máxima que se

haga uso en cada caso, lo cierto es que, como escribiera Foschini, «percibido el hecho fuente de prueba, éste permanecería absolutamente carente de significado y mudo, a los fines de la prueba, sino estuviera referido a la experiencia y, más precisamente, subsumido en una máxima de experiencia, porque sólo de ese modo resulta posible obtener el convencimiento acerca de la verdad del hecho diverso que es objeto de prueba»⁴⁰.

II. LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS EN SERIO

El precepto contenido en el art. 120,3 de la Constitución, más que cerrar, realmente abre el problema de la motivación, porque, una vez atribuido a ésta de modo inequívoco el carácter de deber constitucional del juez, resulta inexcusable plantearse el problema de sus dimensiones, del alcance de la exigencia.

Como es bien sabido, esa norma de nuevo cuño, fue a proyectarse en un contexto caracterizado por la escasa cultura y la práctica todavía más pobre de la fundamentación de las resoluciones judiciales. En efecto, la sentencia penal estándar, el estilo de las resoluciones judiciales entre nosotros, estaba caracterizada por la declamación, por el hábito de la declamación apodíctica de ciertos hechos como «probados», siguiendo en la forma el torturado y torturador modelo de la francesa **phrase**

37. «... La distinción entre leyes de forma universal y leyes de forma probabilística no se refiere a la fuerza del apoyo empírico de los dos tipos de enunciados, sino a su forma, que refleja el carácter lógico de la aserción que hacen. Una ley de forma universal es básicamente un enunciado en el sentido de que todos los casos en que se dan unas condiciones de tipo F, se dan también unas condiciones de tipo G; una ley de forma probabilística afirma, básicamente, que bajo ciertas condiciones, que constituyen la ejecución de un experimento aleatorio R, se producirá un cierto tipo de resultado en un porcentaje específico de casos» (C.G.Hempel, op. cit., p.102).

38. M.Nobili se muestra partidario de distinguir entre las máximas de experiencia y lo que describe como «criterios sólo tendenciales del comportamiento humano» («Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"», en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1969, p.184).

39. Sobre este último aspecto, cfr. H. Devis Echandía, op. y loc. cit., pp.171 y ss.

40. G. Foschini, Sistema del diritto processuale penale (I). Giuffrè, Milán, 1965, pp. 414-415. Es por lo que Amodio insiste en la necesidad de «hacer explícito el canon de argumentación utilizado para llegar a la afirmación de haberse producido el hecho imputado». Así, el modelo normativo de la motivación, se desarrolla según la siguiente secuencia: «hecho probatorio-máxima de experiencia-hecho probado» (En op.cit.,pp.208-209).

únique, redactada en jerga impenetrable, siempre bien aderezada de gerundios⁴¹. Tales hechos, seguidamente, se declaran con fórmula sacramental y sin ninguna pretensión explicativa, constitutivos de una determinada infracción penal, haciéndolo como si de una derivación puramente mecánica se tratase.

Esta tradición sigue harto viva todavía en la práctica de muchos juzgados y tribunales, aunque a partir de momentos relativamente próximos, a comenzado a experimentar cambios cuyo relieve no sería justo desconocer.

Así, puede decirse, va abriéndose camino entre nosotros una cierta nueva cultura de la motivación en la que, sin embargo, pesa más el lastre del viejo decisionismo inmotivado que el impulso emanado del imperativo del texto fundamental; sobre todo, en lo que hace referencia a la **quaestio facti**.

Es cierto que la relevancia de la motivación en la materia goza de autorizado reconocimiento jurisprudencial del más alto rango⁴².

Pero también lo es que, no obstante lo categórico de muchas de las aserciones, las propias resoluciones en las que ese criterio se expresa, fácilmente pasan luego, sin solución de continuidad, a dar por bueno lo que no son sino verdaderas ausencias de motivación.

Tal es, por ejemplo, el caso de la llamada **motivación implícita** o motivación «no dicha»⁴³, que cuenta con una franca aceptación en nuestra jurisprudencia⁴⁴. Sobre todo tratándose de supuestos de la llamada prueba «directa»⁴⁵.

No resulta difícil adivinar que la renuncia -ésta quizá más que implícita- a dar realidad en la práctica a exigencias de principio como la que nos ocupa -que, por otra parte, se formulan con tanta firmeza- responde a criterios

-
41. Cfr. Joaquín Bayo Delgado, «De gerundios jurídicos», en Boletín Informativo Jueces para la Democracia. 7, octubre 1991, p.6. Interesante apunte crítico sobre las particularidades del estilo de redacción que caracteriza a ese modelo.
42. Expresiva al respecto resulta la sentencia 55/1987 del Tribunal Constitucional (Díez Picazo), que en un tema de Imprudencia señalaba la necesidad de establecer «motivadamente de qué manera la infracción del deber de diligencia se conecta con el resultado». Y también la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 1990, en que, tras de afirmar que en el campo penal «la relación de hechos probados es la piedra angular» se hacía hincapié en que «si no se dan razones sobre el valor que el juzgador concede a la prueba practicada y se limita la sentencia como ha sido norma hasta tiempos recientes a expresar la calificación jurídica de los hechos que se habían declarado probados mediante un razonamiento que se mantenía secreto en la conciencia de sus autores, falla precisamente la motivación en aquella parte que, sin duda, es la más importante y constituye en muchos casos el tema único sobre el que versa el debate» (Delgado García). O la de la misma Sala (Soto Nieto, 20 de febrero de 1991), donde se llama también la atención expresamente sobre el relieve de la «motivación fáctica de la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia». Lo malo es que tal énfasis en la exigencia de motivación fáctica se reserva exclusivamente para la llamada prueba indirecta.
43. Cfr. M. Taruffo, «la fisonomía», cit., pp.457; para una más amplia consideración: La motivazione, cit., pp.437 y ss.
44. Por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 174 y 175 de 1985 y 14 y 122 de 1991. También el mismo Tribunal Constitucional ha dado vía libre a la motivación por remisión, versión actualizada del castizo «por sus propios fundamentos» (Autos 688/1986 y 956/1988; y sentencia 27/1992).
45. La contraposición entre pruebas «directa» y prueba «indirecta» procede de Bentham (op.cit.I,p.27). La distinción es cuestionada por Ferrajoli, a partir del criterio de demarcación, porque «las pruebas recogidas en un proceso no son casi nunca directas sino casi siempre pruebas indirectas». De este modo, «si se excluyen los delitos cometidos durante un juicio, en los que el hecho probatorio y el hecho objeto de prueba son todo uno, las pruebas directas no existen» (Ferrajoli, op.cit., p. 110, p.164, n.25). Hay que decir que, seguramente, las pruebas no serían directas en ese sentido ni siquiera en este último caso, en el que el enjuiciamiento del eventual delito resultaría transferido a otro tribunal, ante el que los magistrados que presenciaron el hecho inculpinable tendrían que declarar como testigos.
-

inequívocamente pragmáticos⁴⁶. Lo malo es que la renuncia no es, como parece querer seguirse, (solo) a la **expresión de la motivación, sino a la motivación misma.**

En efecto, aunque en una consideración superficial tal vez cupiera pensar que, en casos como los comprendidos en esa fórmula, habría todo lo más cierta tolerancia con la reserva para el propio órgano decisor de los motivos de su opción acerca de la **quaestio facti**, no es así.

La exigencia⁴⁷ de trasladar a terceros los (verdaderos) motivos de la decisión, lejos de resolverse en una simple exteriorización formal de éstos, retroactúan sobre la propia dinámica de

formación de la motivación⁴⁸, y de la misma resolución en todos sus planos; obligando a quien la adopta a operar, ya desde el principio, con unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigentes⁴⁹. Y es que, efectivamente, no es lo mismo resolver conforme a una **corazonada**⁵⁰, que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. Sobre todo en un sistema procesal que tiene el principio de presunción de inocencia como **regla de juicio**⁵¹. Regla que tantas veces obliga a resolver contra la propia convicción moral, cuando, después de un cuidadoso análisis de la prueba, aquella no encuentra confirmación plausible en ésta.

46. Son los mismos que se expresan en una marcadísima tendencia jurisprudencial -generalizada en toda clase de Instancias- a recuperar relegitimándolas por distintas vías, informaciones policiales connotadas de ilegalidad por el quebrantamiento de normas imperativas. Quizá uno de los casos más llamativos esté en el tratamiento de las infracciones de art. 569.4 de la Ley de E.Criminal en no pocas sentencias de la Sala Segunda a pesar de lo diáfano de su expresión acerca de la presencia del secretario judicial en los registros, de 1882, ¡ay!, ya no vigente.
No resulta difícil adlvinar en el fondo de estas actitudes la consideración de tales supuestos sub specie de un presunto conflicto entre el ius puniendi del Estado -derecho de la sociedad a defenderse, se dice también- y un cierto interés (exclusivo) del imputado que buscaría beneficiarse arteramente de la aplicación de las garantías. Cuando lo cierto es que, el interés en la efectiva vigencia de éstas es de carácter público-constitucional y se orienta precisamente a la defensa y subsistencia de la sociedad como sociedad democrática.
47. La exigencia se entiende, naturalmente, como modelo-límite y apunta a la instalación en el juez-Intérprete de una tensión hacia la transparencia; y, al mismo tiempo, a tratar de impregnar su actividad decisora de una cierta distancia autocrítica. Si esta actitud se predica como necesaria para el científico, cuyo hacer tiene que ver con entidades y magnitudes mucho más objetivas con cuánto más motivo no ha de serlo para el juez, habida cuenta del alto nivel de implicación que es inherente a las cuestiones morales, y de lo difícil que resulta filtrar los presupuestos ideológicos, religiosos, culturales en general, desde los que inevitablemente se actúa.
48. «(Cuando en efecto la persona que realiza una opción sabe que tiene que motivar (y es la situación típica en que se encuentra el juez), no puede prescindir completamente de tal obligación y por tanto ya se encuentra el campo de las soluciones eventuales restringido al de las opciones racionalmente justificables: se vería constreñido a rechazar una determinada opción, quizá conforme a sus principios, cuando no fuese capaz de argumentarla favorablemente» (G. Ubertis, op. cit., pp 53-54).(Cursiva mía).
49. Lo vió muy bien J. Frank cuando escribía: «creo que hará mucho bien exigir la publicación de los fundamentos, aunque no constituye un panacea, porque el mismo acto de escribir su versión de los hechos tiende a inducir al juez a escudriñar y criticar cuidadosamente sus motivaciones y a confrontar sus creencias...»(op.cit.,p.97). También E.Dohring cuando escribe: «un benéfico constreñimiento al autocontrol es el que impone el deber del averiguador profesional de justificar su hipótesis por escrito», algo que es válido «muy en especial para el juez, que tiene que fundamentar circunstanciadamente en la sentencia su concepción del estado de los hechos»(La Investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica o apreciación. Trad. de Tomás A. Banzlaf, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 451).
50. J. Fernández Entralgo ha recordado oportunamente lo «fácil que es ceder a la tentación de primar la intuición a costa de fabricar una verdad de artificio adaptada a aquella, que más tarde se invocará para pretender mantener intangible el resultado de una tal manipulación»(«Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia», en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, n. 493-494, p.3, 142).
51. Tomo la expresión de G. Illuminati, La presunzione d'innocenza dell'imputato. Zanichelli, Bolonia, 1979, pp.163-165).

Por eso, aunque en los casos de esa falta de motivación que se designa como motivación implícita, la que más padece es en apariencia la dimensión extraprocesal del precepto del art. 120.3 de la Constitución, la verdad es que el alcance de la claudicación es bastante mayor.

Motivar, escribe Gianformaggio, «significa justificar y justificar significa justificarse, dar razón del propio trabajo admitiendo en línea de principio la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de un control»⁵².

Efectivamente, la exigencia de motivación responde a una finalidad de control del discurso, en este caso probatorio, del juez, con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal⁵³. Un control, por cierto -conviene insistir-, no sólo de procedencia externa, sino que no puede carecer de esa proyección interna sobre el propio operador a la que nos hemos referido⁵⁴, y cuyo fin es, como se ha visto, implicarle (complicarle, díría) o comprometerle, para evitar la aceptación acrítica, como convicción, de alguna de las «peligrosas sugerencias de la "certeza subjetiva"»⁵⁵. Esto, incluso en el caso hipotético de que toda la actividad probatoria fuera de la llamada **directa**⁵⁶. Porque esa difícil eventualidad (donde además directa no

significa necesariamente simple) nunca excluiría aquel peligro y por ende no podría autorizar al juez a rebajar el nivel de la racionalidad exigible en su trabajo; y porque, en cualquier caso, la sentencia no dejaría de estar dirigida a terceros, a toda la sociedad, que es lo que impone que se le dote de la información necesaria para que resulte un texto autosuficiente, que «se baste a sí misma»⁵⁷, sin necesidad de remisiones a las actas del proceso.

Por eso no me parece aceptable el punto de vista de Ruiz Vallido que no cree «obligado ni necesario» que el juez o el tribunal hagan un examen exhaustivo de la prueba y expliquen el por qué de la relevancia dada a cada medio en concreto: «por qué (se) creyó a dos testigos y (se) dejó de creer a tres o por qué (se) dio más credibilidad a un informe pericial que otro». Encuentra el autor la justificación de este criterio en que «un tribunal colegiado (...) no todos sus miembros en su intimidad llegan a la conclusión de la culpabilidad y, por tanto, a la credibilidad de una prueba frente a otra, por el mismo camino y con idéntico recorrido, y no (sabe) cómo habría de redactarse la sentencia condenatoria en estos casos»; y, así mismo, en que «no parece conveniente ni menos necesario subrayar la incredibilidad de un testigo o de varios de manera

52. L. Gianformaggio, op. cit., p. 136.

53. «El control de la toma de decisión judicial en el área determinada por las normas legales es un postulado de todo sistema que se base en el principio de legalidad» (J. Wroblewski, Sentido y hecho en el derecho. Trad. de J. Igarta y J. Ezquerra, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 238). En esa línea las normas jurídicas son calificadas como «factores de restricción de los márgenes de la decisión» (p. 235).

54. J. Fernández Estralgo ha hecho hincapié en la «función preventiva» de la obligación impuesta al juez de «depurar su propio discurso, en una labor autocrítica, que constituirá, sin lugar a dudas, la mejor profilaxis contra posibles quebrantamientos del derecho a la presunción de inocencia» («La motivación de las resoluciones judiciales en el proceso penal: doctrina del Tribunal Constitucional», en Poder Judicial, número especial IV, dedicado a «Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas», p. 71).

55. F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*. Giuffrè, Milán, 1990 p. 155. En idéntico sentido M. Nobili: «certeza moral no debe significar nunca arbitrio sino conocimiento razonado» (La formación..., cit., p. 281).

56. J. Fernández Estralgo ha puesto de relieve cómo no existe argumento válido, para limitar el alcance del deber de motivar a los supuestos de que la convicción se apoya en la prueba indiciaria, cuando lo que está en juego es «la efectividad de un derecho fundamental». (En «La motivación de las resoluciones...», cit., p. 76).

57. Tomo la expresión de J.B. Maier, *Derecho Procesal Penal Argentino. Ib Fundamentos*. Hammurabi, Buenos Aires, 1989 p. 593.

expresa. Ni siquiera es fácil explicar por qué se inclinó un juez por uno u otro testimonio». De ahí que estime suficiente que se «deje constancia de los datos de que se ha dispuesto, declaraciones en favor o en contra, pericias en uno y otro sentido, etc., y cómo a su través, con prueba inequívoca de cargo, se llegó a la condena». Porque «lo importante es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados, y de ellos obtener la correspondiente conclusión»⁵⁸.

Como se ha escrito en ocasiones, cada modo de sentenciar, como cada manera de escribir, lleva consigo una implícita selección del destinatario, del interlocutor. Desde esta perspectiva, diría que la propuesta de Ruiz Vallido acota como espacio de diálogo sólo el estrictamente intraprocesal. Y lo hace en términos que se sitúan incluso por debajo del nivel de exigencia del art. 10,6a de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, que imponía al juez el deber de alamar «de manera expresa las pruebas practicadas y **su resultado**», es decir el **rendimiento** de cada una de ellas. Y más lejos aún de la prescripción de la regla segunda del art. 85,2 de la Ley Procesal Militar, que, después de establecer la necesidad de consignar en la sentencia los hechos que se estimen probados, impone «la fundamentación de dicho convicción».

En ambos casos se quiere algo más que el simple «dejar constancia de los datos», se pide al juez que razone el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos. La «exteriorización del por qué de las conclusiones de hecho», al decir de Maier⁵⁹.

No basta con que el juez afirme que tiene (para sí) una convicción, debe exponerla para compartirla. Diría incluso que en la misma idea de conferir a un resultado probatorio por sí mismo existencia objetiva como «de cargo» hay algo de falaz. Porque lo que en definitiva lo constituye

como tal es la atribución de una determinada valencia, dentro de un tejido de elementos de juicio en relación de mutua aplicación.

Se advierte con claridad en el caso del voto disidente en un tribunal colegiado, que muy bien puede partir de los mismos datos probatorios de la resolución de mayoría, pero, eso sí, entendido de una manera diversa. Modo de entender discrepante, que nunca podría proyectarse hacia afuera del órgano como un simple **porque sí**. Como parece que tampoco podría hacerlo la misma resolución que motiva el disentimiento y, en suma, ninguna resolución.

Cierto que puede haber casos de esos en los que, coloquialmente, se dice, los hechos **se aplican por sí solos**, pero esto realmente nunca es así: el juicio de hecho será más o menos elemental, pero no podrá dejar de producirse. Por otro lado, no conviene olvidar que el mandato constitucional es incondicionado, y que las resoluciones judiciales, que con harta frecuencia ilustran la economía de la justificación, suelen ser extraordinariamente parcas al recoger los datos que podrían dar cuenta de la forma en que se ha producido efectivamente la contradicción en el acto de la vista. Con ello resulta que si, generalmente, la sentencia penal rara vez es comprensible para quien no conozca los antecedentes de la causa, al ocultarse el nudo de la decisión, puede muy bien resultar un jeroglífico, incluso para las partes. Cuando lo cierto es que, como se ha dicho, la Constitución ha optado por hacer de ella un texto inteligible, y Perelman diría, convincente⁶⁰, incluso para alguien que lo lea desde afuera de la relación procesal concreta.

Hay un dato, el de la **dificultad** de la auténtica motivación, también señalado por Ruiz Vallido que no puede dejar de reconocerse como cierto. Porque «motivación», en el expresivo decir de Cordero⁶¹, significa «máquina dialéctica», ejercicio de una «función ostensiva (que)

58. E. Ruiz Vallido, «Hacia una nueva casación penal», en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, N. 1.585, p. 5.685.

59. J.B.J.Mier, Op. cit., p. 244.

60. Cfr. Ch. Perelman, La lógica jurídica y la nueva retórica. Trad. de I. Díez Picazo, Civitas, Madrid, 1979 p.213.

61. F. Cordero, «Stilus curiae...», cit., pp. 302 y 306.

disuelve los **arcana iustitiae**» llevándose con ellos -al menos tendencialmente- una forma siempre más cómoda de ejercicio de la jurisdicción.

Desde luego **motivar**, como cualquier acto de racionalidad explícita, no puede ser fácil. Pero, ¿no será precisamente en esa dirección donde apunta el imperativo inconstitucional? Porque, en efecto en la genealogía de todos los controles democráticos sobre los actos de poder, late el propósito de hacer su ejercicio racionalmente justificado, es decir, **más difícil**, pero también más legítimo⁶². Por eso tiene que ser necesariamente más difícil la función del juez en un modelo informado por el principio de legalidad que en el de la «justicia del cadí».

También es verdad que el nivel de dificultad en la elaboración del discurso motivador puede crecer en el caso de los tribunales colegiados, pero quizá ello responda así mismo a la lógica interna del propio sistema, que les atribuye generalmente la resolución de los casos más complejos o de mayor trascendencia y el reexamen de lo actuado por otros órganos. En ellos la garantía radica, precisamente, en que la formación de la conciencia y la voluntad colectiva vaya más allá de la mera yuxtaposición de «intimidades», para convertirse en una verdadera convicción a trois (cuando son tres los magistrados que forman la sala, naturalmente).

III. CASACION: JUZGAR EL JUICIO DE HECHO

Como bien se sabe, y para decirlo con palabras ya clásicas entre nosotros, «límitese la casación, partiendo de los mismos hechos fijados en la sentencia, a examinar la concepción jurídica causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de éste, la regularidad del proceder que

haya conducido hasta él»⁶³.

Este punto de vista, con carta de naturaleza en el tratamiento tradicional de la casación, responde a la misma filosofía que impregna una de las formas de entender la libre convicción judicial.

Si ésta se concibe como un ejercicio de la más absoluta intimidación, como una experiencia intraducible, como una suerte de momento **pánico**, ello no puede más que llevar consigo la imposibilidad asimismo absoluta de **volver sobre él** para intentar su comprensión **desde fuera**.

Pero ya hemos visto que esto no es ni ha sido nunca objetivamente así, aunque la **intime conviction** haya recibido en ocasiones ese tratamiento, que aún cuenta con partidarios.

El proceso de adquisición de conocimiento del juez no es estructuralmente más ni menos complejo que otras formas del razonar.

Por otra parte, recuerda Cordero, el «hermetismo togado» es históricamente muy anterior a la acuñación de la convicción íntima como principio: «también los doctores italianos recomiendan reticencia: nunca exprimere causan»; porque «justicia oculta, jueces omnipotentes»⁶⁴.

Precisamente por eso, en una concepción tendencialmente democratizadora del proceso como la que expresa nuestro texto constitucional, hay que entender que a falta de obstáculos de índole gnoseológica, se añade una consistente razón política para profundizar, por la vía de control jurisdiccional, en la exigencia de la motivación.

En esa línea, una de las convicciones que resulta preciso combatir es la que tiende a recluir todo el componente lógico del juicio en el **de derecho**⁶⁵, como si no existiera otra lógica que la deductiva: lo que sería, en fin, una forma más de insistir en la atribución de una inadmisibles carga de irracionalidad al **razonamiento** del juez.

62. «La 'razón de' ya no es entonces solamente algo que explica, sino que legitima» (P. Ricoeur, op.cit., p.52).

63. E. Gómez Orbaneja -V. Herce Quemada, op. cit., p.260.

64. F. Cordero, «Stllus Curiae...», cit., pp. 302-303.

65. Así G. Calogero, para quien, mientras en el juicio de derecho el carácter lógico del juicio se confundiría con la «antijuridicidad», que no escapa al control de la casación, el mismo vicio referido al juicio de hecho sería un error de facto del propio juicio de hecho, por sí mismo incensurable en casación (en op. cit., p. 5).

A este «prejuicio epistemológico» se ha referido Ferrajoli apuntando la alternativa: «es claro que si, al contrario, por "lógica" se entiende la lógica no sólo deductiva, sino también inductiva, no hay razón para no admitir el control lógico de la casación también sobre la adecuación de la motivación en materia de hecho, es decir, sobre la carencia de confirmaciones (o pruebas) por **modos ponens** o sobre la presencia o no experimentación de contra pruebas por **modus tollens**»⁶⁶.

Con todo, lo cierto es que el control casacional del modo de aplicación de las máximas de experiencia -aunque sea limitado a los supuestos más llamativos- se ha abierto camino en experiencias comparadas, regidas como la española, por la previsión de exclusivo control de la transgresión legal. Tal es el caso de la jurisprudencia alemana y de la italiana.

Como señala Walter, «hay quienes ven realizado en la práctica de los tribunales de casación el principio de que también pueden ser sometidas al control de esa instancia las comprobaciones de hechos (en virtud de la fórmula de "las transgresiones de las leyes del razonamiento y de la experiencia, de las constataciones poco clara y lagunosas")»⁶⁷.

En este punto de vista hay implícito un replanteamiento del sentido de la convicción íntima, que, ciertamente, no podría estar sometida a patrones legales de valoración del material probatorio, pero que no puede dejar de respetar las reglas del discurso racional. Por eso, concluye Walter señalando cómo «la observancia de las leyes del razonamiento no constituye un límite de la apreciación de la prueba, sino que es inmanente a ésta. O mejor dicho, cuando se trata de la observancia de leyes del razonamiento, no hay lugar para una apreciación»⁶⁸.

En el mismo sentido, y de forma bien plástica, se ha expresado Cordero, con respecto a Italia, al hacer notar la vigencia práctica de un

cierto control del uso de las máximas de experiencia. De no ser así, dice, «cualquier conclusión delirante sería invulnerable. Por ejemplo, N resulta condenado a partir de la siguiente premisa: Es uno de los siete que pueden haber matado a P; y le odiaba, al contrario de los otros; es imposible que pueda haber resistido el impulso; quien odia de esa manera no pierde cómodas ocasiones de matar»⁶⁹.

La consolidación de ese punto de vista exige el definitivo desplazamiento de una viciosa concepción circular sobre el papel del principio de inmediatez en la formación de la convicción.

La inmediatez es, qué duda cabe, una garantía, pero sólo de carácter instrumental, preordenada a ser posible, a partir del contacto directo con una valoración racional de los actos probatorios, que pueda a su vez ser racionalmente enjuiciada por terceros.

Por el contrario, cuando la inmediatez se usa -y es frecuente- como barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal, se convierte en una injustificable coartada, primero para propiciar que el juez oculte sus razones; y, después, para negar legitimidad a cualquier tentativa de fiscalizarlas.

Así, resultará que la inmediatez, que por sí misma no es necesariamente un obstáculo frente al proceder arbitrario del juez, puede convertirse en paradójica **garantía** de discrecionalidad judicial incontrolada.

Para que no sea así, se hace preciso acabar con la confusión bien patente en la opinión de Calogero, antes citada, de que prueba y **quaestio facti** son la misma cosa. Porque, como escribe Ferrajoli, debe distinguirse entre el **juicio sobre el hecho y el juicio sobre el juicio**. Y dentro de éste, «es claro que el juicio sobre la motivación forma un todo con el juicio de legalidad; y que el control sobre la consistencia (no de las pruebas sino) del razonamiento probato-

66. L.Ferrajoli, op.cit., pp.179-1280, n.83.

67. G. Walter op.cit., p.350.

68. G. Water, op. cit. p. 355.

69. F. Cordero, Procedura, ed, 1991, cit., p.936.

rio, es todo uno con las garantías de legalidad que expresan los tres clásicos brocardos **nulla poena sine crimine, nullum crimen sino lege y nulla poena et nullum crimen sino iudicio**⁷⁰.

Este modo de entender la cuestión se encuentra en alguna resolución de la Sala Segunda. Así, la de 15 de abril de 1989 (ponente Bacigalupo Zapater) que declara controlable en casación el que califica de «segundo nivel de la valoración judicial», que es el relativo «a las deducciones e inducciones que el tribunal puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente en el juicio oral. Estas inferencias pueden ser controladas en la casación precisamente porque no dependen sustancialmente de la inmediatez, sino de la corrección del razonamiento que se debe fundar en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en conocimiento científicos. Por tanto, en la medida en que el tribunal de casación tiene completo acceso a ese razonamiento puede verificar en cada caso la corrección de las conclusiones».

La doctrina, desde luego impecable, tiene además la virtud de poner a la propia Sala Segunda ante un reto: franquearse ella misma, a través de la exigencia de la motivación **explícita** del juicio de hecho, el «completo acceso de ese razonamiento», que, hoy por hoy, le cierra, sin consecuencias, cualquier tribunal que reserve para sí los criterios de valoración tenidos en cuenta. Y no digamos cuando se trata de la dichosa prueba **directa**.

El concepto de motivación en **sentido fuerte**, constituye el antecedente necesario de un control casacional como el que justifica la sentencia que acaba de citarse y tiene inequívoco apoyo normativo del más alto rango.

En efecto, está la exigencia del art. 120,3 de la Constitución. Aunque la colocación sistemá-

tica del precepto es un obstáculo para que la observancia permita el acceso al recurso de amparo, parece que en todo caso ésta habría de tener encaje en el supuesto del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, máxime si se le relaciona con la previsión del art. 5,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; salvo que puede entenderse que el dictado constitucional en este punto carece de «carácter sustantivo» y/o no deba «ser observado en la aplicación de la ley penal».

Pero, en último término, el defecto de motivación siempre tendría, como entiendo Bacigalupo⁷¹, las consecuencias de producir indefensión, relevante a los efectos del art. 24 CE, y de encarnar una forma de ejercicio arbitrario de un poder público, de las proscritas en el art. 93,3 CE. Esto, creo, no solo en el caso de motivación incorrecta, sino también en el de pura y simple falta de expresión de la motivación.

Entenderlo de otro modo, supone la aceptación práctica del hecho de que el juez pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y también perder de vista que, más allá de consideraciones pragmáticas o de oportunidad y de eventuales costes coyunturales, el instrumento de la declaración de nulidad tiene, trascendiendo el caso concreto, una ratio. Esta consiste en asegurar la capacidad ordenadora del orden jurídico y, en consecuencia, demanda de quienes tienen la responsabilidad de hacerla efectiva que se le dote, como es de ley, de una eficacia generalizada. Ello aquí significa dejar claro cómo hay que hacer las cosas, es decir, las sentencias. Si se quiere que definitivamente se ajusten al único modelo posible en este caso: el constitucional.

70. L.Ferrajoli, «I valori del doppio grado e della nomofilachia», en *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni*, en *Materiali e atti del Centro Studi per la Riforma dello Stato*. Suplemento al n. 1, enero-marzo 1992, de *Democrazia e Diritto*, pp. 34 y 40-41.

71. E. Bacigalupo Zapater, «La Impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal. (Reflexiones sobre un decenio de aplicación del art. 24,2 CE)», en curso de publicación, consultado en la versión mecanográfica.

A DOCTRINA NACIONAL **Abolicionismo y democracia**

Cecilia Sánchez Romero *
Marlo Alberto Houed Vega **

La urgente necesidad de una democratización de la vida toda; es decir, de una efectiva participación comunitaria en todos los ámbitos del diario quehacer, incluyendo lo relativo a la administración de justicia, nos motiva a plantear esta reflexión, con el objeto de establecer un interesante vínculo entre la perspectiva abolicionista del sistema penal y el concepto "Democracia Total".

Es incuestionable que entre más democrática sea una sociedad, menor será el nivel de represión que se ejerce sobre sus ciudadanos y mayor será la posibilidad de éstos para intervenir de manera directa en la solución de sus conflictos.

El entramamiento de nuestros sistemas "democráticos" (entrecorrido efectivamente en varios de los países del área centroamericana), pese a importantes avances en algunos campos, se evidencia de manera más clara, en el divorcio absoluto del discurso político partidario y la realidad, que camina a pasos agigantados hacia un extremo empobrecimiento de grandes sectores de la población, un deterioro absoluto de la salud, una educación deficiente, ninguna participación en las decisiones que lo afectan, y por supuesto, paralelamente un desarrollo del aparato represivo, como mecanismo de solución al manipulado "aumento de la delincuencia" y como medio de garantía de la "Seguridad Ciudadana".

La ineficiencia de las instituciones estatales es más que evidente en nuestros países; la incapacidad para resolver los urgentes problemas

está debidamente probada, y en muchos casos, también la administración de justicia va a la zaga de los acontecimientos; no es ni tan pronta ni cumplida, y recae, con fuerza inusitada hacia abajo.

Desde esta óptica, un replanteamiento sobre la democracia que quisieramos vivir y, sobre todo, heredar a nuestros hijos, se perfila como tarea urgente. Pensamos que cada quien, desde su ámbito profesional o cualquier otra condición, está obligado a este análisis para contribuir con su aporte a un gran debate, que pueda trascender las barreras limítrofes que nos han impuesto y juntos, como ciudadanos del mundo, intentar construir una sociedad mejor. Es por esta razón que en nuestro caso, como estudiosos del Derecho Penal y demás áreas del pensamiento criminológico, intentaremos esta tarea a partir de la descripción del pensamiento abolicionista, con sus correspondientes propuestas, junto con un breve desarrollo del tema de la democracia, para establecer, o al menos provocar la discusión, sobre la viabilidad del abolicionismo en un régimen de democracia total.

No olvidemos que la existencia de los Estados de derecho, como espacios normativos en el que los ciudadanos pueden encontrar enunciada la defensa legal de sus derechos, se ha satisfecho formalmente en una constitución y sus leyes, pero con una práctica bastante diversa de su contenido.

Tan grave ha sido la situación en Centro América, que muchos han clamado, incluso, por

* Directora del Centro Electrónico y Documentación, Profesora de la Universidad de Costa Rica.

** Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Profesor de la Universidad de Costa Rica.

la necesidad de, al menos, esa democracia formal. Por supuesto que, convertir en realidad el hecho de que la ley positiva se convierta en ley vigente, se ha perfilado en algunos países como todo un éxito, pues ello ha permitido no hablar de desaparecidos sino de presos o detenidos. Esto es importante en nuestro planteamiento en la medida en que, el paso de lo formal a lo real, podría ser tan significativo que se dirija, irreversiblemente, a trasladar de una vez el control punitivo a las comunidades, en ejercicio de esa democracia total de la que hablaremos, que implica en lo más relevante asumir las riendas del propio destino. Por supuesto se trata de un proceso que no se puede lograr de la noche a la mañana e implica, obviamente, un cambio económico-social que elimine en buena medida las causas generadoras del aumento de la criminalidad, pero lo importante es tener conciencia de ello, y asumir el reto de esa reflexión junto con una voluntad política de construcción de una convivencia democrática.

I. LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL

A. El Sistema Penal y su dosis de dolor

A la luz de serias y profundas investigaciones sobre la realidad de los sistemas penales latinoamericanos, con el propósito de detectar fenómenos violatorios de derechos humanos, se llegó a establecer una realidad tan cruda, que se dispuso cualquier duda sobre sus bondades y se puso en evidencia una vez más la urgente necesidad de una serena reflexión crítica¹.

Hay por supuesto una vinculación a circunstancias más amplias referidas a las condiciones de vida en el área, las que se vienen deteriorando cada vez más; entre otras causas, por el aumento de la población, la destrucción de ciertas limitaciones proteccionistas, la detención del crecimiento económico, la usurpación del mercado por la especulación financiera desplazando a la producción, el endeudamiento externo, las

desventajas de los precios de materias primas en el comercio internacional frente al incremento del precio de productos elaborados, la creciente ventaja tecnológica central y la casi total dependencia tecnológica. Por otra parte, hay un crecimiento de población urbana marginal, que genera los conflictos propios de la concentración geográfica de sectores de alto y bajo o casi nulo poder adquisitivo. En este contexto, los sistemas penales latinoamericanos, tienden, entre otras cosas, a lo siguiente: a) intimidación de sectores bajos y de clase media contestataria, b) fortalecimiento simbólico del poder, c) garantía de vulnerabilidad para ciertos sectores muy minoritarios de la criminalidad económica, y d) concentración del poder social.

Se demuestra en esta investigación como los sistemas penales latinoamericanos no tutelan prioritariamente la vida humana, aunque sea esa la imagen pública que pretenden proporcionar.

El sistema penal produce igualmente una gran cantidad de muertes, sobre todo en el segmento policial. También en motines carcelarios se producen una gran cantidad, y hechos de singular violencia (Argentina, Brasil, Colombia, y Perú). Incluso se ha registrado una acusación contra la dirección de un centro de reclusión, imputada de exhibir los cadáveres de los muertos en un motín para escarmiento del resto.

La práctica de la tortura dentro de los sistemas penales constituye otro elemento representativo del desprecio por la vida humana. Aunque la mayor parte de las formas de tortura que se imponen provienen de la represión de criminalidad no específicamente política, aquellas fueron enriqueciéndose con técnicas especiales aplicables a la represión directamente política.

El fenómeno de las muertes vinculadas a los sistemas políticos quedó plenamente conformado en el informe sobre la investigación "Sistemas penales y Derechos Humanos a la vida en América Latina". Las llamadas "muertes anunciadas" que son las que en forma masiva y normalizada

1. Nos referimos a los Informes del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, sobre la investigación denominada **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina**, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

causa la operatividad violenta del sistema penal, son publicitadas y recibidas sin mayor alarma y en muchos casos, con franca aprobación por parte del discurso de los medios masivos, que la exhiben como signo de eficacia preventiva de la policía.

Este fenómeno -en comparación con los países desarrollados- resulta ser de una frecuencia bastante alta (diez o cien veces superior), lo que permite su caracterización como fenómeno masivo.

Los distintos supuestos de estas muertes son los siguientes:

a) Muertes institucionales: Son las causadas por el personal armado de las agencias del sistema penal en el cumplimiento de sus funciones o en directa relación con las mismas. Las víctimas de estas muertes pueden ser: sospechosos, presos, terceros, testigos, abogados y funcionarios.

b) Muertes extra-institucionales: Son las muertes que provocan los integrantes de las agencias armadas de los sistemas penales sin relación con sus funciones. Las víctimas pueden ser: integrantes de la propia agencia o de otras agencias paralelas, familiares o conviviente con los autores de estos hechos; terceras personas victimizadas en delitos comunes cometidos por los integrantes de las agencias armadas sin relación con el ejercicio de sus funciones.

c) Muertes para-institucionales: Son las que comenten los grupos de exterminio, tipo "escuadrón de la muerte", cuyas víctimas suelen ser: sospechosos, testigos, funcionarios y abogados molestos, periodistas, terceros ajenos a los conflictos, personas implicadas en alguna actividad ilícita vinculada al grupo.

d) Muertes contra-institucionales: Son las que se producen en la persona de los integrantes de las agencias armadas y no armadas de los sistemas penales, en relación con sus funciones, sus víctimas posibles pueden ser funcionarios armados en enfrentamiento con sospechosos, funcionarios ejecutados por su condición de tales, ejecutados por venganza, ejecutados por "molestos" para grupos violentos no institucionales ni para-institucionales, o por estos mismos, funcionarios ejecutados por presos.

e) Muertes meta-institucionales: Son los que tienen lugar "más allá" de la institución, es

decir, a pesar de la misma, pero que pasan a través de ella, (presos victimizados por otros presos, personas victimizadas en conflictos entre grupos marginados generados por la intervención institucional o utilizados, tolerados o fomentados institucionalmente.

La corroboración de este fenómeno a través de datos estadísticos y los cuadros comparativos recopilados en la investigación que hemos mencionado no dejan la menor duda de su existencia.

La estigmatización es otro de los fenómenos propios del sistema penal, así como la prisionización en condiciones altamente lesivas de los elementales derechos humanos.

En varios centros penitenciarios se comprobó la existencia de redes muy bien organizadas en la distribución interna de enervantes, en las que participan un buen número de funcionarios. La seguridad personal es deficiente en la mayoría de ellos. Las requisas suelen practicarse en los pabellones de las cárceles en forma de irrupción masiva de agentes de seguridad armados con garrotes u otros elementos contundentes y se practican periódicamente, de día o de noche. Los castigos físicos son frecuentes, uno de los más usuales es la llamada "celda de aislamiento", que puede prolongarse por varios meses.

Podría afirmarse que en los establecimientos carcelarios latinoamericanos, la impresión que se recibe es la de que éstos operan en forma de contención disciplinaria de los presos, para lo cual fomentan su despersonalización, la pérdida de su autoestima y, en definitiva, además de la lesión a la dignidad que representa el trato que suelen recibir éstos y sus familiares, se evidencia otra lesión más general, cual es la de que estas circunstancias condicionan a los presos para que cometan futuros delitos o desviaciones, por lo general, más graves que las que dieron motivo a su ingreso, prueba de lo cual es el hecho de que los llamados índices de reincidencia son realmente altos.

Esta visión lamentable de nuestros sistemas penales evidencia como éstos, en vez de resolver los conflictos los ocultan y, paralelamente, la concentración de poder que causa el sistema, permite un montaje de terrorismo estatal, que frecuentemente se desborda sobre disidentes políticos, minorías sexuales, raciales y religiosas,

y ni siquiera sirve para prevenir muertes como las que producen los delitos de tránsito, cuya elevada cifra la convierte en la segunda causa de mortalidad en buena parte de la región (aproximadamente cien mil muertes anuales).

Las funciones del sistema penal catalogadas como "castigo" generalmente involucran la imposición de "sufrimiento", lo cual es más o menos intencional respecto del autor, pero también implica, a menudo sin intención, la imposición de sufrimiento en la familia y en otros componentes del medio que lo rodea. El sistema puede controlar la extensión y naturaleza de la sanción legal, pero las consecuencias de las mismas -en términos de una estigmatización frecuentemente prolongada y hasta definitiva en muchos casos- está fuera de su control.

Esta consecuencia es en cierto sentido una paradoja moral, pues se persigue el bienestar de la sociedad, la restricción del uso y amenaza de la coacción, la salvaguardia de la libertad, y la promoción de la dignidad humana, recurriendo a actividades que implican coerción, privación de la libertad y desmedro de la dignidad humana.

II. LA DESLEGITIMACION DEL SISTEMA PENAL

A. La utópica legitimidad del sistema penal.

El sistema penal es una compleja manifestación del poder social, su legitimidad sería la característica que le otorgaría racionalidad. Este concepto se reduce, en el tema que tratamos en dos elementos fundamentales: a) a la coherencia interna del discurso jurídico penal y b) a su valor de verdad en cuanto a la operatividad social. Tendríamos entonces que el discurso jurídico penal sería racional si fuese coherente y verdadero, y en este sentido requeriría, por una parte, una fundamentación antropológica básica que impone la consideración del hombre como persona, entendida ésta como la calidad que proviene de la capacidad de autodeterminarse conforme a un sentido; y por otra, la no contradicción de sus enunciados entre sí.

Las expresiones frecuentemente utilizadas en nuestros países tales como "así lo dice la ley", "lo hace porque el legislador lo quiere", aparte

de negarle coherencia interna al discurso, implican una abierta confesión del fracaso de cualquier tentativa de construcción racional y por ende, legitimadora del ejercicio de poder del sistema penal.

Por otra parte, la racionalidad del discurso jurídico penal no se agota en su coherencia interna, debe además ser una proyección social mínimamente verdadera, o sea, realizarse en considerable medida, y para ello requiere dos niveles de verdad: uno abstracto, valorado conforme a la experiencia social, de conformidad con el cual la planificación criminalizante pueda considerarse como el medio para la obtención de los fines propuestos; y otro concreto, que debe exigir que los grupos humanos que integran el sistema penal operen sobre la realidad conforme a las pautas planificadoras señaladas por el discurso jurídico penal.

El discurso jurídico penal no puede desentenderse del "ser" y refugiarse en el "deber ser", porque se convierte entonces en un "ser que jamás será", o sea, en un "embuste".

De acuerdo con el profesor Zaffaroni, ninguno de estos requisitos de la legitimidad los cumple el discurso jurídico penal de nuestra región y ello hace insostenible su racionalidad.

B. La legitimidad no puede ser suplida por la legalidad

En una de sus posibles acepciones "legalidad" significa producción de normas mediante procesos previamente fijados, pero las teorías que se agotan en la legalidad formal requieren un punto de apoyo que legitime el proceso mismo de producción normativa, que se ha buscado tanto en la idea de "soberanía", como en la incuestionable norma fundamental o en la regla última de reconocimiento; pero la búsqueda ha sido infructuosa y no han podido eludir la legitimación del poder mediante su mero ejercicio.

C. El sistema penal no opera conforme a la legalidad.

La operatividad real del sistema penal sería legal, tomando el concepto en uno de sus sentidos, si las agencias que convergen en él

ejerciesen su poder conforme a la programación legislativa, tal como lo expresa el discurso jurídico penal. Pero de ese sentido, el discurso jurídico penal desprende fundamentalmente dos principios: el de legalidad penal y el de legalidad procesal. El primero exige que el ejercicio del poder punitivo tenga lugar dentro de los límites previamente establecidos a la punibilidad; y el segundo exige que las agencias del sistema penal ejerzan su poder para intentar criminalizar a todos los autores de acciones típicas, antijurídicas y culpables y que lo hagan conforme a ciertas pautas detalladamente explicitadas. Lo anterior significa que el sistema penal únicamente podría ejercer su poder en el marco estricto de la planificación legal pero, también que siempre debería ejercer ese poder. Sin embargo, la lectura de algunas leyes penales permite apreciar que la propia ley renuncia a la legalidad y el discurso penal parece no percibirlo.

Se rechaza así cualquier vinculación con menores, enfermos mentales, ancianos e incluso la misma prostitución, a pesar de que a éstos se les somete a institucionalizaciones, prisionizaciones y otras marcas estigmatizantes autorizadas o prescritas por la misma ley y que son en muchos casos peores que las abarcadas por el discurso jurídico penal.

Al margen de cualquier legalidad punitiva contemplada en ese discurso, la ley concede enormes ámbitos de ejercicio arbitrario de poder para realizar secuestros, marcación, inspección, que, con el pretexto del control migratorio quedan a cargo de agencias ejecutivas sin intervención de las agencias judiciales.

Tenemos entonces que "el saber penal solo se ocupa de lo que la agencia legislativa quiere dejar dentro de su ámbito, y, en definitiva, de la reducidísima parte de realidad que, por estar dentro de ese ámbito ya recortado, las agencias ejecutivas deciden someterle"².

Es ingenuo creer que el verdadero poder del sistema penal se ejerce con la detención, proceso y condena de un ciudadano; este poder, que se ejerce de manera eventual, selectiva y rodeada de mucha publicidad, es mínimo, comparado

con el poder de control que sobre cualquier conducta pública o privada ejercen las agencias del sistema penal, con el agravante de que, la vigilancia disciplinaria, verticalizante y militarizada de la sociedad, opera en forma tal que impide la percepción de su magnitud, a nivel consciente. Sea que el poder positivo del sistema penal se ejerce al margen de la legalidad, en forma arbitrariamente selectiva, porque así lo planifica la misma ley, ya que el legislativo deja fuera del discurso jurídico-penal amplísimos ámbitos de control social punitivo.

D. La legalidad no respeta el ámbito del sistema penal formal.

Al inflar las tipificaciones, las agencias del orden legislativo aumentan el arbitrio selectivo de las agencias ejecutivas del sistema penal y sus pretextos para ejercer un mayor poder controlador. También el sistema viola la legalidad penal, pues la duración extraordinaria de los procesos, convierten a la prisión preventiva en una verdadera pena; existe una gran arbitrariedad en la cuantificación de las penas, por la carencia de criterios legales y doctrinarios claros para ello. También se debilita la legalidad penal con la proliferación de tipificaciones con límites difusos, referencias de ánimo, ocultamiento del verbo típico, etc.

E. El ejercicio de poder abiertamente ilícito por parte del sistema penal.

El sistema penal no respeta la legalidad, porque para su verdadero y fundamental ejercicio de poder, la misma ley se ocupa de renunciar a ella, concediendo amplios márgenes de arbitrariedad a las agencias del sistema.

Los aspectos señalados, parecen ser esenciales para comprender la crisis del sistema en toda su extensión. La obra del profesor Zaffaroni es por supuesto mucho más amplia y profunda en lo que se refiere a la deslegitimación del sistema y constituye sobre todo un valiosísimo esfuerzo de reinterpretación, de reconstrucción de la dogmática jurídica penal, a partir de la

2. ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *En busca de las penas perdidas*, op. cit., p. 27.

realidad de la región, conforme a los lineamientos de un derecho penal garantizador; pero las limitaciones obvias de nuestro objetivo, nos impide ir más lejos. Sin embargo, la actualidad y vigencia de su temática generará indiscutiblemente una seria y concienzuda reflexión que por supuesto será de una invaluable utilidad, para quienes creemos en la necesidad de una transformación total del sistema.

III. CONTENIDO BASICO DEL PENSAMIENTO ABOLICIONISTA

A Concepto Abolicionismo:

Corriente al interior de la criminología crítica cuyo objetivo final y más importante es la abolición del sistema penal actual. Es una toma de posición crítica negativa frente a los problemas del control social, que busca la extinción del sistema penal, por irreal y totalitario, para sustituirlo por medidas basadas en el diálogo, la concordia, la apertura y la solidaridad, es decir, por una verdadera participación de los miembros de la comunidad en la solución de sus desajustes.

B. Fundamentos

La base ideológica de la corriente abolicionista incluye elementos del cristianismo, neoliberalismo, anarquismo, materialismo marxista y algunas nociones funcionalistas de Durkheim, según el análisis de Pérez Pinzón. La influencia cristiana se percibe en la propia expresión de Hulsman cuando señaló: "Mi proceso de liberación se ha desarrollado en el lenguaje y en las imágenes del cristianismo, luchando y adhiriendo a instituciones y movimientos que se refieren a aquella cosmología..."³.

La convicción de que las modificaciones de la estructura social pueden surgir después del

acuerdo entre personas y grupos que quieren cambiar algunas situaciones, reflejan una influencia neoliberal. También ha señalado Hulsman que el verticalismo debe ser redimensionado y los principios del anarquismo podrían constituir una corrección útil.

La coincidencia con el funcionalismo de Durkheim se da en cuanto la solidaridad entre las personas y la existencia de una estructura social que consienta tal solidaridad son fundamentales para una respuesta adecuada a las situaciones problemáticas.

Algunos abolicionistas como Mathiesen basan su estrategia en el pensamiento marxista de interpretación del Estado, la sociedad y los instrumentos represivos.

Para Mauricio Martínez "...los abolicionistas refuerzan la Ideología liberal, repiten la concepción individualista del hombre, proclamada en los estados occidentales desarrollados, al reducir el objetivo de todos los sectores y clases a una simple lucha contra la interferencia del Estado en la vida privada"⁴.

Sin embargo, entendemos que éste no constituye el punto medular de la tesis, pues incluso el abolicionismo no pretende la desaparición de toda forma de control social, sino la eliminación de los controles represivos que actúan ideológicamente sobre la psiquis y sobre el cuerpo humano. No pretende renunciar a la solución de los conflictos que deban resolverse, sino proponer una reconstrucción de vínculos solidarios de simpatía, horizontales o comunitarios que permitan esas soluciones sin apelar al modelo punitivo formalizado abstractamente.

C. Razones para abolir el sistema penal.

Para los abolicionistas, el sistema penal en su totalidad está basado en los postulados de la inquisición, en aquellos principios en virtud de

3. HULSMAN (Louk) citado por PEREZ PINZON (Alvaro). En: **La perspectiva abolicionista**, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1989, p. 10.

4. MARTINEZ (Mauricio), **La Abolición del Sistema Penal, Inconvenientes en América Latina**, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1990.

los cuales el tribunal eclesiástico juzgaba y castigaba lo que era considerado "delito", contra la fe católica. El análisis sobre el modo de sentenciar, les permite afirmar que es casi imposible que una pena legítima salga del sistema penal.

Las críticas fundamentales podrían resumirse de la siguiente forma:

- 1) El sistema es anómico. Sus normas no cumplen las funciones esperadas.
- 2) Degrada al ser humano, lo estigmatiza y lo conduce a perder la dignidad.
- 3) Se apoya en un consenso irreal; la sociedad es falsamente concebida como una totalidad consensual donde el acto desviado es la excepción.
- 4) Reprime las necesidades humanas, al ser los delitos o conflictos expresión de necesidades humanas frustradas, la respuesta punitiva es sólo la represión de éstas.
- 5) Concibe al hombre como un enemigo de guerra. La lucha contra la "criminalidad" es presentada como una guerra interior, guerra contra la maldad, la atrocidad que es el hombre. El sistema penal es peor que el aparato militar, actúa permanente y soterradamente.
- 6) El sistema penal, lejos de funcionar para todos los casos en los que tendría competencia, funciona a "ritmo apagado", como lo demuestran las investigaciones sobre la cifra oscura.
- 7) Un sistema que interviene marginalmente, que solo se ocupa de lo excepcional, no es normal, falsea todos los principios o valores sobre los que reposa, pues en el mejor de los casos, serían observados en un pequeño número de situaciones, sea, en los casos registrados.
- 8) Defiende y crea valores negativos para las relaciones sociales. Actúa con los mismos valores que predica combatir, tiene mecanismos como la cárcel con los que valora la violencia y la degradación como método para someter al hombre y resolver los conflictos, en la prisión prevalecen las relaciones de pasividad, agresividad, dependencia-administración, se fomenta el desprecio por la persona, se incrementa el odio, etc.
- 9) El concepto culpabilidad que utiliza es una noción grave, compleja, ambigua, metafísica.
- 10) El sistema fabrica culpables y los escogidos como tales continúan siéndolo toda la vida.
- 11) Estigmatiza. El procesado o condenado sigue siendo socialmente procesado, rechazado, excluido; el estigmatizado se autopercibe como un desviado y es impulsado a vivir y comportarse conforme a dicha imagen.
- 12) La pena impuesta por el sistema penal es ilegítima; la imposición vertical de la pena, con independencia del querer del procesado y sin el reconocimiento de éste hacia la autoridad que la impone, hace que la sanción carezca de legitimidad.
- 13) La prisión no es solo privación de libertad. Implica un cambio radical en la vida del condenado, se le priva del hogar, del trabajo, la familia, amigos, identidad, relaciones sexuales, del aire, del sol, etc.
- 14) El sistema penal está específicamente concebido para hacer daño. Es una máquina para producir dolor inútilmente. La ejecución de la pena resulta estéril, pues no transforma al individuo sino que lo destruye, lo aniquila, produciéndole efectos irreparables. Se trata de un dolor inútil, de "penas perdidas".
- 15) Crea y refuerza las desigualdades sociales.
- 16) Cuando conoce un caso lo mira a través de un espejo deformante que lo reduce a un momento, a un acto.
- 17) Al sistema no le interesa la víctima. Los intereses de ésta se encuentran en un lugar secundario o no ocupan ninguno, se utiliza el sofisma de que a la víctima también le interesa el castigo porque el hombre por naturaleza es vengativo, mientras que los sistemas punitivos se han cerrado y aislado del público porque éstos rechazan esa crueldad. Algunas investigaciones sobre víctimas han demostrado que éstas, si están de acuerdo en seguir un proceso les resulta indiferente que sea penal o civil, pues lo que les interesa es recuperar lo perdido o cesar la situación negativa que experimentan. Al sistema lo que le interesa es buscar un culpable.

- 18) Los políticos que hacen las leyes, actúan en planos abstractos, y en la mayoría de los casos nunca han visitado una prisión.
- 19) Las leyes son confeccionadas y reformadas precipitadamente.
- 20) Es en el ámbito legislativo donde las personas comienzan a ser seleccionadas para luego llegar a ser reclusas.
- 21) En el contexto del sistema penal el acusado no tiene ocasión de expresarse como quisiera y el policía, el juez, aunque quisieran, no siempre pueden hacerlo, y de aquí proviene en parte la inhumanidad del sistema.
- 22) El uso común de imágenes dentro del sistema penal nos muestra al policía, al juez, al carcelero, como representantes del orden y del bien, y al delincuente como persona aparte, mala, socialmente anormal.
- 23) Los jueces de carrera, al igual que los políticos, están psicológicamente lejos de los hombres a quienes condenan, pues pertenecen a una categoría social diversa; la incomunicación es difícil de vencer, el papel que el sistema concede al juez lo impermeabiliza contra toda proximidad humana.
- 24) Dentro del sistema no se escucha verdaderamente a las personas implicadas; no siempre las actas consignan lo que éstos dicen, con sus propias palabras, y buena parte del trámite procesal se adelanta en formularios, frases o preguntas prefabricadas.
- 25) Las garantías y derechos individuales están sujetos a ambigüedades nacidas de la doble función que se entrega al juez: proteger el orden y al ciudadano.
- 26) Los efectos del sistema penal son totalmente contrarios a lo que quisiera el discurso oficial, que pretende favorecer la enmienda del condenado. En realidad el sistema endurece al reo en sus relaciones con el orden social al cual se le quiere incorporar, haciendo de él una nueva víctima.
- 27) A la cárcel van siempre los mismos: los más débiles, los desamparados.

Lo expuesto nos permite afirmar la validez de las razones para negar la eficacia del sistema penal, las cuales creemos no necesitan mayor demostración; y es aquí donde pensamos que hay también una gran contribución del abolicionismo a la reflexión y al replanteamiento del sistema en nuestro medio, que además permite desechar, en parte, la crítica referida a su carácter foráneo, pues nótese como resulta altamente significativo que aún siendo sus máximos exponentes, destacados profesores en países de un alto nivel de desarrollo, lo atinado de sus observaciones, su precisión y su efectiva concordancia, adquieren validez para el análisis del sistema penal en cualquier lugar del mundo; y en nuestra América, a lo sumo habría que agregar algunos otros excesos cometidos para completar el cuadro crítico.

IV. LAS PROPUESTAS ABOLICIONISTAS.

A. Contenido

Ya hemos analizado que la perspectiva abolicionista no pretende sustituir o cambiar el sistema penal por otro, y que asimismo no presenta aún -de modo expreso y concluyente- un modelo que permita enfrentar y solucionar radicalmente las situaciones-problemas. Sin embargo señala algunas recomendaciones que pueden ser reseñadas brevemente así:⁵

- Observar críticamente los sistemas actuales, pues situarse de ese modo ante ellos permite evitar el conformismo y la reiteración de "soluciones" agotadas que siempre conducirán a los mismos defectos.
- Disposición al diálogo, ya que el mantenerse atento, e intercambiar ideas por medio de una conversación abierta y actuar solidariamente, permite desarrollar mejores canales de comunicación y, eventualmente, encontrar aspectos conciliatorios de diversos intereses.
- Si el delito ontológicamente no existe y por tanto no es operacional, se hace necesario

5. Al respecto se han seguido los lineamientos generales establecidos por el Profesor Pérez Plinzón en su obra "La perspectiva Abolicionista", *op. cit.*, pp. 24 y 25.

desinstitucionalizar ("desmitificar") las diferencias artificiales que han establecido los sistemas entre buenos y malos, guardianes del orden y delincuentes, etc., (en este sentido se estima que la descriminalización sería un buen punto de partida), así como modificar el propio lenguaje utilizado por el "sistema": Crimen, autor, criminal, criminalidad, etc., se dice que pertenecen al **dialecto** penal y reflejan los **a priori**s de aquél. Por eso se propone utilizar nuevos conceptos como "actos lamentables", "comportamientos no deseables", "personas implicadas", "situaciones-problema", etc., que se considera una terminología no estigmatizante ni preyorativa.

- Acudir a formas privadas (acuerdos, mediaciones y decisiones particulares, especialmente entre los propios interesados) en procura de encontrar pacíficamente solución a los conflictos, lo cual hoy día tampoco es desconocido como vía de conciliación a pesar de la existencia del sistema.
- Otorgar a las personas involucradas la potestad o la posibilidad de manejar sus propios conflictos (por ejemplo mediante la relación "cara a cara").
- Debe aprenderse a negociar las situaciones de conflictos, a vivir las tensiones y superarlas.
- Privatizar, en definitiva, la búsqueda de soluciones (por ejemplo sustituir la ley penal por la civil, utilizando la transacción, la compensación, la reparación, etc., en que a la víctima se le da la importancia que merece) puede eliminarse factores de tensión, de enfrentamiento, y, por qué no, de violencia, que hoy día propicia -según se afirma- el sistema y el derecho penal que le respalda.

En resumen podemos señalar que los abolicionistas proponen no sólo eliminar la pena de

prisión (el encarcelamiento como principal respuesta del sistema penal a lo que selecciona como "criminalidad"), sino la totalidad del sistema (es decir, todo el llamado control social punitivo institucionalizado que abarca desde la sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena; y además, en un sentido más amplio, "acciones controladoras y represoras que aparentemente nada tienen que ver con el sistema penal")⁶.

B. Panorama sobre algunas propuestas presentadas:⁷

Siguiendo las recomendaciones o lineamientos anteriores encontramos las siguientes propuestas con sus respectivas características:

1) Justicia comunitaria:

Algunos abolicionistas estiman que las sociedades industrializadas han alcanzado suficiente madurez como para arreglar sus disputas sin la mediación de autoridades jurisdiccionales ni organización burocrática alguna. Surge, pues, la propuesta de una **Justicia comunitaria** que puede ser practicada "en geografías reducidas como los barrios o pequeñas localidades, pues el acercamiento entre las personas, el conocimiento recíproco y la dependencia mutua, permitirían soluciones más adecuadas, menos dolorosas, más civilizadas..."⁸.

Las características generales de esta justicia comunitaria serían las siguientes:

- a) Es una justicia eunómica porque los participantes se ocupan de sus problemas con reglas que ellos mismos establecen.
- b) Es consensual porque no se trata de decidir por mayoría sino por consenso (decisión colectiva).
- c) Es una justicia informal desde que las personas

6. Cfr. al respecto, obra de ZAFFARONI (Raúl Eugenio), **Manual de Derecho Penal**, Parte General, 6ª Edición, Edlar, Buenos Aires, 1988, pp. 30 a 32.

7. Para el desarrollo de este punto nos hemos fundamentado en MARTINEZ SANCHEZ, (Mauricio) **La Abolición del Sistema Penal. Inconvenientes en Latinoamérica**, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990, pp. 71 y ss.

8. MARTINEZ SANCHEZ (Mauricio), **La Abolición del Sistema Penal. Inconvenientes en Latinoamérica**, op. cit., p. 73.

intervienen sin formalidades (por ejemplo sin trajes ni modismos particulares, con su lenguaje común, sin erogaciones económicas ni conocimientos especiales):

- d) Se trata de una justicia no profesional porque no se requieren jueces de derecho, sino solo guías u orientadores del mismo nivel de los participantes.
- e) Es colectiva porque las partes involucradas en el conflicto son consideradas no individualmente, sino en relación con toda la colectividad que les rodea (amigo, parientes, etc.).
- f) Es una justicia que no es estatal porque no deben intervenir autoridades del Estado, y si lo hacen, su única función sería la de contribuir al equilibrio de las fuerzas. (En la propuesta de Hulsman los jueces penales seguirían siendo solo jueces civiles, por ejemplo).

Según el profesor Martínez⁹, algunos antecedentes de justicia comunitaria o popular se encuentran en el "derecho de los oprimidos" en las favelas de Río de Janeiro -Brasil-, conocido con el nombre de "Pasagarda"; en la "justicia de los vecinos" realizada en Chile, especialmente durante los años 1970 a 1973; en la justicia popular que se llevó a cabo en la "revolución de los claveles" en Portugal entre 1974 y 1975; en la experiencia danesa conocida como "Christiania"; y en los comités de vecinos o ciudadanos que inclusive aún hoy día funcionan en algunas ciudades norteamericanas.

2) Justicia civil compensatoria:

Otra de las alternativas propuestas por los abolicionistas consiste, según se explicó, en acudir al derecho civil -y a sus instituciones- como

instrumento idóneo para sustituir lo que se considera efecto negativo del derecho penal, y por ende, del sistema que tutela.

En tales circunstancias se presenta a) la legitimación del derecho de castigar por medio del derecho civil; b) el instituto de la compensación (Indemnización a la víctima de los daños y males causados) así como c) la conciliación entre agresor y ofendida¹⁰.

3) La descriminalización:

Es interesante observar que otro sector dentro de la corriente que hemos venido examinando, aboga por una abolición gradual del sistema por medio de la descriminalización, planteando objetivos cercanos a otras corrientes dentro de la criminología crítica (por ejemplo la del derecho penal mínimo) que impulsa el inmediato retiro de la intervención del sistema penal de no pocos comportamientos que hoy día son sancionados penalmente, y dejar a dicho sistema como respuesta de un reducido número de conductas (las consideradas más graves). Se habla entonces de dos clases de descriminalización: a) **de hecho** ("consiste en una descriminalización progresiva de las reacciones del sistema penal frente a ciertas formas de comportamientos o de ciertas situaciones, sin que se efectúen cambios en la competencia oficial del sistema"¹¹), y b) **de derecho** ("consiste en dejar de considerar un hecho como delictivo, de sacarlo de la competencia del sistema penal...")¹².

Lo esencial en éstas propuestas, como hemos podido apreciar, va más allá de una mera desinstitucionalización del sistema sancionatorio, se trata sobre todo de una intervención directa de los protagonistas, de una verdadera participación en el manejo de las situaciones problemáticas, que hemos creído compatibles,

9. MARTINEZ SANCHEZ (Mauricio), *La Abolición del Sistema Penal. Inconvenientes en Latinoamérica*, op. cit., pp. 74 a 82.

10. Para mayor información sobre este tema consultar MARTINEZ SANCHEZ (Mauricio), *La Abolición del Sistema Penal. Inconvenientes en Latinoamérica*, op. cit., pp. 87 y ss.

11. Ver MARTÍNEZ SANCHEZ, op. cit., p. 110.

12. Ibid. p. 110.

con un régimen de democracia en los demás ámbitos y hacia ello queremos llevar nuestra reflexión.

V. LA DEMOCRACIA POSIBLE

A. Crisis general de la democracia

Mucho se ha hablado y escrito recientemente sobre la crisis de la democracia en América Latina, pero quizá no han sido tantos los esfuerzos que se han hecho en la búsqueda de soluciones para su consolidación. Ciertamente es que la caída de los regímenes dictatoriales, a finales de la década de los setenta, vislumbró la posibilidad de una afirmación democrática, pero las dificultades continuaron, el empobrecimiento masivo se acentúa, las desigualdades se profundizan y la participación popular en el ejercicio del poder es prácticamente nula.

Lamentablemente la creencia de que el ejercicio del sufragio es símbolo de extrema democracia -idea genialmente vendida-, ha limitado la participación en el proceso político a ese simple acto, que si bien, es importante en un proceso electivo, -en el tanto manifieste la voluntad, libremente expresada, de decidir-, es totalmente insuficiente para el ejercicio pleno de los derechos democráticos.

Recordemos por otra parte que no son pocos los gobiernos del área elegidos mediante un proceso electoral, de dudosa legitimidad, pero que se pregonan y exhiben como modelos "democráticos".

Los valores fundamentales de la democracia proclamados inicialmente, libertad o dignidad personales, autodeterminación, participación, pluralismo y tolerancia, entre otros, siguen teniendo vigencia, pero la forma de participación en el poder, de conocimiento de lo que sucede en las esferas donde se toman las decisiones, ha cambiado radicalmente.

"A una concepción globalista de la comunidad le ha sucedido una totalmente individualista, donde el bienestar que se reclama es normalmente percibido como un marco abstracto para el disfrute personal y cuando éste no se alcanza o el Estado o la organización política no lo otorga, la reacción se produce por el afectado o por quienes comparten ese específico problema y duran tan solo hasta ser atendidos"¹³

Esta conducta se ve por supuesto reforzada, entre otras cosas, por la falta de participación popular en la toma de decisiones, por una actitud de desprecio de los gobernantes hacia la capacidad de los gobernados para resolver muchos de sus problemas; por una sustracción de sus conflictos, por parte de quienes precisamente, mantienen un divorcio tal con la realidad que les impedirá lograr soluciones adecuadas.

B. Democracia Total

El tema de la democracia está por supuesto íntimamente vinculado con la economía y el desarrollo de nuestras sociedades es un reflejo de ello. Los procesos de cambio que se han producido en Centroamérica provocaron una transformación del perfil urbano-rural, y una polarización en la distribución de la riqueza social que aumentó en forma considerable el número de los pobres; en estas condiciones "el ciudadano rousseauiano -supuestamente igual y libre- sufre metamorfosis en el subdesarrollo que vuelve iguales más a unos que a otros"¹⁴.

Según el desarrollo teórico del profesor Edelberto Torres Rivas, no existe ningún modelo universal de democracia política, solo hay experiencias democráticas sucedidas a lo largo de la historia, y desde esa óptica, los procesos de democratización, deben verse como procesos históricos y las luchas sociales por alcanzarlas solo pueden captarse, por lo tanto, en su profundidad histórica.

13. RODRIGUEZ IBÁÑEZ (José Enrique), citado por BOREA ODUVA (Alberto), **La Difícil Democracia en América Latina**, San José, Editorial Forma Impresos de Costa Rica, 1994, p. 24.

14. TORRES RIVAS (Edelberto), **Centroamérica, La Democracia Posible**, San José, Editorial Universitaria Centroamericana, 1987, p. 12.

Esa consideración de los factores históricos y culturales permiten establecer, en principio como válida, la afirmación de que es posible la democracia en nuestros países, superando la tendencia democratizadora que la identifica con el fenómeno electoral.

La aspiración a la igualdad jurídica, la lucha por la igualdad real de la mujer y la defensa de los derechos de las minorías, subsisten en nuestras culturas y modos de vida, (con enormes situaciones de injusticia que aún subyacen), pero son valores fuertemente enraizados en la cultura popular, que nos posibilitan afirmar, al menos con bastante certeza, en Costa Rica, que tenemos una cultura democrática que tiene que ver con la tolerancia ante ideas ajenas y diversas, el derecho a la libre expresión del pensamiento y nuestro secular repudio al militarismo; los cuales, sin embargo, están distanciados de su expresión en el sistema político, básicamente por el severo control de la cúpula de dirigentes políticos que impiden toda participación popular.

Qué es entonces lo que anda mal en nuestros países? Podríamos decir que todo, el andamiaje institucional gastado e incoherente, la actitud nacional, la mística de trabajo, la moral, el altruismo no existe, hay poquísima solidaridad, muchísima incompreensión y egoísmo. La demagogia y la oferta sencilla se han convertido en el recurso más explotado y el mejor pagado electoralmente. Frente a este panorama, ¿cuál será nuestro reto si queremos efectivamente vivir en una sociedad democrática en cuya base esté el principio de igualdad fundamental de los seres humanos? Pues, básicamente la democratización de la vida toda, no bastan las elecciones, no basta consolidar regímenes democráticos representativos, "se requiere impulsar en todos los niveles más democracia, en la comunidad, en la empresa, en el gobierno. Las comunidades deben volverse autogestionarias para solventar los problemas de la salud, de la seguridad, de la educación y de la cultura. En la empresa, el proceso productivo debe estar cifrado en el trabajador, su dignidad cuenta, no debe limitarse a

ser una tuerca más del engranaje productivo. Hay que hacer la democracia más directa y participativa, hay que incoar la descentralización a todo nivel, pero no como un acto burocrático donde si antes mandaban diez, que ahora manden cuarenta, no, hay que trasladar el poder a la gente"¹⁵.

C. Democracia y Abolicionismo

Hemos pretendido reforzar con nuestro planteamiento, la tesis de la necesaria participación popular en todas las esferas del quehacer humano, como sustento de una democracia total. Obviamente se requiere, además, de toda una transformación estructural, a nivel socio-económico, y también hacia ello se deben dirigir los esfuerzos. Por ahora podemos al menos teorizar y tratar de vincularla con el desarrollo del pensamiento abolicionista, precisamente, por cuanto éste nos ha puesto en evidencia lo inhumano del sistema represivo vigente, su contribución al aumento de la violencia y generación de mayores conflictos, y lo ajeno que es el sujeto a quien se aplica, de los procesos que tienen que ver con su definición y puesta en práctica.

Es la necesidad de intervención directa en la solución de conflictos, fundamento de la tesis abolicionista, lo que creemos la convierte en el mecanismo más democrático de participación, permitiendo, por una parte, atacar y reducir los niveles de violencia que el sistema penal tradicional (muy antidemocrático por cierto) genera, y por otra, desarrollando un nivel humano y civilizado de encuentro entre quienes hayan provocado algún tipo de conflicto o desajuste en la normal convivencia. Es claro que la implementación de estas medidas no puede ser arbitraria ni antojadiza y debe, por supuesto, excluir la intervención de la autoridad representativa del poder gubernamental, pero de lo que se trata, básicamente, es de crear conciencia de participación popular, de búsqueda de respeto por las tradiciones culturales y religiosas de las comunidades; de permitir a las personas resolver entre iguales sus diferencias, pues ya hemos apreciado

15. SALOM ECHEVERRÍA (Alberto). *Democracia Total*, Periódico La Nación, Jueves 20 de octubre de 1994, p. 15 A.

cómo la rígida estructura de la administración de justicia penal, desconoce totalmente las condiciones e intereses del sujeto sometido a su jurisdicción y del ofendido con el suceso; sus miembros pertenecen a clases sociales muy distintas y ni siquiera hablan el mismo lenguaje. Desde esta perspectiva, el defensor del imputado se convierte prácticamente, en muchos casos, en un traductor de las palabras del juez y del representante del Ministerio Público, y se llega a desconocer o menospreciar el interés de la víctima, que no siempre clama venganza frente

a su agresor, y quien en más de una oportunidad lo perdona y pide clemencia por él. Se trata entonces, de reconocer a las personas la capacidad para dirigir su destino, y de conseguir un mecanismo que impida al ser humano la perfección de medios que lo degradan y lo hacen degradar a los demás, encerrándolos en esas jaulas que la técnica denomina "cárceles".

Democraticémonos, asumamos el reto de volvemos autogestionarios hasta en el control de los desajustes del comportamiento; sin duda, solo beneficios obtendremos.

BIBLIOGRAFIA

1. BARATTA (Alessandro), **Criminología crítica y crítica del derecho penal**, Editorial Siglo XXI, 1986.

2. BOREA ODUÁ (Alberto), **La Difícil Democracia en América Latina**, San José, Costa Rica, Editorial Forma Impresos de Costa Rica, 1994.

3. HULSMAN (Louk) y BERNAT DE CELIS (Jaqueline), **Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa**, Barcelona, España, Editorial Ariel, 1984.

4. MARTINEZ SANCHEZ (Mauricio), **La Abolición del Sistema Penal. Inconvenientes en Latinoamérica**, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1990.

5. PEREZ PINZON (Alvaro), **La perspectiva abolicionista**, Bogotá, Colombia, Monografías Jurídicas, Editorial Temis, N° 65 de 1989.

6. SALOM ECHEVERRÍA (Alberto), **Democracia Total**, Periódico La Nación, San José, Costa Rica, Jueves 20 de octubre de 1994.

7. SANCHEZ ROMERO (Cecilia) y HOUED VEGA (Mario Alberto), **La Abolición del Sistema Penal, Perspectiva de solución a la violencia institucionalizada**, San José, Costa Rica, Editec Editores, 1992.

8. TORRES RIVAS (Edelberto), **Centroamérica, La Democracia Posible**, San José, Costa Rica, Editorial Universitaria Centroamericana, 1987.

9. ZAFFARONI (Eugenio Raúl), **En busca de las penas perdidas**, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar, 1989.

La reacción formal al delito y sus funciones no declaradas

Ricardo Salas Porras *

Usualmente cuando se piensa o habla acerca de la reacción al delito, se suele evocar únicamente su faceta formal, resultando ignotas o inaccesibles sus funciones no declaradas; otras veces, estas resultan aprehendibles pero, su presencia invariable ha hecho que se pierda la capacidad de percibirla.

I. Las relaciones de poder que se tejen en las sociedades, responden a las condiciones históricas en que cada una de esas formaciones se desenvuelve. Dichas relaciones se expresan en modelos de conducta o pautas tendientes a asegurar la subsistencia de tal formación social y su concepción de mundo, o como se ha dado en llamar, "bloque histórico". Esto es, esas relaciones de poder se expresan en patrones de conducta que pretenden garantizar la subsistencia del bloque histórico respectivo, patrones que pueden tener carácter religioso, moral, social o jurídico. Esos patrones, como parte que son de las relaciones de poder y fenómeno cultural en general, responden al momento y condiciones históricas de que son fruto.

Lo anterior, que resulta ser un lugar común al aludir a cualquier asunto propio a las ciencias sociales, es frecuentemente olvidado, lo cual lleva a una lamentable omisión (si se trata de una disquisición académica) o, en el peor de los casos, a partir de premisas erróneas al valorar políticas de conducta para los integrantes de la sociedad, (para los efectos de estas notas, políticas criminales) las cuales a la postre se revelarán inidóneas para alcanzar los objetivos propuestos, en tanto inorgánicas a

las propias condiciones históricas.

Se pretende, en estas reflexiones, ahondar en la tesis de que, en la evolución de los Estados occidentales, las penas corporales y de prisión han sido sanciones principales propias épocas pretéritas, de determinadas circunstancias; mientras que la estigmatización, corolario informal de la reacción formal contra el delito, es la particularidad caracterizante del sistema sancionatorio de nuestros tiempos. Lo anterior, obviando la tortura por ser un medio de obtención de prueba, así como la explotación económica del sujeto, por ser esta una utilidad colateral del sistema, mas ninguna de las dos una finalidad de la persecución penal.

II. La índole de las relaciones de poder o Estado (entendido este por aparato de conservación del establishment y de los criterios políticos prevalecientes y no como habitualmente se lo entiende, es decir como sinónimo de ente estatal formal, noción corta con respecto a aquella) en un contexto histórico determinado, puede subdividirse esencialmente en dos vertientes. La primera de ellas constituida por el dominio político o físico. En otras palabras, las relaciones de poder que arraigan en el dominio político apelan básicamente a la coacción o la fuerza para saldar los conflictos y contradicciones que surjan o bien para prevenirlos.

Es difícil hallar un ejemplo de Estado que se asiente exclusivamente sobre el dominio político, pues algún nivel de consenso ha de encontrarse aunque sea entre el círculo que ejerce el poder. En consecuencia, al aludir a un sistema

* Letrado de la Sala Penal.

de relaciones de poder o Estado basado en el dominio político, se hace referencia a un conjunto de relaciones apoyadas esencialmente en la represión y accesoriamente en el consenso.

Por el contrario, un Estado basado en la hegemonía ideológica, echará mano al consenso y sólo subsidiariamente a la represión como medio de mantener la actual conformación social.

La primera fuente de poder está constituida por los recursos típicos de fuerza: fuerzas armadas, policiales, paramilitares, organizaciones de choque; esto es, aquellos recursos que llevan a reducir o amenazan con reducir físicamente la oposición al sistema. La hegemonía ideológica, por su parte, se vale del consenso que sobre los favorecidos o no por el actual orden de cosas este logra obtener; medios privilegiados para ello son los que, haciendo un uso parco del término, se denominan "culturales": el folclor, la educación, la religión, quehaceres de la sociedad civil, mas hoy en día, ante todo, los medios de comunicación masiva. Es decir, aquellos que crean, recrean y difunden la concepción de necesidad del orden de cosas contemporáneo.

III. Conforme se señaló antes, el sistema jurídico, como forma de control social, es parte integral de las tantas veces mencionadas relaciones de poder. Este, y con especial evidencia su rama penal como rama de respaldo y tutelar de las demás, tenderá a exhibir las características correspondientes a los condicionamientos históricos que enmarcan ciertas relaciones de poder. De ahí que el funcionamiento del sistema penal, procesal y sustancial muestre, con particular transparencia, el tipo de Estado vigente.

En ese sentido, la pena corporal que durante tanto tiempo prevaleció en el campo de la represión penal, constituye un reflejo del contexto social en que el ser humano es visto como objeto apropiable.

Efectivamente, dicha concepción es propia de sistemas jurídicos en que el ser humano es propiedad de otro o es susceptible de serlo, sea

a título de objeto vil y llano o por estar inserto en un esquema de subsistencia que limita en absoluto su movilidad vertical u horizontal, es decir su ascenso en la escala social o su desplazamiento a otras zonas geográficas o de producción.

Esos tipos de Estado, correspondientes a las sociedades esclavista y feudal, tuvieron por modos de producción esquemas en que el ser humano era sólo una cosa, un objeto. Si bien no todas las personas componentes eran en un momento dado propiedad de otros tampoco estos estaban exentos de serlo, dependiendo de las circunstancias.

Lo anterior significa que aunque el sistema estuviera previsto para conservar la actual disposición de intereses, podía acontecer que un miembro de los grupos favorecidos pasara a ser objeto de represión por parte del sistema, si es que su conducta iba en contraste con aquel. La definición de los favorecidos o perseguidos, lo mismo que hoy, no tenía una connotación subjetiva, sino objetiva, no personal, sino funcional.

La pena infligida sobre la corporeidad del ser humano es acorde a un sistema productivo y político arraigado en el sentido del cuerpo como factor constitutivo. El cuerpo del sospechoso¹ es el depositario de la violencia ejercida por el Estado. Esta está dirigida a la eliminación o inutilización del sujeto, independientemente de que como paso previo se pueda obtener ventaja económica de este destinándolo a las minas, las galeras o bien a otros trabajos forzados.

Si se toma en cuenta que el ser humano es solamente un elemento más del aparato productivo, que depende absolutamente de este para subsistir, ya que si no hay producción ese ser humano no tiene ninguna utilidad; asimismo, si se toma en consideración que el poder del Estado se ejerce contra el cuerpo de ese ser, por tratarse de formaciones asentadas esencialmente en la violencia, se entiende porqué cuando se pretende sancionar a tal sujeto se le toca precisamente en su corporeidad, vista esta como punto único de referencia del quehacer económico y

1. Se destaca que se habla de "sospechoso" y no de "encausado" o "condenado", por cuanto conforme a tales sistemas sancionatorios, la simple condición de sospechoso era de por sí motivo suficiente para ser receptor de la violencia infligida a manera de tortura con fines probatorios, o bien de adelanto de la generalmente inexorable pena.

político de esa estructura social.

La sanción no corporal, traducida mayoritariamente por estigmas (pues, como se explicará, hasta finales del siglo XVIII e inicios del XIX, la prisión era prácticamente desconocida, salvo como lugar de detención para asegurar el juzgamiento), estaba reservada exclusivamente para los supuestos en que la falta recaía sobre los elementos constitutivos de la comparativamente escuálida hegemonía ideológica, a saber delitos religiosos (que en aquellos días incluían amén de los hoy religiosos en sentido estricto, también los intelectuales o académicos).

La pena corporal, como pena principal de entonces, estaba prevista para aquellas conductas que pudieran lesionar el dominio económico de los propietarios o el dominio político de su Estado; en tanto que la estigmatización (excomuniación, sambenitos, rotulación, retractación pública, entre otros) venía en aplicación cuando lo afectado era el aparato ideológico, por entonces fundamentalmente compuesto básicamente por la institución religiosa.

Rigiendo una estructura social en que se mezclaban rasgos de esclavismo y feudalismo autóctono, no es casualidad que al arribo de los conquistadores europeos a lo que hoy se denomina América, la punición penal en muchos de nuestros pueblos, se hallara en este estadio y guardara simetría con el sistema penas vigente en los países de los recién llegados.

IV. La prisión, por su lado, responde a un orden social en que el ser humano cuenta con un margen de autonomía (y desamparo a la vez), lo cual dialécticamente es a la vez causa y efecto de las revoluciones industriales masivas de las postrimerías del siglo XVIII y del siglo XIX. Siendo así, es comprensible que la prisión no fuera conocida con precedencia (por ejemplo entre los griegos o romanos, pilares básicos de la cultura occidental), más que como un sitio de detención para garantizar la presencia del justiciable en el proceso a que se le sometía.

Si el sujeto depende exclusivamente de su fuerza de trabajo, careciendo de medios materiales que le procuren otras vías de supervivencia más que su fuerza diaria, de la cual tiene la ventaja (mezquina y limitadísima, por cierto) de poder escoger a quien la entrega a cambio de

un salario, precisamente en esas dos esferas será punida su falta contra las normas establecidas.

La sanción privativa de libertad arrancará al sujeto la autonomía de movimiento y escogencia, al igual que la posibilidad de desplegar su fuerza de trabajo.

En el plano político, las formas de control social se habrán perfeccionado con el fortalecimiento del poder estatal formal incluso en el ámbito infraestructural, lo que permitirá un control al menos mínimamente eficiente con sólo proceder a "sacar de circulación" al sujeto. Sin embargo, en la era del maquinismo, no otra cosa se podía esperar que el sistema tratara de homogeneizar o indiferenciar, cual engranajes, a los sujetos que no se acomodaban a lo deseable y se dieran los incipientes esfuerzos por lograr su corrección, a fin de que estos lograran integrarse apacible y buenamente al mundo, sobre todo laboral.

Nótese, de todos modos, que la sanción sigue imponiéndose sustancialmente sobre la corporeidad del sujeto, aunque no como pena corporal clásicamente entendida.

En esta etapa histórica las relaciones de poder siguen expresándose ante todo por el dominio político, si bien la evolución de este ha hecho viable que sea suficiente valerse del encarcelamiento.

El estigma, nuevamente, es de uso restringido y en algunos casos nugatorio, echando mano ante todo a argumentos biológicos para discriminar a los calificados como contraventores de los que no lo eran.

V. La evolución de las relaciones de poder marcará para algunas sociedades el cambio sustancial en su forma de expresión. Estas pasarán a ser regidas por mecanismos de consenso hacia el sistema. La población, en sus estratos mayoritarios o fundamentales, estimará el actual orden social como necesario y le dará su adhesión, aunque objetivamente considerado este le resulte enajenante.

La tarea de difundir la ideología oficial en un primer momento estará a cargo principalmente de las instituciones religiosas, luego de la academia y, finalmente, de los medios de comunicación masiva, sin que ello signifique la exclusividad, sino prevalencia, claro está.

Al igual de cuanto acontecía con anterioridad, el sujeto infractor de las reglas sociales establecidas por los sectores prevalecientes, recibirá una sanción corporal, si es que su falta es de alguna envergadura, y sobre todo si su conducta pone en cuestión las relaciones de poder (lo que acontece no únicamente con los delitos políticos o de origen político, sino con otros como podría ser los concenientes a la propiedad, a la familia o la religión, por ejemplo). No obstante, tanto en tal caso, como en los que esa falta no mostraba el monto necesario para la punición formal, el sistema contará con recursos adicionales suficientes para sancionar el sujeto. Aún más, el solo hecho de comparecer el sujeto ante el aparato represivo será un acto suficientemente ofensivo al sistema como para que este sancione al compareciente.

Recreando y valiéndose de aquella hegemonía, el Estado u aparato de control, procurará presentar los patrones de conducta que prescribe, como necesarios y en tanto tales, al igual que acontece con la globalidad de la formación social, como puntos de consenso; independientemente de la ubicación funcional de quien los aprecia, que bien puede ser uno de sus subyugados, o del género de bienes jurídicos protegidos, que a veces son de beneficio exclusivo de los intereses prevalecientes y a veces son más amplios. Asimismo, pretenderá que el repudio a la eventual infracción sea lo más vasto que se pueda y unánime, si es posible.

En efecto, la actual disposición de las reglas sociales, basadas prioritariamente en la hegemonía ideológica, harán viable que al sujeto se lo reprima esencialmente en el plano de las relaciones ideológicas también. No se sancionará la corporeidad de la persona más que accesoriamente. La sanción principal recaerá sobre el

ente social: nombre, reputación, relaciones interpersonales o colectivas.

Al igual que lo acontecido con las penas formales, esta índole de sanción trascenderá al medio familiar del justiciable, con la diferencia que tendrá los matices propios del sistema basado en la hegemonía. Afectará no sólo físicamente a la familia, sino ante todo su posición social.

Ciertamente la estigmatización no es una finalidad explícita del sistema penal en sí mismo, ni tampoco una reacción formal ante el fenómeno catalogado como nefasto². No obstante, es innegable que la mayor sanción que recibe el sujeto es el estigma.

Este género de sanción tiene por particularidades inherentes y sustanciales:

- a) ser consecuencia "climática" e inexorable del proceso. El solo hecho de aparecer en la trama judicial provoca la imposición automática de la sanción. Por supuesto, el desarrollo del proceso penal incrementará directa y proporcionalmente los alcances del estigma.
- b) ser ajeno al resultado del proceso. El estigma será impuesto independientemente de si el pronunciamiento final declara la responsabilidad del sujeto o la excluye. Nuevamente en este plano, un final desfavorable el encartado únicamente viene a incrementar el alcance del estigma; mientras que uno favorable no afecta este estigma o lo hace en una medida ínfima³.
- c) ser ajeno a la dirección del proceso. Aunque los órganos formales participantes en el asunto pretendan no causar una afrenta a la dignidad de la persona, esta vendrá impuesta. Las vías más graves de imposición,

2. Nótese que se dice "fenómeno nefasto" y no "delito" para abarcar también aquellas hipótesis en que no se logra constatar o atribuir la existencia del ilícito, sea en sus elementos fácticos como jurídicos.

3. A modo de ejemplo superlativo de todo lo dicho, y tal vez sea este uno de los más plásticos empleables, puede citarse un "fenómeno" (puesto que más que un programa es un fenómeno, en tanto vincula a un gran audiencia) que se da en un país europeo. Diariamente una de las televisoras estatales transmite un debate penal llevado a cabo ese día. El acto, registrado en todos sus pormenores, no se sabe si para magnificar la administración de justicia nacional o por mero entretenimiento morboso de los telespectadores, muestra el encartado a todo el país en las condiciones materiales típicas de esos actos: tras las rejas instaladas en la sala. Sobra señalar que muchas veces el ahora archiconocido imputado es absuelto

y difusión a la vez, radican básicamente en el despliegue de los medios de comunicación masiva, los que en su afán de reunir audiencia brindan en ocasiones informaciones distorsionadas (dolosamente o no). Las demás son prácticamente de imposible enumeración, pues van desde la reiteración de la información hasta el simple comentario casual y permean cualquier ámbito de actividad del encartado (laboral, social, comunal, intelectual, religioso, etc.).

- d) trasciende el eventual cumplimiento de la pena formal, deviniendo en una sanción casi perpetua y de erosión lenta, cuando no nula. El estigma generado por la comparecencia ante la administración penal y el posible dictado de una resolución de responsabilidad, en ese orden de gravedad, subsistirá a la comparecencia, conforme se acotó, y al cumplimiento de la sanción formal. Cumplida que sea la pena, el sujeto seguirá soportando las consecuencias de su acto punible o no punible. Lo mismo que la sanción formal, sus consecuencias informales posteriores afectarán la familia y personas cercanas al justiciable. Esta situación tiene mayores o menores dimensiones dependiendo del círculo social en que se desenvuelva el sujeto cuestionado y la falta en cuestión, puesto que ciertamente no es el mismo estigma el que se recibe un alto ejecutivo por una administración fraudulenta o un daño ecológico, que el que recibe un simple ciudadano por un robo; en muchos casos, podría agregarse, ciertos acciones propias al quehacer de los estratos dirigentes, son vistos más como gestos de audacia que como hecho espemible, aunque el daño infligido a la sociedad sea incalculablemente mayor que el de todos los robos juntos. Por ello, puede inferirse que, como es notorio, el estigma tiene el clasicismo por característica.
- e) hace al sujeto perder su estima. Quizá esta sea la peor consecuencia del proceso de estigmatización, la autoestigmatización. El compareciente, aunque se sepa libre de responsabilidad, pierde la estima por sí mismo; sea porque como ciudadano común ha sido instrumento de la estigmatización de

otros y ahora se ve en la piel de aquellos, ingresado en la población delictiva, vale recordar que a ese fin basta la mera comparecencia ante el juez, lo que le parece terrible; sea porque encima de sufrir las carencias que le llevaron al ilícito, ahora es ser patógeno en el cuerpo social, el cual, por mimetismo ideológico, le sanciona y se absuelve a sí mismo. Esto es, sancionando al sujeto, el sistema se absuelve de responsabilidad, negándole a aquel su condición de ente históricamente producido y, a la vez, haciéndole entender que su infortunio es totalmente obra suya. Este, convencido de ello, antes de ser sentenciado o, peor aún, antes de cumplir la pena, empieza a actuar convencido de que los anticuerpos sociales le rechazarán, como patógeno que es; empieza a construir su mundo y su futuro partiendo de tal premisa, dejándose muy poco espacio de maniobra social, que en más de una ocasión se restringe a reincidir y en la mayoría sencillamente no se excluye otra eventual ilicitud, pues, como ser disfuncional, no otra cosa que disfunciones se puede esperar. La experiencia es fácilmente perceptible para cualquiera que haya tenido relación con un sujeto en tales condiciones (abogados, psicólogos, criminólogos). Es este el punto en que todas las demás virtudes del sujeto son absorbidas por su "maldad", es el paroxismo del proceso de estigmatización.

VI. La superación de esa envilecedora práctica no es simple. Es la expresión actual del artificio de represión a los transgresores del sistema vigente, al igual que otras lo fueron en otros momentos históricos.

No puede concebirse cómo esa tara puede superarse sin pasar necesariamente por la estructuración y difusión de una nueva noción sobre el fenómeno delictivo en su integridad e incluso sobre la concepción misma del ser humano como sujeto, centro de aspiraciones, expectativas, emociones y creatividad, y no vil objeto de punición o venganza etérea. El ser humano es sujeto de la historia y las relaciones sociales, y no su objeto.

Si bien es cierto que dicha práctica informal y difícil de aprehender es una derivación de la

índole de las relaciones de poder de un bloque histórico, no es posible pensar que su presencia sea irreversible o al menos atemperable.

Atemperable, por ejemplo, podría ser si se mantiene en reserva la identidad del involucrado, librando así del estigma a una buena parte de los concurrentes al proceso, tal y como lo pretende el artículo 9 del recién aprobado Código Procesal Penal. O si se proveyera de medios materiales y organizativos para el cumplimiento de la pena que, sin sacarlo de circulación, no fueran vitrina intimidatoria, sino de ajuste de las aristas que contribuyeron a contraponer al sujeto con el sistema, en el mejor de los casos; o en el menos pretencioso, de adaptación para su posterior reintegro a la comunidad en mejores condiciones personales que las que pudieron llevarlo a la anterior vicisitud.

Reversible, si se hace prevalecer la noción de que el justiciable no es una disfunción del sistema, sino un producto del mismo; que, como tal, por lo tanto, ha de buscarse por parte de este una respuesta a la carencia del sujeto, y no dejar

librada su solución a su diligencia y perseverancia, cual si se tratara de un mal personal o íntimo.

Esto, no obstante, amén de pasar también por una necesaria evaluación previa de cuáles pautas penales hoy resultan útiles y cuáles estériles u obstaculizantes para procurar una sociedad menos antropófaga y sí más abierta, solidaria y tolerante, a nivel supraindividual, implicaría poner en cuestión las preexistentes o contemporáneas valoraciones y estigmas que han buscado y tal vez reunido acuerdo, lo cual puede afectar la pretendida solvencia e infalibilidad de la hegemonía ideológica regente; y, a nivel subjetivo, puede menoscabar la íntima serenidad de los operadores del derecho por lo ya actuado, porque, para nuestra tranquilidad, todos necesitamos estar convencidos de la bondad o utilidad de lo que hacemos, principalmente si se trata de causar aflicción a otro ser.

A final de cuentas, no se sabe si temer o alegrarse de que ciertamente será por mucho tiempo que el tema seguirá abierto.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

FOUCAULT, Michel. "Vigiar e Punir". Ed. Vozes, 5 ed., Petrópolis, 1987.

GRAMSCI, Antonio. "Il Materialismo Storico". Editori Riuniti, 2 ed., Turín, 1979.

KRICKEBERG, Walter. "Las Antiguas Culturas Mexicanas". Fondo de Cultura Económica, México, 7 ed., 1988.

La política antidrogas y sus efectos en América Latina

Roy Murillo Rodríguez *

La política antidrogas en Latinoamérica presenta en primer término al narcotráfico como el enemigo número uno del sistema político, económico y social, y, al mismo tiempo al drogadicto como parte de una subcultura alejada de la realidad, sin "valores sociales" y con cercanas vinculaciones al crimen: concretamente al crimen violento. Es importante entonces analizar a qué responde esta política, cuál es su contenido ideológico y cuáles son sus efectos más visibles.

I. POLÍTICA ANTIDROGAS: LAS RELACIONES EEUU-AMÉRICA LATINA.

En el mundo actual, el principal exponente, promotor y defensor de la política antidrogas es el poderoso vecino del Norte: los Estados Unidos de América. Su influencia en organismos internacionales, así como en los diferentes gobiernos latinoamericanos, es innegable. Sin embargo, en el ámbito del consumo de drogas sus índices tienen una dimensión escalofriante, calificables de epidemia, a pesar de lo cual se empeñan en ver este fenómeno como un problema que viene de afuera, donde los culpables son tanto los países productores como los que sirven de puente para el transporte. Dentro de este contexto una gran cuota de responsabilidad se le asigna a los países latinoamericanos.

La mencionada política pretende erradicar el consumo y el tráfico, combatiendo a toda costa la oferta. Se presenta al narcotráfico como "el mal perverso", la "plaga contra la humanidad", un "cáncer" para la estabilidad política y económica latinoamericana¹. La presión del gobierno norteamericano es tal, que valiéndose de nuestra dependencia económica, condiciona los planes de reactivación y desarrollo regional, (vrg. la Iniciativa para la Cuenca del Caribe), a la aprobación de una serie de leyes antinarcóticos y a la activa participación en su "guerra contra las drogas" -guerra autodeclarada y autoimpulsada en febrero de 1982, por el entonces presidente Ronald Reagan-. Por lo tanto, resulta a todas luces lógico y explicable que las leyes en materia de drogas no respondan a nuestra realidad socio-económica, y cultural pues se dictan sin analizar otra opción, respondiendo únicamente a los intereses de nuestro "vecino y amigo":

"... los Estados Unidos de América ha venido vislumbrando un nuevo enemigo: **el narcotráfico**... aquel país hace participar en la batalla contra el narcotráfico a los Estados latinoamericanos. Así por ejemplo, la "iniciativa para la Cuenca del Caribe" y ahora "El Plan Bush" han estado asociados a la aprobación, por parte de los países adherentes a esa iniciativas, de leyes anti-drogas, de tratados de extradición de narcotraficantes, y

* Alcalde Supemumerarlo.

1. TOKATLIAN (Juan), Las drogas y las relaciones EEUU-América Latina. **Revista Nueva Sociedad**, Venezuela, N° 102, junio, 1993, p. 74.

a la cooperación con los Estados Unidos en la lucha contra el nuevo enemigo.²

Realmente, en su discurso, la preocupación por el problema del consumo de drogas no es primordial, incluso podríamos decir que este aspecto es la cobertura para una serie de motivaciones políticas y económicas. La política antidrogas se ha utilizado como instrumento de dominación y neocolonización, pues permite el control político de contraculturas y es un medio sostenedor de las relaciones de poder de la política internacional³. La desfachatez es tal, que se ha llegado al extremo de amenazas de intervención militar en países como Bolivia y Colombia y ni qué decir de la invasión a Panamá, -que se justificó bajo el pretexto de "lucha contra las drogas"-, sin importar el ilegítimo e injustificado quebrantamiento de principios fundamentales del derecho internacional, como el de soberanía nacional:

Lo que ocurre en Panamá, sigue siendo quizás el mejor ejemplo de la utilización que ha hecho los Estados Unidos de la lucha contra el Narcotráfico para intereses político-militares en la región, diferentes de los que expresa el discurso antidrogas oficial. El mejor indicador de esto es el siguiente: antes de la invasión a Panamá el gramo de cocaína costaba 50 dólares ahora cuesta 3 dólares. La dosis de crack cuesta cincuenta centavos ... desde 1989 se inició realmente el tráfico interno de drogas en Panamá.⁴

Aparte de intereses políticos y militares, no se puede ocultar que tras el desvelo de Estados Unidos por el fenómeno del narcotráfico y el consumo de drogas, existe un grave problema económico, que es uno de los elementos que ha dado base al montaje de su política antidrogas: la preocupación por la fuga de capitales que conlleva el negocio del narcotráfico. Ello explica en buena medida la acentuación de su método en esta materia, y con mucha más razón en un momento de crisis económica como el que atraviesa actualmente esa nación.

El montaje es tal, que las contradicciones son notorias: por un lado se presentan como protagonistas de la guerra contra las drogas, defensores sin cansancio de la salud pública y combatientes de la corrupción, mientras que por otro se ha comprobado la complicidad de la C.I.A. y el F.B.I. en el tráfico de droga, entre otros casos, en el conflicto Irán-Contras, donde se demostró el acuerdo de estas entidades con narcotraficantes suramericanos, para que, a cambio de ciertos favores, éstos suministraran armas a la "contra" nicaragüense.

Solo la existencia de intereses como los que hemos señalado, justifica la acentuación del método represivo en la lucha contra las drogas, especialmente cuando quien la promueve es un país que ya tuvo en ese sentido una experiencia con resultados absolutamente negativos: la llamada "Ley Seca", en la década de los años veinte⁵.

Partiendo de lo expuesto, pasemos a analizar el contenido de las leyes antinarcóticos y posteriormente los resultados de su aplicación en el ámbito nacional.

2. SOTO ACOSTA (Willy), *Costa Rica: de la democracia narcisista a la democracia egoísta. Anticomunismo, Parlamento Centroamericano, Narcotráfico*. Ponencia presentada en el Seminario Internacional Nuevas Formas de Integración para el Desarrollo Latinoamericano, Costa Rica, del 9 al 13 de setiembre de 1991, p. 35.
3. BARATTA (Alessandro), *Introducción a una sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias*, Tráfico y consumo de drogas: una visión alternativa, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 257.
4. ALVAREZ GOMEZ (Ana Josefina), *Abolicionismo, Política antidrogas y Proyecto Neoliberal*. Ponencia presentada en la Sexta Conferencia Internacional sobre Abolicionismo Penal, ICOPA IV, ILANUD, San José, Costa Rica, del 2 al 5 de junio de 1993, p. 14.
5. Al respecto puede verse a ALVAREZ GOMEZ (Ana Josefina), *Hacia el desmantelamiento de la lógica prohibicionista, elementos para un debate científico del problema de las "drogas"*, Tráfico y consumo de drogas: una visión alternativa, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 310.

2. LEYES ANTIDROGAS: BROTE EXCESIVO DE REPRESION

Al examinar la legislación latinoamericana en materia de drogas, nos encontramos con leyes prácticamente uniformes. Así por ejemplo puede verse la Ley de Perú (1982), Venezuela (1984), Chile (1985), Colombia (1986), Bolivia, República Dominicana, Paraguay y Costa Rica (1988), Argentina (1989) y de nuevo Costa Rica en 1991.

El rasgo común en el Derecho Penal Latinoamericano venía siendo la abstracción y generalidad de los tipos penales, técnica que se pierde por completo en las leyes antidrogas. Podemos ver, a manera de ejemplo, el artículo 18 de nuestra Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas:

Se impondrá prisión de ocho a veinte años a quien, sin autorización legal, distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, sustancias o productos a que se refiere esta ley ... la misma pena se impondrá a quien poseyera, sin la debida autorización, esas drogas, para cualesquiera de los fines expresados y a quien posea o comercie semillas, con capacidad germinadora u otros elementos naturales para la producción de las referidas drogas. "-la negrilla no es del original-

Puede observarse claramente como el legislador amplía de tal forma las diferentes maneras mediante las cuales se puede llevar a cabo el delito, que tan solo en la mencionada disposición encontramos quince acciones, produciéndose lo que ZAFFARONI llama "multiplicación de los verbos"⁶.

Examinando en detalle la legislación de comentario nos damos cuenta que, conductas típicamente de tentativa, participación e incluso

meros actos preparatorios, se castigan como actividades principales y encontramos una lista de conceptos que pareciera un verdadero diccionario legal.

Si se cuestiona cuál es el sustento de esta nueva técnica legislativa, en principio podría creerse que se trata de una verdadera preocupación por la efectiva aplicación del principio de legalidad, pero al contrario, la idea es castigar cualquier acción que esté relacionada con drogas, así ZAFFARONI:

"Es obvio que la expuesta técnica legislativa es ajena a nuestra modalidad legislativa, pero, además, y dentro del contexto de nuestra doctrina, cabe que nos preguntemos cuál es su significado. Ante todo está revelado un afán por no dejar ningún hueco de punibilidad: quien tenga "algo" que ver con un tóxico prohibido comete delito. En este aspecto, no debe pensarse que las definiciones son cuidadosas, en el sentido de procurar una precisión de la legalidad típica, sino en el de cubrir toda posibilidad con punibilidad."⁷

La utilización del método represivo es la principal estrategia que se ha establecido en la lucha contra las drogas. Las penas que se fijan son elevadas, no se permite una adecuación de conformidad con el daño social causado y no existe una graduación de las penas, sino que se dan mínimos excesivamente altos, imposibilitando la aplicación de la ley de manera proporcional a la gravedad del hecho acusado. Se demuestra, sin necesidad de más comentarios, que con la normativa de comentario, en vez de procurarse la menor intervención posible del Sistema Penal -como lo pretenden las modernas corrientes criminógenas, a partir de la reconocida inoperancia del mismo-, se produce la mayor extensión posible de la punibilidad. Se utiliza el Derecho Penal no como la "última ratio", sino como primer mecanismo de control. Tipos penales abiertos, sanción de conductas que normalmente

6. ZAFFARONI (Raúl), La legislación "antidrogas" latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritario. *Revista de Ciencias Penales*, Porto Alegre, Edición especial, año 3, N° 2, enero-junio de 1990, pp. 16-23.

7. *Ibid.*, pp. 18-19.

quedarían impunes, ampliación del catálogo punitivo, diccionares legales conexos y penas mínimas excesivamente altas, solo nos pueden llevar a pensar en un Derecho Penal "Máximo", violatorio evidentemente de principios básicos del Derecho Penal Garantista.

3. COSTOS SOCIALES DE LA POLITICA ANTIDROGAS

El uso excesivo de la represión en la lucha contra las drogas no ha permitido la obtención de resultados positivos. El consumo sigue aumentando, así como la diversidad de sustancias sicotrópicas, a pesar de ello han surgido voces que claman por la necesidad de crear nuevos órganos policiales especializados, o al menos se les cambia de nombre -como si con ello fuesen a actuar de forma más expedita-; se habla de producir más leyes, incluso de la creación de un Código en esta materia; algunos hasta proponen construir más cárceles. Es claro que los centros penitenciarios ya no dan abasto, y es que, con la aplicación de este método, nuestras prisiones han visto aumentar exageradamente su población penal, empeorando en dichos centros de "readaptación social", las ya de por sí, precarias condiciones de vida. Es muy posible que un estudio sobre el tipo de personas que están en prisión por delitos relacionados con el tráfico de drogas⁸, concluya que la aplicación de la política que venimos comentando está asociada en forma directa con la discriminación de ciertos sectores sociales, no solo por causas directamente relacionadas con la misma sino, sobre todo, por las características estructurales de un sistema penal que es altamente selectivo, y sostenedor-legitimador de las relaciones económico-sociales. Es a los victimarios del negocio de la droga: drogadictos, consumidores, pequeños distribuidores habituales, traficantes-consumidores, etc., a quienes se expone dentro de condiciones que solo contribuyen a agravar su problema de adicción, encerrándoles en lugares donde el acceso

a las drogas y el nivel de consumo, es mucho mayor, lo que es equivalente a encerrar un diabético dentro de una gran confitera, y que en términos jurídicos no es sino otra modalidad más de pena de muerte en nuestros países. Mientras tanto, los verdaderos líderes de las organizaciones dedicadas a este negocio disfrutaban tranquilamente los grandes placeres de este mundo, evadiendo con facilidad la acción de la justicia mediante su exorbitante poderío económico, contribuyendo eso sí, directamente a la corrupción de instituciones esenciales de nuestro sistema democrático.

4. POLITICA ALTERNATIVA

Podemos señalar entonces que resulta fundamental cambiar las políticas para combatir las dificultades que ocasiona todo lo relacionado con las drogas. Debe acudir a medios de control productores de menor violencia, de forma que, al menos no se agrave la situación de las víctimas. La represión aparte de que ha sido un verdadero fracaso, no responde a nuestra realidad. La solución no está en aumentar el número de policías y cárceles. Las fuertes sumas de dinero que se invierten en políticas de este tipo, deberían ser aprovechadas de manera inteligente en medidas efectivas. Si lo que se quiere es realmente dar una solución al problema del consumo de drogas, debe determinarse científicamente las causas que inducen a su uso, para poder combatir las, y sobre todo recurrir a la prevención y a programas terapéutico-asistenciales. Se necesita tomar conciencia y dar respuestas de política criminal alternativa. El efecto prohibitivo de las drogas más bien genera atracción y aumenta el valor del producto en virtud del alto riesgo que genera su comercialización. En algunos países como Holanda y Suiza se ha puesto en práctica la legalización de la venta de drogas, y ello ha permitido un control en la calidad del producto y de su precio, lo que viene a ser un fuerte golpe para la actividad del

8. Véase al respecto de LOPEZ CARCAMO (Zalda) y otro, Tesls para optar al grado de Licenciados en Derecho: "Descriminalización del consumo de drogas en Costa Rica: una perspectiva minimalista", Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1993.

narcotráfico. Algunos califican la legalización como una medida "inmoral", pero de lo que se trata es de una solución real: actualmente en nuestras sociedades la droga está en la calle y cualquiera -sin límite de edad- tiene acceso a ella, por lo que es mejor legalizar esa venta y lograr controlar su comercialización, ofreciendo al mismo tiempo al consumidor programas que lo inviten a vivir una vida sana, a mejorar su autoestima y a integrarse a la sociedad. Los resultados hasta ahora, en esos países, son esperanzadores, sin embargo estas medidas deben ser tomadas en bloque o conjunto y no individualmente. De hecho en la Unión Europea

se empieza a dar una serie de problemas en ese sentido, al no haber una política homogénea al respecto. Es importante recalcar que la política alternativa es realista: más que evitar el consumo de drogas parte de que éstas siempre han acompañado a la humanidad, y que posiblemente siempre la acompañarán. No se trata de resistirse a la realidad sino de aprender a convivir con ella, disminuyendo al menos las nefastas consecuencias de la política represiva, que debería ser un problema igualmente preocupante, al menos si nuestra sociedad pretende un cumplimiento efectivo de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ GOMEZ** (Ana Josefina), Abolicionismo, Política antidrogas y Proyecto Neoliberal. Ponencia presentada en la Sexta Conferencia Internacional sobre Abolicionismo Penal, ICOPA IV, ILANUD, San José, Costa Rica, del 2 al 5 de junio de 1993, p. 14.
- ALVAREZ GOMEZ** (Ana Josefina), Hacia el dismantelamiento de la lógica prohibicionista, elementos para un debate científico del problema de las "drogas", Tráfico y consumo de drogas: una visión alternativa, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 310.
- BARATTA** (Alessandro), Introducción a una sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias, Tráfico y consumo de drogas: una visión alternativa, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 257.
- LOPEZ CARCAMO** (Zaida) y otro, Tesis para optar al grado de Licenciados en Derecho: "Descriminalización del consumo de drogas en Costa Rica: una perspectiva minimalista", Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1993.
- SOTO ACOSTA** (Willy), Costa Rica: de la democracia narcisista a la democracia egoísta. Anticomunismo, Parlamento Centroamericano, Narcotráfico. Ponencia presentada en el Seminario Internacional Nuevas Formas de integración para el Desarrollo Latinoamericano, Costa Rica, del 9 al 13 de setiembre de 1991, p. 35.
- TOKATLIAN** (Juan), Las drogas y las relaciones EEUU-América Latina. Revista Nueva Sociedad, Venezuela, N° 102, junio, 1993, p. 74.
- ZAFFARONI** (Raúl), La legislación "antidrogas" latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritario. Revista de Ciencias Penales, Porto Alegre, Edición especial, año 3, N° 2, enero-junio de 1990, pp. 16-23.

La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal*

Daniel González Álvarez **

Hoy prácticamente no se discute sobre la necesidad de realizar la justicia penal a través de un procedimiento oral. Como bien se puntualizó, el juicio oral es parte importante de la tradición y la cultura occidental, al haber sido acogido por la mayoría de los países occidentales porque es el que mejor (no el único) permite hacer justicia y a la vez respetar la libertad y la dignidad del hombre¹.

La aceptación o el rechazo de la oralidad no debe ser el problema inicial a plantearse, cuando se quiera definir una determinada política legislativa en materia procesal penal, sino por el contrario, lo primero que deben aclararse y redefinirse son las garantías y los objetivos básicos del proceso, para luego examinar cuál sistema (escritura-oralidad) constituye un instrumento más adecuado para conseguir aquellos fines y cuál garantiza mejor los derechos fundamentales.

La posibilidad de implementarla y fortalecerla en los distintos países de América Latina, ha dependido más de consideraciones presupuestarias infundadas, que en obstáculos ideológicos de política criminal.

Pretendemos exponer, de manera sintética, algunas consideraciones, que justifican calificar el sistema oral como el más apto para realizar los más trascendentes fines, principios y las garantías básicas del proceso penal.

Por lo general, la oralidad no abarca todas las fases del proceso. Todavía aparece incrustada la instrucción, con mayor o menor incidencia en la fase de juicio. Hemos estado afirmando que el proceso es oral porque tiene una segunda fase de juicio caracterizada por la inmediación, el contradictorio, la continuación, la publicidad. La verdad es que "un proceso penal es oral, si la fundamentación de la sentencia se realiza exclusivamente mediante el material de hecho, introducido verbalmente en el juicio."²

En ocasiones hemos abusado de esa caracterización, pues no resulta infrecuente observar un proceso que denominamos como oral, cuando lo cierto es que ha durado varios meses, incluso años, dedicados a la investigación policial, a la instrucción judicial, a las actuaciones preparatorias del juicio, y luego, precedido por un debate penal de unas horas de duración. Al

* Magistrado de Casación Penal y Profesor del Posgrado en Ciencias Penales, U.C.R.-

** Texto de la conferencia impartida en el Seminario Internacional sobre Oralidad, Santiago de Chile, Junio de 1995.-

1. CAFFERATA NORES, JOSE I. **Juicio penal oral**, en "Temas de Derecho Procesal Penal", Depalma, 1988, Buenos Aires, pp.270-271.-

2.

GIMENO SENDRA, VICENTE. **Los principios del procedimiento penal**, en "Derecho Procesal, Tomo II, vol I. El proceso penal (1)", Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, p. 90

final afirmamos que existe un proceso oral, cuando lo cierto es que ha sido fundamentalmente escrito, con un final de oralidad. Y muchas veces esa oralidad no es siquiera tal, como ocurre con el denominado sistema pseudo oral. En efecto, "...el sistema de pseudo-oralidad es una patología de la práctica del sistema oral, que virtualmente lo convierte en escrito: se trata del sistema que, si bien es oral, permite que las audiencias se descontinúen, en forma que a los testigos se los vaya interrogando por separado y en forma descontinuada, a lo largo de varias semanas y hasta meses. La discontinuidad de las audiencias hace que el tribunal no tenga presente las circunstancias del caso a la hora de dictar sentencia y, en definitiva, ésta se dicte con los elementos escritos, lo cual también puede delegarse..."³.

El sistema oral al que nos referimos como el más idóneo para realizar los fines, los principios y las garantías procesales, es al sistema oral de verdad, donde la sentencia se sustenta con el material probatorio introducido al juicio mediante la oralidad.

1. LA ORALIDAD EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS:

La oralidad no sólo constituye un fenómeno cultural occidental, por haber sido incorporada en la mayoría de las legislaciones penales, sino además es el sistema al que se refieren las convenciones internacionales.

En efecto, la mayoría de las convenciones internacionales dedicadas a la delimitación de los Derechos Humanos se inclina por el sistema de la oralidad para la justicia penal, porque efectivamente ese sistema tiene mayor posibilidad de proteger y tutelar los derechos básicos del hombre que los modelos escritos.

Desde luego con ello no se pretende afirmar, como algún crítico lo señalaba, que la oralidad se cree el único sistema de justicia

penal, sino simplemente el que mejor facilita la realización de sus fines.

Para confirmar esa tendencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, veamos lo que disponen algunos de ellos:

a) La Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (Aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos, en San José el 22 de noviembre de 1969).

El Pacto de San José de Costa Rica establece implícitamente la oralidad, al disponer en su artículo 8.2.f. que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad y entre otras, a la siguiente garantía mínima: f) "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

Lo anterior supone, necesariamente, que el proceso deba ventilarse en forma oral, para poder tener derecho a los interrogatorios, y para tener la facultad de proponer con ese mismo fin la cita de otros testigos y peritos que puedan "arrojar luz sobre los hechos".

Esa disposición es complementada por el artículo 8.5. que señala que el proceso penal debe ser público, lo que equivale a admitir la necesidad de que el juicio se realice frente a los ciudadanos, y ello solo será posible con la oralidad⁴.

b) El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. (Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, en vigencia desde 23 marzo de 1976)

De manera más directa el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se inclina por la oralidad también, al disponer en el artículo

3. ZAFFARONI, EUGENIO R. Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. (Informe Final 1982-1986). Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Depalma, 1986, p. 157

4. Concluyen también que el Pacto de San José y el Pacto de los derechos Civiles y Políticos se inclinan por la oralidad, MORA, LUIS PAULINO, La importancia del juicio oral en el proceso penal. En "Ciencias Penales" N° 4, Junio 1991. San José, p 12; y Cruz Castro, Fernando. El proceso penal y el principio de oralidad, conferencia pronunciada en Ciudad de Guatemala, 1994, s.p.

14.1. que "...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...", lo que puede hacerse, necesariamente, sólo por medio de un juicio oral.

Al igual que el Pacto de San José, éste otro también dispone, en el artículo 14.3.e., que durante el proceso, toda persona acusada de delito tendrá derecho, en plena igualdad y entre otras, a la siguiente garantía mínima: e) "a Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean Interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

En consecuencia, todos los estados suscriptores de estos Pactos encuentran un verdadero asiento jurídico para legitimar la implementación de la oralidad en sus respectivos territorios.

c) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948)⁵.

También en este texto internacional se encuentra una referencia expresa a la oralidad, pues el párrafo segundo del artículo XXVI dispone que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes, y a que no le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas."

Al igual que con los textos antes comentados, este refiere en forma directa a un juicio donde públicamente debe ser oído el acusado.

d) La Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales. (Roma, 4 de noviembre de 1950, Consejo de Europa)⁶.

Esta Convención dispone, de manera similar a las anteriores, en el artículo 6.1, que "toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable...La sentencia debe ser hecha pública..."; y en el artículo 6.3.d. agrega que todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: d) "Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la convocatoria y el interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los testigos de cargo", lo que también puede ser conseguido sólo por medio de un juicio oral.

e) Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal (Reglas de Mayorca)⁷.

Finalmente, deben mencionarse las denominadas Reglas de Mayorca, que son objeto de discusión por Naciones Unidas, con el fin de orientar las reformas a los sistemas penales del mundo, que esperan servir de modelo, como la incidencia profunda que tuvo en las legislaciones penitenciarias las Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas, que pasaron a constituir la Carta Fundamental de los Derechos de los Reclusos.

La recomendación 25^a.1 señala en forma directa, para no dejar ningún margen de duda, que "el imputado tiene derecho a un juicio oral". Las reglas contenidas en la parte 25^a.2, y 29^a.1 complementan la anterior, al disponerse que los debates serán públicos, y que todas las pruebas deben ser practicadas ante el tribunal sentenciador (con intermediación).

5. Publicada por Pacheco G., Máximo. Los Derechos Humanos. Documentos Básicos. Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1987, pp. 53 a 83

6. Ibidem, pp. 66 ss.-

7. Aprobadas por un grupo de expertos en Palma de Mayorca, en noviembre de 1990, mayo y setiembre de 1991, febrero de 1992), Imprenta Politécnica, Palma, Islas Baleares, 1992.-

f) El Código Procesal Penal Modelo para América Latina⁸

Ya que hacemos referencia a un modelo de Naciones Unidas sobre la justicia penal, creo justo mencionar también el "Código Tipo" redactado con base en una idea de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, por juristas hispano-lusoparlantes dedicados al Derecho Procesal Penal, alrededor del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en el que participaron muchos juristas de renombre, entre los que deben destacarse Fernando de la Rúa, Julio Maier, Ada Pellegrini y Jaime Bernal Cuellar.

Ese modelo sigue la estructura, los principios y las reglas del juicio oral, público, contradictorio, continuo, concentrado, recomendando así a los países del área su adopción, como un instrumento bastante mejor que el sistema escrito para la administración de justicia penal.-

2. LA ORALIDAD COMO FACILITADORA DE LOS FINES, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL:

Como bien se señala, la oralidad no constituye un principio en sí mismo, sino que es un instrumento o facilitador de los principios políticos básicos y de las garantías que estructuran el propio sistema procesal penal⁹.

Ello es importante tomarlo en consideración porque al discutirse acerca de la opción entre un sistema oral y uno escrito, no se discute alrededor de cuestiones ideológicas, sino pragmáticas, y lo que debe tomarse en cuenta para adoptar

uno en lugar del otro es, principalmente, su eficacia para realizar y cumplir los principios básicos y las garantías que constituyen la base del sistema procesal.

Antes de definirse por la oralidad y adoptarla en la legislación nacional, deben escogerse y señalarse los principios básicos y las garantías¹⁰ con las cuáles se desea juzgar a las personas acusadas de delito. Luego debe buscarse el mejor instrumento para conseguir esos objetivos.

Si se concluye por los principios de inmediación, concentración, continuación, contradictorio, sana crítica, publicidad, identidad física del juzgador, entre otros, definitivamente termina pesando mucho más el sistema oral frente al escrito; observemos por qué.

a) La inmediación.

La inmediación puede ser enfocada desde dos ángulos, y como se verá, desde cualquiera de ellos la oralidad es el mejor medio para alcanzarlos.

En efecto, la inmediación subjetiva o formal que exige que el Tribunal que va a dictar la sentencia tome conocimiento directo y en consecuencia se forme así su convicción, del material probatorio que ha sido reproducido en su presencia, junto con todos los demás sujetos del proceso¹¹, puede ser garantizada principalmente por medio de un juicio oral, que obliga a todas las partes, al Juez y al Fiscal, estar presentes en el juicio y a proceder a recibir en forma directa, sin delegación y sin solución de continuidad, todos los elementos de prueba aceptados en el

8. Tuvimos a mano la edición publicada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1990.-
9. BINDER, ALBERTO. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, p 96; CAFFERATA NORES, JOSE I. Juicio... cit., p. 272; y TREJO, MIGUEL; SERRANO, ARMANDO; RODRIGUEZ, DELMER; y, CAMPOS, JOSE D. En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño. Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador, 1994, p. 29.-
10. Sobre ellos, además de los autores citados, véanse GONZALEZ ALVAREZ, DANIEL Y ARROYO GUTIERREZ, JOSE MANUEL. Principios y ventajas del sistema procesal mixto moderno. Ilanud, San José, 1991, en especial pp. 43 ss.; BETTIOL, GIUSEPPE. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Bosch, Barcelona, 1977, pp. 241 ss.
11. CASTILLO GONZALEZ, FRANCISCO. El principio de Inmediación en el proceso penal costarricense, en Revista Judicial N° 29, junio de 1984, pp. 17 ss.; y, CAFFERATA NORES, JOSE I. Juicio... op. cit., p 272.-

juicio¹². Al no existir actas que después van a ser leídas, los jueces están obligados a recibir en forma directa la prueba, sin posibilidad siquiera de delegar.

Por el contrario, en el sistema escrito la recepción de la prueba se caracteriza por estar delegada en oficiales receptores de prueba (escribientes, oficinistas, secretarios), que son los que escuchan los relatos de los testigos, de los peritos, de la víctima y del acusado, y luego los traduce en una acta que el Juez firma como si hubiera estado presente, con base en la cual tomará y sustentará sus conclusiones fácticas y jurídicas sobre el caso.

Por otro lado, **la intermediación objetiva o material**, según la cual el Tribunal debe obtener el conocimiento y formar su convicción, utilizando el medio probatorio más cercano al hecho a probar, entre todos los medios concurrentes¹³, también es posible alcanzarla principalmente por medio de la oralidad, de manera más eficiente que la escritura, pues la comparación y el análisis se facilitan bastante más cuando los elementos de prueba son recibidos por todos los sujetos del proceso, de manera concentrada y continúa, como se realiza en el juicio oral. En los procesos escritos se interponen largos períodos entre la recepción de un elemento probatorio y otro, dificultando apreciar cuáles serán los más directos para probar el hecho.

Desde luego la intermediación no necesariamente debe ser absoluta, como bien se afirma¹⁴, pues aún en el juicio oral es posible introducir ciertos elementos de prueba por lectura o exhibiéndolos, que sin intermediación proporcionan una información exacta y libre de objeciones, como serían las fotografías, cintas magnetofónicas,

las videocintas, y ciertas actas cuando no son cuestionadas por las partes, como los planos, mapas, dictámenes periciales, etc.

b) La concentración y la continuación

La concentración y la continuación exigen que el juicio oral se realice frente a todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma sucesiva, sin solución de continuidad, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento en que se recibe toda la prueba, formulan las partes argumentaciones y conclusiones sobre ella, deliberan los jueces y se dicta sentencia. "Ello sirve para proteger al delincuente, al no prolongar la tensión psicológica que genera el juicio; refuerza la creencia del pueblo en la justicia al garantizar una decisión rápida; y posibilita una mejor investigación de la verdad"¹⁵.

La concentración está directamente referida a los sujetos del proceso y a la recepción de la prueba, y la continuidad a los actos procesales que deben realizarse en el juicio.

La oralidad impone, inexorablemente, la concentración y la continuidad, porque los debates prolongados conllevan el peligro de que se olvide lo actuado, al no existir actas que transcriban literalmente (o interpreten) lo que han declarado los testigos y los peritos, de donde debe concluirse que la posibilidad de retener el contenido de la prueba se debilita frente a la cantidad de intermedios e interrupciones, de ahí que deba vincularse al tribunal y a los sujetos del proceso, en forma continua e ininterrumpida¹⁶.

La oralidad implica necesariamente esa concentración y esa continuidad, para que pueda

12. En general sobre la Inmediación véanse SCHMIDT, EBERHARD. Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, 261 ss.; VELEZ MARICONDE, ALFREDO. Derecho Procesal Penal, 2º ed., tomo II, Buenos Aires, 1969, pp. 186 ss.; y, GIMENO SENDRA, VICENTE. Los principios..., cit., pp. 91 s.

13. CASTILLO GONZALEZ, FRANCISCO. Op. ult. cit., p.p. 22 ss.

14. SCHMIDT, EBERHARD. Op. ult. cit., p. 263.

15. CASTILLO GONZALEZ, FRANCISCO. Op. ult. cit. p. 26. Véase también VELEZ MARICONDE, ALFREDO. Derecho..., pp. 191 ss.

16. SCHMIDT, EBERGARD. Los fundamentos..., cit., p.252, 262.-

operar correctamente la actividad de los sujetos procesales en el análisis del material probatorio. A diferencia de la escritura, donde la prueba es recibida en forma discontinua, en diferentes momentos y a lo largo de varios meses, incluso muchas veces con años de distancia entre una y otra.

Desde ese punto de vista la concentración y la continuidad son exigencias procesales cuya realización se verifica con la oralidad¹⁷.

Desde luego que tales exigencias tampoco son categóricas. El absolutismo en este terreno también puede distorsionar la solución adecuada. En principio el debate debe celebrarse en forma continua y sólo se puede interrumpir para atender el descanso diario, o por necesidades fisiológicas, pero también otras razones pueden justificar la suspensión y la postergación de la audiencia oral para otra fecha, como serían, por ejemplo, impedimento o enfermedad de alguno de los sujetos del proceso, la ampliación de la acusación que justifique preparar actos de defensa, la realización de actos fuera de la audiencia como una inspección ocular, la incomparencia de órganos de prueba esencial¹⁸.

c) El contradictorio

En el proceso penal es necesario garantizar la recepción de la prueba bajo el control de todos los sujetos del proceso, con el fin de que ellos tengan la posibilidad de intervenir en esa recepción haciendo preguntas y observaciones, solicitando aclaraciones, vigilando la forma en que la prueba se introduce al proceso, apreciando la manera que las demás partes también realizan esa misma labor y luego, debe garantizarse que puedan evaluar las pruebas para apoyar sus conclusiones.

Ese control se extiende también a las argumentaciones de las partes, en la medida en que debe garantizarse que puedan escuchar de viva voz los argumentos de la contraria, para apoyarlos o rebatirlos, observando desde el inicio la manera como lo plantean al Tribunal¹⁹.

Pues bien, de nuevo la oralidad se presenta como el mejor facilitador de ese principio básico del sistema procesal penal, al recibirse en forma directa, sin intermediarios y de manera continua y concentrada toda la prueba, exigiéndose la presencia de todos los sujetos del proceso. La escritura, caracterizada por delegar la recopilación de la prueba en funcionarios auxiliares del Juez, así como también caracterizada por la discontinuidad de esa recepción, no resulta un instrumento idóneo para realizar el contradictorio, máxime que tampoco exige la presencia de todos los sujetos a ese momento, sino que conforme examinen las actas podrán ir formulando sus apreciaciones por separado hasta formar gruesos expedientes, de los que deben extraerse las piezas importantes de otras que no lo son.

d) La publicidad

Uno de los aspectos más importantes que debe buscar cualquier proceso de reforma de la justicia penal en América Latina lo constituye, sin lugar a dudas, la necesidad de que nuestros jueces asuman un mayor protagonismo social en relación con la solución del conflicto, que se dejen las delegaciones de las tareas jurisdiccionales más importantes (como ocurre en el sistema escrito), que los perciban los ciudadanos ejerciendo sus funciones, que asuman mayor compromiso con la solución de los problemas que más afectan a los habitantes de su circunscripción en lo que se refiere a la justicia penal y,

17. En general, CLARIA OLMEDO, JORGE A. Tratado de Derecho Procesal Penal. Edlar, tomo VI, 1966, Buenos Aires, pp. 251 ss.

18. MAIER, JULIO B.J. Derecho Procesal Penal Argentino. Hammurabi, tomo I, vol. b, 1989, p. 428.-

19. Sobre el contradictorio cfr. CLARIA OLMEDO, JORGE. Op. cit., pp. 260 ss; CAFFERATA NORES, JOSE I. Juicio penal oral, cit., pp. 274 s.; CAVALLARI, V. Principio del contraddittorio. Diritto Processuale Penale, Enciclop. del Diritto, Milano, 1961, vol. IX, pp. 728 ss.; y CONSO, G. Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano, en "Riv. Italiana di diritto e procedura penale", Milano, 1966, pp. 405 ss.

en definitiva, que sean agentes del proceso político y social en una determinada sociedad²⁰.

Por otra parte, es necesario que la "justicia penal" se administre de frente a la comunidad, que los ciudadanos puedan apreciar la manera como los jueces ejercen su función, evitando o al menos poniendo en evidencia y criticando excesos, abusos o bien impunidad. La participación de los ciudadanos en la administración de justicia no se agota con su incorporación como jurados o escabinos, sino que comprende también la posibilidad de que puedan presenciar el juzgamiento penal, desde el momento en que se anuncia la acusación, hasta el momento en que se reciben los elementos de prueba, se formulan conclusiones y alegaciones y se dicta sentencia²¹.

No es por casualidad que la publicidad del proceso se vincula directamente con la esencia misma del sistema democrático²².

Estas posibilidades, desde luego, requieren que el juicio sea simple, rápido, concentrado, continuo, con inmediación y contradictorio, pero sobre todo público, que los ciudadanos puedan concurrir al tribunal a presenciar el juicio, o bien que al menos lo hagan los periodistas y éstos informen de lo que ocurre en la Sala del Tribunal. De nuevo el que mejor contribuye a la realización de esos ideales lo sigue siendo el juicio oral frente al escrito²³. El juicio escrito se vincula directamente con el secreto, pues se acompañan muy bien y se refuerzan el uno al otro, mientras

que la oralidad permite la transparencia que los propios ciudadanos demandan para la actuación de los jueces.

e) El principio de libre valoración de la prueba (sana crítica)

Otro de los principios básicos referidos a la prueba que se pretende fortalecer en la justicia penal, es el de libertad en la valoración de la prueba. Frente al sistema tarifario (prueba legal o tasada) y al sistema de la íntima convicción (prueba en conciencia), se busca fortalecer el sistema de la libre convicción o sana crítica, según el cual el Juez es libre de asignarle el valor a los elementos de prueba reproducidos en el juicio, pues el legislador no señala anticipadamente presunciones probatorias, ni tampoco tasa su valor según la naturaleza, la clase, o el origen de la misma, sin embargo el Juez se encuentra en la ineludible tarea de expresar las razones por las cuales asigna un determinado valor a dichas pruebas y forma su convicción (deber de fundamentación) lo cual lo separa del jurado²⁴.

De nuevo también es la oralidad la que permite cumplir con ese principio básico, bastante mejor que el proceso escrito. En efecto, la oralidad garantiza mejor el cumplimiento de las reglas que rigen la apreciación de las pruebas, porque en forma directa, sin intermediarios, el Juez o Tribunal debe recibir todos los elementos

-
20. BINDER, ALBERTO. Justicia penal y estado de derecho. Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 222 ss; MAIER, JULIO B.J. Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica, en "Reformas Procesales en América Latina. La oralidad en los procesos", Corporación de Promoción Universitaria, Chile, 1993, pp. 25 ss.; y BINDER, ALBERTO. Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica, en *Idem*, pp. 67 ss.-
21. Sobre la publicidad del juicio penal, cfr. SCHMIDT, EBERHARD. Los fundamentos..., *cit.*, pp. 235 ss. MAIER, JULIO. Derecho Procesal..., *cit.*, tomo I, vol. a, pp. 430 ss. CLARIA OLMEDO, JORGE A. *Tratado*..., *cit.*, tomo VI, pp. 235 ss. GIMENO SENDRA, VICENTE. *Los principios*..., *cit.*, pp. 93 ss.-
22. CRUZ CASTRO, FERNANDO. El proceso penal..., *cit.*, quien a su vez se sustenta en la obra de Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 1969, p. 192.-
23. CAFFERATA NORES, JOSE I. Juicio Penal..., *cit.*, p. 276.-
24. Véanse MORA, LUIS PAULINO, Y GONZALEZ ALVAREZ, DANIEL. La prueba en el Código procesal penal tipo para América Latina, en "Un Codice Tipo di Procedura Penale per l'América Latina", Consiglio Nazionale Delle Ricerche, Roma, 1991, pp. 75'ss.; y CAFFERATA NORES, JOSE I. La prueba en el proceso penal. Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 1994, pp. 38 ss.
-

de prueba, frente a todas las partes, lo cual le permite apreciar la veracidad de la misma según las reglas de la lógica, la experiencia, la psicología y el sentido común, con mayor posibilidad que cuando simplemente valora un documento o transcripción de prueba²⁵.

El proceso oral no se inmuniza contra el falso testimonio, pero permite detectarlo con mayor posibilidad de éxito que el sistema escrito, donde los oficiales receptores de pruebas -por lo general sin preparación adecuada- traducen o interpretan la versión de los testigos y en muchos casos hasta les facilitan mentir, o en el mejor de los supuestos desnaturalizan o mutilan su relato, transcribiendo en actas lo que ellos creyeron que dijo el testigo.-

Como bien se ha expuesto²⁶, en el sistema escrito a) no hay posibilidad de apreciar los rasgos humanos genéricos de los declarantes o el lenguaje de sus gestos tan importantes para la valoración; b) hay una gran infidelidad o insuficiencia del acta con lo verdaderamente declarado, por traducción, síntesis, ignorancia o desinterés de quien recibe la prueba; y c) no hay un conocimiento del caso en todo su conjunto, por parte de quien recibe la prueba, lo que provoca importantes lagunas.

f) La identidad física del juzgador

El principio de identidad física del juzgador establece que un mismo juez debe serlo sobre toda la audiencia del debate oral, y además debe ser él quien personalmente dicte sentencia, sin posibilidad de delegación. Lo anterior garantiza que la decisión final es adoptada por quien o quienes presenciaron en forma directa e inmediata tanto los elementos de prueba reproducidos en la audiencia, cuanto los alegatos de las partes referidas a todas las cuestiones debatidas²⁷.

Indiscutiblemente que la oralidad es el instrumento que mejor podría garantizar la realización de ese principio, al exigir que los mismos jueces que habrán de resolver el caso deban presenciar y dirigir los actos del juicio oral, y que esa asistencia es obligatoria e imprescindible.

Por el contrario, el proceso escrito no garantiza esa situación porque permite delegar la mayoría de las actividades jurisdiccionales de trascendencia, desde la recepción de la prueba hasta -incluso hasta- el dictado de la sentencia, cuando esas tareas se trasladan a auxiliares administrativos y asistentes letrados, por lo general, anónimos, desconocidos, sin posibilidad de recusación siquiera²⁸.

g) La fundamentación de la decisión judicial

Uno de los aspectos vitales que caracterizan el funcionamiento de la justicia penal en un sistema democrático es el deber de fundamentación.

Los jueces, como depositarios de la ley, están en la obligación de señalar en sentencia las razones en que sustentan cada una de sus conclusiones, tanto desde el punto de vista fáctico, como desde el punto de vista jurídico. Para tales efectos deben realizar un conjunto de razonamientos de hecho y de derecho, para prevenirse de la arbitrariedad y de la íntima convicción, por medio de los cuales se le explica a los interesados y a la colectividad que se estudió el asunto, que se respetó el ámbito de la acusación, que se recogieron las pruebas, que se valoraron, que se razonó utilizando la lógica, la experiencia y el sentido común, es decir que se respetaron los derechos fundamentales.

Para cumplir con ese cometido, el Tribunal debe expresar en qué consiste el hecho acusado, cuál fue el hecho probado y cuales sus circunstancias, que medios probatorios se introdujeron

25. CAFFERATA NORES, JOSE I. Juicio penal oral, cit., pp. 277 s.

26. Ibidem. p. 274.-

27. CASTILLO GONZALEZ, FRANCISCO. El principio de Inmediación..., cit., p.26.

28. CAFFERATA NORES, JOSE I. Juicio penal oral, cit., p. 276.-

al juicio, cuál fue el iter lógico seguido para justificar cada una de esas conclusiones fácticas, debe además realizar la fundamentación jurídica referida a la calificación del hecho, a la pena a imponer, a las consecuencias civiles derivadas de la acción delictiva, y cualquier otra cuestión de importancia que se haya debatido (fundamentación fáctica, fundamentación probatoria y fundamentación jurídica)²⁹.

El sistema oral es el que mejor permite cumplir con ese cometido porque todos los protagonistas del juicio perciben en forma directa la reproducción de la prueba; y porque facilita y simplifica la labor de las partes que deben explicar al tribunal sus pretensiones, observaciones y conclusiones utilizando un medio de comunicación directo, inmediato y rápido, como lo es la palabra; y a la vez, les facilita a los jueces su deber, porque éstos también apreciaron de manera directa, sin intermediarios, la recepción de todos los elementos probatorios y las alegaciones de las partes, se está en mayor grado de aproximarse a la verdad que el sistema escrito.

Por un lado el sistema procesal elimina las presunciones legales trasladándole al Juez el deber de apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, sin determinarle un valor específico, pero por otro el sistema le exige a ese juez "más libre" que fundamente y motive su conclusión, expresando en forma clara, precisa y detallada las razones que lo motivaron a asignarle un determinado valor a cada uno de los elementos de prueba esenciales³⁰. Ello exige colocarlo en una situación en que mejor pueda cumplir su cometido, y esa posición mejor se la brinda la oralidad, al menos frente a la escritura.

h) La redefinición del conflicto penal por otro de menor violencia

Por lo general, la justicia penal no llega a solucionar el conflicto provocado con el delito, y por ello hoy se afirma que debe aspirar, al menos, a la transformación o redefinición de ese conflicto, en términos pacíficos, en otros conflictos que tengan un contenido menor de violencia, por su baja intensidad o por su alta cuota de institucionalidad³¹. En efecto, "la redefinición de los fines del proceso ya se está discutiendo universalmente y se manifiesta, fundamentalmente, en el abandono de la búsqueda de la verdad como meta irrestricta del proceso y su sustitución por un conjunto de mecanismos procesales que, siempre respetuosos de la dignidad humana, se dirijan al objetivo de lograr un acercamiento entre las partes en conflicto social que subyace en cada caso penal para que alcancen un acuerdo, una reparación, una conciliación: el consenso por encima del descubrimiento de la verdad..."³². Lo anterior debe ser tomado en consideración para definir, por un lado, si se acepta la oralidad como instrumento facilitador de los fines del proceso y por otro, para delimitar los alcances y la trascendencia de la oralidad una vez que se ha aceptado.

Cuando se plantea la necesidad de redefinir el conflicto penal por otro de menor violencia, o al menos de mayor aceptación, resulta indispensable la presencia (concentración, intermediación) de todos aquellos que de algún modo deban cumplir un papel relevante en ese proceso de redefinición: imputado, víctima, encargados estatales de conducir el proceso, etc. y el juicio oral se presenta como el mejor instrumento para

29. IBAÑEZ, PERFECTO ANDRES. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, en "Doxa", N° 12, 1992. DEL MISMO, La sentencia penal, en "El Juicio oral en el proceso penal", Editorial Comares, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Madrid, en especial pp. 566 ss.-

30. DE LA RUA, FERNANDO. La sentencia. El Juez y la sentencia, en "Proceso y Justicia", Lerner, Buenos Aires, 1980, pp. 73 ss.- DALL'ANESE RUIZ, FRANCISCO. Falta de fundamentación de la sentencia y violación de las reglas de la sana crítica, en "Ciencias Penales" N° 6, San José, 1992, pp. 50 ss.

31. BINDER, ALBERTO M. Introducción..., cit., pp.99-100.

32. PASTOR, DANIEL R. ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos no "convencionales"? En "Delitos no convencionales", Julio Maier compilador, editorial del Puerto, Buenos Aires, 1994, p. 271.-

lograrlo.

Tan relevante es este cometido de la justicia penal, que "...si los jueces no son atentos vigilantes de que el conflicto que redefine la justicia penal tenga un menor contenido de violencia y de ese modo contribuya a la paz social, los mismos protagonistas del caso inicial buscarán otros mecanismos para solucionarlo o redefinirlo por sus propios medios"³³.

La oralidad es reconocida como el instrumento idóneo para alcanzar esos fines, puesto que permite a los interlocutores resolver sus diferendos de manera más simple y directa, sin intermediarios y en forma inmediata.

Por el contrario, la escritura no facilita ninguna solución, ni siquiera permite intentarlo, al desplazar las relaciones entre los protagonistas del conflicto, al extremo de que en la mayoría de los casos durante el proceso nunca llegarán a estar reunidos en una sola actuación jurisdiccional.

i) La averiguación de la verdad real

La finalidad básica del proceso penal, planteado en términos tradicionales, ha sido siempre la búsqueda de la verdad real o material (para acentuar que existe otra verdad, la formal que en contraposición debe ser ideal o irreal, muy propia de nosotros los abogados). Todavía hoy tiene vital importancia como delimitadora de la actividad probatoria en el proceso penal, complementada por principios básicos como el de libertad probatoria.

Desde ese punto de vista el proceso tiene por objeto averiguar la verdad respecto del hecho acusado, ya sea para confirmar su existencia o para descartarla, ya sea que implique determinar la autoría del imputado en el hecho, ya sea que la descarte.

Entendido el proceso como ese conjunto de actuaciones dirigidas a reconstruir el hecho hasta donde los elementos probatorios lo permitan, se puede concluir también que la oralidad se presenta como el mejor instrumento para lograrlo.

Los atributos propios de la oralidad, desde

su sencillez hasta la exigencia de la concentración, continuación, intermediación, publicidad y transparencia, hacen que el sistema sea más eficiente para aproximarse en un mayor grado a la verdad que el sistema donde esa investigación se delega en auxiliares, se prolonga en el tiempo, se complica con formalismos estériles.

Con la oralidad es posible reducir al máximo los márgenes de duda, pues los elementos de prueba se reciben en forma directa y personal por todos los sujetos del proceso, quienes por esa razón estarán en mayor posibilidad de valorarlos y de apreciar una serie de circunstancias que no podrían percibir con la lectura de un acta levantada por un auxiliar del Juez, además de que tienen la posibilidad de intervenir en la recepción de la misma, interrogando a los testigos y peritos, aclarando y ampliando circunstancias de interés para la decisión que quizás no habría visto nunca aquel auxiliar del tribunal.

j) La desformalización de la justicia penal

La desformalización de la justicia penal no constituye un principio procesal, ni siquiera es una garantía, sino tan solo un objetivo de carácter meramente instrumental para facilitar el cumplimiento de los fines del proceso. Ello no significa que pueda soslayarse su necesidad, pues al igual que la celeridad de la justicia, constituyen factores que deben tomarse en cuenta en cualquier proceso de transformación.

La administración de justicia penal viene caracterizándose en América Latina por ser excesivamente formal, donde lo rutinario, lo incidental, lo superfluo adquiere cada vez mayor trascendencia y se deja, cada vez más lejos, el conflicto social que le dio origen y el conflicto social que provoca su propia existencia. Los abogados recibimos una formación dirigida excesivamente al análisis legalista y normativo de los conflictos sociales, y tendemos a anteponer la norma sobre la realidad, creyendo que la realidad es la norma. Esto ha transformado en una excesiva rigurosidad formal, donde el rito adquiere significación propia, sin importar las

33. BINDER, ALBERTO. Op. ult. cit., pp. 100-101.

razones para las cuales fue instaurado, hasta convertir el proceso en una complicada concatenación de actuaciones³⁴.

Incluso no basta con la adopción de textos legislativos avanzados y novedosos, que incorpora modernas instituciones procesales en la ley pues, en muchas ocasiones la práctica se encarga de desvirtuarla. Como bien se apunta "no basta la sanción legislativa del Código. La naturaleza del proceso jurisdiccional impone planear y preparar, después de la batalla parlamentaria, las duras batallas para "la promulgación" del nuevo Código en el seno de los tribunales, en las facultades, en la comunidad (las duras batallas contra el conservatismo, los hábitos burocráticos, los prejuicios). El proceso, como la democracia misma, debe ser conquistado cada día"³⁵.

Muchos son los males que aquejan a la justicia penal en América Latina, para citar solo algunos y como ha sido ya puesto en evidencia, entre esos males se encuentra: un excesivo avance de las tareas administrativas sobre las judiciales por parte de los jueces; duplicación de las tareas por falta de oficinas centrales que asuman todas las labores de una misma característica (correo, notificación, controles, etc.); graves deficiencias de comunicación entre los diversos operadores y organismos judiciales; desaprovechamiento de recursos humanos y materiales, por mala distribución de tareas; oscuridad en los registros de las oficinas; delegación de funciones judiciales en empleados subalternos; carencia de medios tecnológicos; deficiencia en infraestructura disponible y mal aprovechamiento de espacios; falta de capacitación de todos los operadores; carencia de siste-

mas estadísticos; sistemas procesales antiguos, formalistas y complicados, entre muchos otros³⁶.

De ahí entonces que uno de los grandes retos en el proceso de transformación es el de simplificar el juicio penal, llevándolo a una idea más cercana a lo cotidiano, a los procesos mediante los cuales estamos acostumbrados a resolver los conflictos en el seno de la familia, en el trabajo, con los amigos, en el club.

"Simplificar el proceso implica establecer claramente la primacía de lo substancial por sobre lo formal. Y lo substancial es el conflicto humano que subyace en el proceso. En este campo, la oralidad puede prestar un servicio mucho más grande que el de satisfacer algunos de los principios básicos del juicio. La utilización del mecanismo de la audiencia para solucionar todas las incidencias posibles sirve adecuadamente para lograr una mayor profundidad en el proceso penal"³⁷. En efecto, de nuevo la oralidad brinda como posible el cumplimiento de los objetivos más preciados de la justicia penal, como serían la redefinición del conflicto por otro de menor violencia, gracias a que la comunicación oral es mucho más simple, directa, y efectiva que la escritura, pues también cuentan los gestos, el tono, la acentuación, la pausa y el sentimiento.

La oralidad brinda muy poco espacio al formalismo, y a pesar que algunos tribunales se esmeran en exigir formalidad, por suerte ello no pasa de constituir actos chistosos y anecdóticos de la judicatura, como resulta exigir corbata a los abogados, exigir "buena presentación" a las partes, exigir "respeto" en el lenguaje, etc.

34. ZAFFARONI, EUGENIO R. **Sistemas penales y derechos humanos...**, cit., pp. 156 ss.

35. ANTILLON MONTEALEGRE, WALTER. **Del proceso y la cultura**. Revista de Ciencias Jurídicas N° 63, mayo agosto 1989, p 20.- En esta investigación se comparan determinados datos que caracterizan el proceso penal en Costa Rica de los años 76-77, con datos de los años 85-86, y se concluye que por muchas razones nuestro proceso sigue siendo marcadamente inquisitivo, ante la preeminencia excesiva de la fase de Instrucción sobre la fase de Juicio.

36. BINDER, ALBERTO. **Justicia Penal y Estado de Derecho**, cit., pp 235 s.

37. BINDER, ALBERTO. **Crisis y transformación de la justicia penal...**, cit. p. 84

k) Otros aspectos garantizados con la oralidad

La oralidad garantiza muchos otros principios procesales, así como también satisface mucho mejor que la escritura otros intereses de trascendencia en materia de justicia penal.

No pretendemos más que exponer algunos de los más evidentes con la anterior elencación, pero tómesese en cuenta, además, que la oralidad pone en mayor evidencia que la escritura algunos de los problemas más graves de la administración de justicia, como la corrupción y el falso testimonio.

En efecto, el hecho de que los jueces deban resolver los asuntos en forma pública y de frente a la comunidad, permite a los ciudadanos observar, con bastante más eficacia que en el sistema escrito, alguna desviación, abuso o arbitrariedad realizada por cualquiera de los sujetos del proceso o por el propio tribunal. Desde ese punto de vista la justicia penal se hace más transparente, con todos sus defectos y limitaciones, pero a la vez pone en evidencia la necesidad de transforarla.

El sistema oral no está vacunado contra la corrupción y los abusos, pero al menos permite ponerlos en mayor evidencia con el fin de reprimirlos y eliminarlos. En el sistema escrito esos y otros muchos defectos ni siquiera se ponen de manifiesto, y en consecuencia, tampoco surgen los correctivos.

También la oralidad podría garantizar el efecto preventivo general de la sanción -si es que existe-, al permitirle a los ciudadanos apreciar las consecuencias jurídicas sufridas por quien comete un hecho delictivo³⁸.

Como bien se apunta, "el único desmedro de garantías que puede señalarse al sistema oral es que el tribunal altere la versión de las pruebas recibidas en forma arbitraria y significativa para las conclusiones del fallo. No obstante, este

peligro queda fácilmente conjurado con un doble registro magnetofónico de las audiencias, guardándose las cintas en sobre lacrado y firmado por las partes, durante los días necesarios para el vencimiento del término del recurso de revisión por violación de formas o arbitrariedad. El ínfimo costo de este medio técnico obvia cualquier objeción presupuestaria"³⁹.

Cuando se altera el contenido de la prueba oral en la fundamentación de la sentencia surge el problema de su control en casación. Creemos que las partes pueden hacer prueba en casación para establecer la forma en que se realizaron los actos procesales y dentro de ello, colmar cualquier irregularidad sobre el contenido de la prueba. Pero, indiscutiblemente que la mejor solución representa la posibilidad de que se grabe en cintas magnetofónicas el desarrollo de la audiencia, con el fin de que las partes puedan utilizarlas en casación sólo cuando aleguen que el Tribunal hubiere alterado el contenido de la misma al momento de dictar sentencia, o hubiere omitido examinar algunos aspectos esenciales, sin que esto implique que la casación sustituirá la valoración de esa prueba, sino sólo controlará la forma en que lo hizo el Tribunal de instancia, para verificar el respecto de las reglas de la sana crítica y del deber de fundamentación, es decir manteniendo todavía un control de legalidad⁴⁰.

3. LA ORALIDAD Y LOS MEDIOS DE COMUNICACION COLECTIVA:

Todas las constituciones latinoamericanas y la mayoría de las convenciones de derechos humanos garantizan el derecho a la información y la libertad de prensa como valores esenciales de los ciudadanos.

Es indiscutible que la libertad de prensa, entendida en sus tres facetas más importantes: libertad de imprimir o publicar, libertad de expresión y

38. CRUZ CASTRO, FERNANDO. El proceso penal..., cit.-

39. ZAFFARONI, EUGENIO R. Sistemas penales y derechos humanos...cit, p. 157.-

40. Véase MAIER, JULIO. Derecho procesal penal..., cit., tomo I, vol. a, p. 307, y GONZALEZ A., DANIEL Y HOUED V., MARIO. Algunas consideraciones sobre la evolución de la casación penal, pendiente de publicación en el próximo número de la Revista Ciencias Penales, San José, 1995.-

libertad de información⁴¹, constituye uno de los valores fundamentales para el pleno desarrollo de la comunidad, gracias al cual los ciudadanos pueden ejercer con mayor propiedad gran parte de sus derechos y obligaciones sociales, como los derechos políticos y la libertad de crítica de la función pública.

A partir de estos derechos algunos entienden que la publicidad típica del proceso oral implica, también, un irrestricto acceso de los medios de comunicación colectiva en los estrados judiciales, pues los derechos colectivos (libertad de prensa) están por encima de los derechos individuales de los protagonistas del conflicto penal. Lo anterior lo acentúan cuando ponen en evidencia que las convenciones internacionales de Derechos Humanos (ya referidas al inicio de este trabajo) también establecen como una necesidad que el juicio sea público.

Esta idea ha provocado mucho daño a la administración de justicia cuando se ha pretendido absolutizar, pues ninguna libertad jurídica que se precie de serlo, se ejercita irrestrictamente y sin limitaciones. En realidad la libertad de prensa y el derecho a la privacidad y al honor no constituyen intereses jurídicos contrapuestos. El conflicto que pueda surgir entre ellos es sólo aparente y responde a un exceso en el ejercicio de uno de ellos. Como bien se afirma, "...no puede existir en sentido estricto un conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la honra más que por motivos de inadecuación. Lo que puede darse es un conflicto entre la pseudoinformación y el derecho a la honra, o un abuso en la concepción del derecho a la honra que pretenda obstaculizar el ejercicio del derecho a la información⁴². Lo mismo ocurre respecto a la privacidad y otros intereses públicos que deben tutelarse durante el desarrollo del juicio penal.

Si bien los Códigos modernos contienen pocas regulaciones al respecto, y por lo general dejan al propio Tribunal decidir cuándo el proceso penal oral debe ser privado, resultan conve-

nientes algunas regulaciones al respecto, sobre todo para proteger el ejercicio normal de la judicatura, ante la presión que los medios ejercen para que se les facilite un acceso irrestricto en la audiencia, presión que se agudiza cuando convierten a los jueces en héroes o villanos según sea que faciliten o restrinjan la labor de los periodistas.

Pero desde el punto de vista normativo lo primero que debe llamarnos la atención es que las convenciones internacionales, si bien establecen como necesario el principio de la publicidad para la justicia penal y reconocen la libertad de prensa, también señalan en forma expresa que aquella publicidad debe ser restringida en ciertos casos, impidiéndose el acceso de la prensa y los ciudadanos a la Sala de Juicio.

En efecto, el artículo 14.1. del **Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos** (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, en vigencia desde 23 marzo de 1976); y el artículo 6.1. de la **Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales** (Roma, 4 de noviembre de 1950, Consejo de Europa), establecen restricciones al acceso de la prensa y del público por razones de moralidad, orden público o seguridad nacional. En igual sentido podemos citar el artículo 8.5. de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, que establece que "el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

Indiscutiblemente que el acceso de los medios de comunicación colectiva en la administración de justicia constituye un instrumento para evitar la arbitrariedad, los abusos, la inoperancia y hasta la corrupción de los funcionarios judiciales, al hacer más transparentes sus decisiones, lo que significa que esa intervención debe permitirse y facilitarse. Sin embargo ello no significa que puedan hacerlo en cualquier momento, como quieren hacerlo y en cualquier

41. RIVADENEIRA PRADA, RAUL. *Periodismo. La teoría general de los sistemas y la ciencia de la comunicación*. Ed. Trillas, México, 2ª reimpresión, 1983, pp. 273 ss.

42. SORIA, CARLOS. *Derecho a la información y derecho a la honra*. A.T.E., Barcelona, 1981, pp. 36 y 37.-

clase de juicio. Resulta indispensable alguna reglamentación para evitar que las cámaras de televisión y fotográficas, así como las luces que utilizan éstas, se conviertan en un mecanismo que de alguna manera pueda alterar la declaración de un testigo, perito, víctima o acusado en el proceso penal; así como también que la publicidad ponga en peligro o afecte otros intereses también de vital importancia para la misma comunidad. Algunos incluso señalan que el acusado puede oponerse a que se difunda su imagen, aún siendo un personaje de actualidad o notoriedad⁴³. Ya estos sujetos se encuentran sometidos a algún tipo de presión por el solo hecho de comparecer ante un tribunal, frente a los jueces, las partes y personas allegadas a ellos que presencian el debate, cuando deben rendir declaración sobre ciertos hechos o circunstancias, en las que por lo general, todos están involucrados de alguna manera. Aumentar esa presión con la intervención de la prensa implica desconocer los objetivos para los cuales se instauró el sistema oral. Por esa razón parecen convenientes algunas regulaciones mínimas, que sin que lleguen a coartar el ejercicio de la actividad de los periodistas, tampoco obstaculicen la posibilidad de redefinir el conflicto social y de averiguar la verdad real. A ello es precisamente a lo que se refiere el Pacto de San José cuando señala (art. 8.5.) que si bien el proceso penal debe ser público, la publicidad debe excepcionarse en todo aquello "...que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

Hoy los ciudadanos no van a los juicios, de ahí que haya un traslado a la prensa del control que ejercían, pero ésta muchas veces publica los acontecimientos judiciales con algún grado de amarillismo y no existe una clara orientación pública sobre el proceder de los tribunales⁴⁴. Por lo anterior es conveniente establecer programas adecuados de información de parte del sistema de justicia penal, con el fin de contrarrestar

cualquier distorsión en ese sentido. La publicidad tiene muchas ventajas, pero también es necesario controlar los pocos aspectos negativos que pueda generar.

4. LA IMPLEMENTACION DE LA ORALIDAD

Conforme se ha señalado atrás, la oralidad no constituye un principio en sí mismo, sino un instrumento y es el más adecuado -es decir no es el único- para facilitar la realización de los fines, principios y garantías del proceso penal. Por tal motivo lo discutible para optar entre la alternativa oralidad-escritura sigue siendo, **por un lado**, los principios, los fines y las garantías del proceso, pues una vez determinados éstos debe buscarse el mejor instrumento para realizarlos en la práctica; **y por otro lado**, a lo sumo tiene trascendencia y deben examinarse algunas cuestiones prácticas para la implementación de uno u otro sistema.

a) Oralidad y aspecto económico

Uno de los mayores estigmas sobre la oralidad ha sido el aspecto presupuestario. Se afirma -con algún grado de convencimiento en algunos países- que el proceso oral tiene el grave inconveniente de constituir un sistema excesivamente caro para las economías de los sistemas judiciales latinoamericanos, muy necesitadas de recursos, pues con ella deben crearse locales para el juicio, con espacios para el público, deben contratarse más jueces, fiscales, y defensores, y que por lo general ameritan más recursos económicos que los sistemas escritos⁴⁵.

Estas críticas han sido ya contestadas magistralmente desde hace muchos años, al reafirmarse la necesidad de utilizar el instrumento más idóneo para facilitar y realizar los fines del

43. SCHMIDT, EBERHARD. Los fundamentos..., clt., p. 243 ss.

44. BINDER, ALBERTO M. Introducción al derecho procesal penal, clt., p. 105.-

45. Por todos véase ODERIGO, MARIO A. El lenguaje del proceso. Depalma, Buenos Aires, 1961, en especial en pp. 110 ss.

proceso, superando el problema de los costos⁴⁶. En efecto, con muy buen tino se afirma que "...el costo del procedimiento sólo puede ser tomado en consideración cuando se trate de sistemas iguales en relación al respeto de los derechos de los ciudadanos que con ellos se relacionan y a la efectividad que tengan para la averiguación de los hechos que deban ser juzgados, pero cuando uno de los sistemas muestra marcadas falencias, mientras que el otro permite un mayor respeto a esos derechos y posibilita mejor la investigación, como ocurre al comparar el procedimiento escrito en relación con el que utiliza la oralidad en su fase principal, el aspecto monetario debe ocupar -necesariamente- un segundo plano, pues conforme lo veremos luego, son muchas las ventajas que conlleva la oralidad al procedimiento penal..."⁴⁷.

En todo caso conviene agregar que lo cierto es que no se han realizado estudios concluyentes para determinar que el proceso escrito sea más barato que el proceso oral, pues en la mayoría de los casos lo que se ha comparado no ha sido la escritura con la oralidad, sino que se han hecho estimaciones y aproximaciones para comparar un sistema procesal tradicional, arcaico, fundamentalmente inquisitivo (aunque normativamente se diga mixto), que en la práctica aplica las presunciones y la prueba tasada, aunque formalmente se reconozcan los principios de libertad probatoria y sana crítica (libre apreciación de la prueba); con un sistema moderno, donde se pongan en vigencia los principios básicos reconocidos en las convenciones internacionales de derechos humanos para el juzgamiento penal, independientemente de que este proceso moderno sea oral. Es decir se ha bastardeado el costo económico de un proceso penal tradicional con el costo de uno de corte moderno, inclinándose porque el primero es más barato.

En realidad lo que tiene costos no es la oralidad en sí misma, sino el cumplimiento de las garantías básicas, el tratar de llevar a la

práctica también la idea de que el proceso debe buscar la verdad y además redefinir el conflicto por otro de menor violencia, utilizando para ello una serie de principios que facilitan la idea de la justicia del caso concreto (inmediación, concentración, continuación, contradictorio, identidad física del juzgador).

Es necesario centrar los estudios de los costos económicos en la posibilidad efectiva de cumplir con las garantías constitucionales. Definitivamente tienen razón aquellos que han afirmado que la justicia tradicional, aquella que no se preocupa de minimizar el conflicto, de buscar la conciliación o de ofrecer una verdadera alternativa, es mucho más barata que un sistema procesal que pretenda llevar a la práctica los presupuestos para los cuales se instauró el sistema, como un marco de garantía.

El resultado podrá ser sorprendente. Al final es probable que el costo económico de **un sistema escrito** no tradicional, pero que pretenda cumplir con los objetivos de una justicia más humana, sencilla, y a la vez exalte los derechos y garantías fundamentales previstos en la Constitución y las convenciones de Derechos Humanos (si es que ello es posible por medio de la escritura), resulte bastante más caro que **un sistema oral también no tradicional**.

Esto tiene también relación con la trascendencia del sistema de administración de justicia en el seno del sistema político y social de un país. Acostumbrados a una "justicia barata", poco efectiva, sin complicaciones, aséptica, y a la vez a un "sistema judicial" burocrático, compuesto de funcionarios con poca incidencia en el acontecer social, alejados de los problemas básicos de los ciudadanos, es claro que tendrá algún costo económico tratar de invertir esa situación para hacer de la justicia penal un sistema más dinámico, de soluciones reales (o al menos más acercadas a la realidad), con respeto de la dignidad del ser humano (víctima y acusado), en la idea de transformar un conflicto, planteando alternativas de "solución" aceptables para la comunidad.

46. Véanse CLARIA OLMEDO, JORGE A. Tratado..., cit., tomo VI, pp. 194 ss., quien en forma expresa contesta las críticas de Oderlgo; y CAFFERATA NORES, JOSE I. Juicio penal oral, cit., pp. 278 ss.

47. MORA MORA, LUIS PAULINO. La Importancia del Juicio oral..., cit., p. 8.-

Desde esa óptica lo caro, lo costoso no es la oralidad en sí misma, sino la transformación del sistema judicial en un aparato al menos un poco más eficiente en toda su extensión.

b) Algunas previsiones para la celebración del juicio oral

Para celebrar adecuadamente el juicio oral se requieren de una serie de condiciones mínimas, sin las cuales el sistema de la oralidad puede fracasar.

Es cierto que la justicia se aproxima a una mejor solución al exigir la presencia de las personas relacionadas con el conflicto, desde el imputado hasta la víctima, incluyendo a los testigos, a los asesores legales, al fiscal, a los Jueces que habrán de resolver.

Sin embargo, esa reunión requiere de una infraestructura mínima, a disposición del Tribunal. Se habla, en primer término, de **salas de juicio** diseñadas de manera especial, con los espacios necesarios para el Tribunal, las partes y sus abogados, el fiscal, así como el público. En este sentido deben preferirse salas simples, lo más que el decoro judicial lo permita, en lugar de los "altares barrocos" que algunas veces hemos observado, para que los operadores del sistema y las personas relacionadas con el conflicto penal, encuentren un lugar adecuado donde buscar aquella alternativa más humana, aceptable, posible.

Paralelamente somos del criterio que deben existir junto a la Sala de Juicio, una adecuada "**sala de testigos**", donde se ubiquen a esperar a las personas que concurren al juicio por llamamiento del Tribunal, en la cual se encuentre algún funcionario auxiliar que pueda brindar alguna orientación mínima a los testigos y a todas las personas que concurren a la audiencia. Una Sala donde exista algún teléfono para que el testigo, con algún control, pueda comunicarse con el exterior, ya sea con el lugar donde trabaja o con su casa para justificar cualquier retraso; una Sala donde exista algún periódico del día; donde haya un baño, así como un poco de café, mientras el testigo espera a ser llamado a declarar. Estamos acostumbrados a tratar a los testigos de una manera bastante dura. Por lo general son personas que vienen al juicio porque los llaman,

que en la mayoría de los casos no tienen ninguna intervención en el conflicto más que haberlo presenciado de alguna manera; que viene a brindarle una contribución a la comunidad al ayudar a reconstruir la forma en que ocurrió el hecho; que por lo general eso es suficiente para que a su vez entren en conflicto con el acusado o con la víctima, según sea su versión; personas a quienes ni siquiera recompensamos de alguna manera; que no vienen a pedir del estado un servicio, sino que acuden a contribuir a brindarlo; en fin son personas con sentimientos, inquietudes, deseos. Pensar en ellos también contribuye a humanizar el sistema judicial, muy plagado de rituales y formalismos sin sentido.

Por otro lado, resultan indispensables también **las oficinas de citadores judiciales**, que se encarguen de convocar a todas las personas que deben concurrir el día y la hora señalados para el debate oral, los cuales deben disponer del equipo necesario para cumplir adecuadamente su labor. En Costa Rica se les asignó motocicleta para que recorran más rápido el circuito donde están asignados.

En ese mismo sentido deben mencionarse las **oficinas de policía judicial, dedicadas a la localización y presentación forzosa de personas**, pues habrá muchas que deberán hacerlas comparecer ya sea en el curso de la audiencia o al menos unos pocos días después en caso de que se suspenda el debate, cuando su presencia resulta indispensable, sea por tratarse de alguno de los sujetos procesales, o bien porque su testimonio resultaba ser un elemento de prueba de carácter decisivo según el objeto del juicio, pero que no atendieron el llamado inicial del Tribunal, los cuales serán conducidos incluso por la fuerza si es necesario.

Paralelamente el Tribunal debe disponer de un **servicio de vigilancia y conducción de detenidos**, de manera que contribuyan con el Presidente en el ejercicio del poder de disciplina sobre quienes concurren a la audiencia y otros que se dedican a la custodia y traslado de detenidos. En algunos países, como el caso de Costa Rica, se han creado oficinas judiciales especializadas en el traslado y custodia de los detenidos para que concurren a cualquier llamado judicial, que se encargan de sacarlo del lugar donde guarda prisión, con orden escrita del Juez, para

luego conducirlo bajo custodia hasta al Tribunal con el fin de que realice las actuaciones procesales necesarias (indagatoria inicial, actividad probatoria definitiva, audiencia oral, etc).

Otro aspecto que debe considerarse también, es el de mantener en el juicio algún sistema de grabación. La oralidad no debe ser sustituida por actas en las cuales se "asegure" la prueba, como tampoco las actas deben ser sustituidas por cintas magnetofónicas o de video, pues siempre estas formas hacen que se pierda una gran cantidad de detalles y de posibilidades, que sólo tendrán los que presenciaron el juicio.

Conservar una grabación al menos de la prueba oral que se reciba en el juicio, hasta que quede firme la sentencia, viene a llenar una importante necesidad para mejorar la calidad de la administración de justicia penal, pues la idea es que dicha grabación cumpla tres finalidades muy importantes:

- a) Que la utilice el Tribunal en su deliberación, la tenga a mano para recordar cualquier aspecto de interés sobre el curso del debate, el dicho de los testigos y sobre los alegatos de las partes.
- b) Que después del dictado de la sentencia de Instancia la grabación esté a disponibilidad de las partes, en el evento de que deseen escucharla para recordar aspectos de interés, con el fin de formular recursos de casación o revisión.
- c) Finalmente, para que dicha grabación se adjunte al expediente cuando se formula un recurso de casación, lo que permitirá al Tribunal de Casación Penal realizar un efectivo control sobre los Tribunales, respecto al contenido de la prueba oral, con el fin de apreciar si se cumplieron los presupuestos constitucionales de fundamentación y se respetaron las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba.

De adquirirse ese equipo, debe aprobarse una mínima reglamentación sobre el uso de esas grabaciones, para que las conserve el Tribunal para los usos dichos, al menos hasta que la sentencia se encuentre firme, y dándole un uso restringido a la información, pues si los medios de comunicación desean conocer el desarrollo

del debate deben estar presentes en la audiencia con las limitaciones que disponga el Presidente del Tribunal o el Juez.

Ese equipo vendría a colmar una necesidad muy sentida entre los distintos funcionarios, pues sirve a todos los operadores del sistema penal: a los Jueces de instancia, a la defensa (pública y privada), y a los Magistrados y Jueces de Casación. En el sistema oral siempre se escuchan alegaciones de las partes en el sentido de que los Tribunales no en todos los casos ajustan sus fallos al contenido de la prueba, de manera que se hace necesario efectuar un riguroso control en beneficio de la justicia.

c) Efectos nocivos de la suspensión de debates

La suspensión de debates por inasistencia de los acusados, defensores o testigos, constituye el "talón de Aquiles" del sistema oral. En este sentido deben realizarse todos los esfuerzos posibles para localizar a las personas que deben concurrir al llamamiento judicial, pues la oralidad exige esa presencia conjunta, todos a la vez, sin que puedan admitirse dilaciones.

El problema de la suspensión de debates en la materia penal afecta una gran cantidad de intereses. Por un lado se producen **afectaciones de índole patrimonial**. Dentro de esta categoría deben mencionarse, en primer término, los recursos estatales, pues cada vez que se suspende un juicio se desperdician recursos, sobre todo cuando no es posible reprogramar actividades laborales para los funcionarios públicos que debieron realizarlo: jueces, fiscales, defensores públicos, secretarios, guardas de juicio, escribientes, etc. Aunque en muchas ocasiones ellos regresan a otras labores propias del cargo, lo cierto es que han esperado sin hacer nada durante algún tiempo hasta que se decide la suspensión del juicio, y en muchos otros casos no es posible reprogramar actividades laborales, principalmente cuando los Tribunales penales son dedicados con exclusividad a realizar juicios penales.

En segundo lugar, dentro de las afectaciones económicas, debemos mencionar que también se ocasionan perjuicios para los ciudadanos que si atendieron el llamado del Tribunal y se presentaron al juicio, dejando de lado sus ocu-

paciones habituales, lo que tiene un costo económico que sufren los testigos y demás sujetos procesales. Ellos comparecen y deben esperar algún tiempo en el Tribunal hasta que se les informa que el juicio se ha suspendido. A ese tiempo debe agregársele el que deberán utilizar después para comparecer de nuevo cuando se les vuelva a llamar. Son cargas económicas que por lo general no son retribuidas por las personas causantes de la suspensión del juicio.

Por otro lado, la suspensión de debates produce un grave **efecto nocivo sobre la calidad del servicio que presta la administración de justicia penal y sobre los ciudadanos que demandan justicia penal.**

En efecto, dentro de esta segunda categoría debemos mencionar, en primer término, que la eficacia de la Administración de Justicia viene a menos todas las veces que se suspende un debate, no sólo porque se hace mucho más difícil de alcanzar el precepto constitucional de justicia pronta, sino además porque se impide que haya justicia del todo, es decir se impide "cumplir". Cuando el debate no es posible celebrarlo, se obstaculiza la decisión del Tribunal, lo cual no sólo retrasa la decisión sino que además se impide esa decisión. Sin debate no hay justicia penal. En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, la afectación se produce también sobre los ciudadanos. La suspensión de debates significa, ni más ni menos, mayor incertidumbre para el acusado, quien debe esperar aún más por la decisión del Tribunal; o bien, mayor impunidad en relación con la víctima y la sociedad, pues no habrá tampoco una sentencia que redefina el conflicto, ni establezca consecuencias socialmente más aceptables, como la reparación civil.

Estos dos grupos de afectaciones (patrimoniales y sustantivas) provocan en la ciudadanía un efecto multiplicador. Se pierde confianza en la Administración de Justicia por la poca posibilidad de ofrecer una solución al problema penal, al drama humano que está a la base de todo hecho delictivo, y se genera entonces un sentimiento de impotencia, tanto para los acusados como para las víctimas y demás ciudadanos. La respuesta tradicional a estas inquietudes es la de aumentar la represión: aumento del número de policías, aumento de penas, aumento de reos en prisión preventiva, disminución de sustitutivos

penales, etc.

Como puede apreciarse, el costo social y económico de la suspensión de debates es muy grande, y justifica realizar todos los esfuerzos posibles para disminuirla, pues como indicamos es el punto más débil de la oralidad.

d) El dictado inmediato de la sentencia

Otro de los aspectos que debe tenerse presente cuando se implementa la oralidad, lo constituye la necesidad de que el fallo sea emitido por el Tribunal inmediatamente después de la deliberación, y que la redacción final no demore más allá de 3 o 5 días, según el plazo máximo que la ley establezca, bajo pena de nulidad.

Este es uno de los aspectos que más preocupa a los juzgadores, acostumbrados a sobrepasar los plazos que la ley establece para el dictado de la sentencia. Sin embargo resulta de mayor conveniencia exigir que esos plazos sean cumplidos bajo pena de nulidad, de manera que si se superan debe repetirse el juicio, con la finalidad de que los juzgadores se acostumbren a cumplirlos, porque la práctica ha demostrado que sí pueden hacerlo.

En efecto, en la experiencia costarricense, siguiendo al Código Procesal de Córdoba, se exige que la sentencia deba dictarse inmediatamente después de concluida la deliberación, y sólo en los casos complejos se autoriza para que la redacción final (y también la lectura integral que equivale a la notificación) pueda postergarse hasta por tres días hábiles.

Los jueces han logrado cumplir ese objetivo, pese a que entre una lectura integral de una sentencia y otra han realizado otros juicios, lo que algunos cuestionan.

La jurisprudencia de la casación penal costarricense ha tenido dos posiciones sucesivas en relación con esta exigencia. En una primera etapa el criterio fue muy rígido. Bastaba que el fallo no estuviere totalmente listo, pasado en limpio y con la firma de todos los jueces que integraron el Tribunal, para que fuera suficiente la nulidad tanto de la sentencia cuanto del debate. Unas horas de atraso bastaban para que aquel juicio oral debiera repetirse en forma integral.

En ese sentido la Sala de Casación Penal llegó a afirmar lo siguiente: "... en definitiva el

a-quo confeccionó y firmó la sentencia documento fuera del término fijado por el artículo 396 párrafo primero en relación al 421 del Código de Procedimientos Penales, proceder que acarrea la nulidad tanto del debate mismo como del fallo de instancia, toda vez que implica una ruptura de los principios de inmediación de la prueba, concentración del juicio y su oralidad, normas de obligado acatamiento en el sistema procesal actual vigente. Se declara con lugar el reclamo y se anulan tanto la sentencia como el debate que la precedió, ordenándose el reenvío de este asunto a la oficina de origen para su nueva sustanciación...⁴⁸

Esta posición de la casación penal hizo que los jueces debieran ajustar su conducta, modificando su actitud respecto del sistema procesal anterior. Para la gran mayoría de causas el tema fue pacífico, porque la sentencia podía ser redactada en esos plazos sin mayores problemas.

Sin embargo años después comenzaron a surgir problemas con algunos procesos de mayor complejidad y de más duración, en los cuales se había recibido gran cantidad de pruebas, debían examinarse muchos documentos, así como también debían resolverse una serie de aspectos jurídicos que dificultaban tener un fallo listo en un plazo perentorio e inflexible de tres días. Ello hizo que se recurriera a una serie de prácticas, para hacer realizable el dictado de la sentencia en forma adecuada. Una de esas prácticas consistió en solicitarle a las partes si estaban de acuerdo en que el Tribunal se tomara unos días más para dictar la sentencia, los cuales siempre se concretaban en el caso concreto, y por lo general no pasaban de 10 o 15 días, admitiendo una especie de consentimiento del vicio que impedía reclamarlo en casación.

Posteriormente, en una segunda etapa, los criterios en Casación no fueron tan rígidos. Ante la afluencia de nuevos casos de excesiva complejidad, y observando que en algunos de ellos no se afectaban los derechos de los sujetos del proceso cuando el Tribunal no tenía lista la sentencia en los plazos establecidos, siempre que se tratara de una situación totalmente excepcio-

nal, por la complejidad del asunto y además, que al final la sentencia hubiere estado disponible en un plazo razonablemente muy breve, la casación vino a señalar que si bien había un vicio procesal, no era de tal magnitud que justificara la nulidad de la sentencia. Para esos efectos afirmó la Sala Penal: "... recientemente la Sala Constitucional dispuso (ver Voto N° 1502-92 de las catorce horas del diez de junio de este año) ante una aclaración que gestionó la Sala Tercera (de Casación Penal), que es posible subsanar algunas deficiencias relativas a la lectura de la sentencia (que implica su notificación oral para los que hubieren intervenido en el debate). Lo anterior para que, por vía de excepción, se permita, mediante la notificación posterior, corregir el defecto que se comenta, lo cual debe ser apreciado en cada caso por la Sala Penal con fundamento en sus propias potestades" ya que no se estaría ante un problema de constitucionalidad sino de legalidad, en la medida en que establecidas genéricamente por esta Sala (la Constitucional) las reglas que interesan, se garantice el cumplimiento de los derechos fundamentales de cada individuo" (lo que está entre paréntesis no es del texto original). Como puede observarse, la Sala Constitucional determinó, como tesis de principio, que siendo el problema aquí comentado -bajo las circunstancias que se expusieron- una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad, es posible que la Sala Tercera (de Casación Penal) examine cada caso concreto, para que, de conformidad con su propio criterio, determine si es posible que se pueda subsanar el defecto, en la medida en que no se afecten los derechos fundamentales de los interesados. Tal planteamiento supone que solo por vía de excepción y bajo reglas de estricta rigurosidad puede admitirse -aunque "tolerarse" debería ser el término- el incumplimiento del acto procesal que aquí se discute. La regla genérica que con toda sapiencia contiene lo dispuesto por la Sala Constitucional, no puede extenderse más allá de lo racionalmente aceptable ni debe convertirse en una autorización "lato sensu" para que los jueces unipersonales evadan lo señalado

48. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 281-F de 9:28 hrs. del 14 de junio de 1991; y en el mismo sentido de la misma Sala, la sentencia N° 87-F de 16:15 hrs. del 22 de abril de 1987,-

por el artículo 421 de cita. Después de esa breve explicación, esta Sala estima que el presente es uno de esos casos excepcionales que se encuentra dentro de los parámetros analizados, por su especial complejidad, no solo por la extensión del fallo sino por la materia tan sensible de que trata (desobediencia precisamente a una resolución de la Sala Constitucional); que no se observa violación alguna al derecho de defensa en lo que se refiere a la notificación del fallo desde que, como se dice en la constancia antes indicada, aquél se encontraba "listo en borrador" a la hora dispuesta para su lectura (lo que implica que el juez dictó sentencia inmediatamente después del debate) y el imputado fue puesto en conocimiento de lo resuelto, así como los demás interesados, teniendo oportunidad de ejercer su derecho de recurrir como ciertamente hizo. Dentro de tal panorama resulta incuestionable que se alcanzaron los efectos del acto que se discute y que de la situación aquí examinada -dadas sus especiales características- no derivaría más que una nulidad por la forma (nulidad por la nulidad misma, esto es, sin perjuicio o interés real) que no debe prevalecer en este particular asunto. Por todo lo anterior, los suscritos Magistrados concluimos en que debe denegarse el reclamo, no sin antes llamar la atención a los funcionarios involucrados para que cumplan las reglas de juicio anteriormente comentadas..." (Hay voto salvado del Magistrate Chaves)⁴⁹.

La Casación advirtió que si bien la práctica judicial había impuesto que la parte dispositiva de la sentencia debía dictarse el mismo día de clausurado el debate, lo cierto era que esa parte debía dictarse el mismo día que clausuraban la deliberación.

Para esos efectos debe diferenciarse el día que se clausura el debate, con el día que se clausura la deliberación. Así, utilizándose el argumento de la deliberación (que inicia después de la clausura del debate y se mantiene por todo el tiempo necesario, de manera ininterrumpida, salvo por razones fisiológicas y para descansar)

el Tribunal podía atender el dictado de la sentencia de manera que cuando concluyera de deliberar tuviera una sentencia lista para ser leída a los comparecientes. Desde luego que prácticamente en casi todos los casos, con poquísimas excepciones, la deliberación se realiza en poco tiempo, por espacio de una o dos horas, de manera que más del 98% de los juicios la parte dispositiva del fallo se dicta el mismo día en que se clausura el debate, porque también ese mismo día inicia y concluye la deliberación, y la sentencia integral se tiene lista dentro de los tres días siguientes.

En tal sentido la Casación Penal afirmó que "... para la emisión de la sentencia de instancia importan cuatro momentos procesales: **el debate**, que podría comprender una o más audiencias de uno o más días; **la deliberación**, igualmente podría extenderse varias sesiones de uno o varios días; la lectura de **la parte dispositiva del fallo** para aquellos casos en que se posterga la lectura integral, que debe realizarse el día en que termina la deliberación; y **la lectura integral del fallo**, para cuando no se leyó inmediatamente después de concluida la deliberación, la cual puede diferirse hasta por tres días, cuando ello es necesario por lo complejo del caso o lo avanzado de la hora, con el fin de redactar el fallo... En consecuencia, de acuerdo con esas disposiciones, la deliberación de los jueces para decidir el mérito debe iniciar apenas terminado el debate, y continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias, de manera que puede extenderse -como se indicó- a una o varias audiencias de uno o varios días, sin que ello implique que se afecta la continuidad del acto. Ahora bien, en el evento de que la deliberación se prolongue varios días, éstos deben ser consecutivos y los juzgadores no pueden intervenir o resolver otros asuntos durante todo el tiempo que dure, porque la deliberación es continua, salvo cuando por alguna de las causas justificadas deba interrumpirse. Desde luego que la posibilidad de extender la deliberación durante varios días -como también ocurre con

49. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 496-F de 11:30 hrs. del 23 de octubre de 1992.- En igual sentido véanse las sentencias N° 546-F de 9:05 hrs. del 13 de noviembre de 1992; y N° 423-F de 9:10 hrs. del 29 de julio de 1993.-

los debates- debe utilizarse sólo en aquellos casos en que lo justifique la complejidad del asunto a decidir, guardando una proporción razonable con esa complejidad, sin que pueda extenderse en forma arbitraria por el juzgador, para casos simples que pudieron ser resueltos el mismo día de concluído el debate. De lo anterior derivan las siguientes conclusiones: (i) la deliberación debe dar inicio inmediatamente después del cierre del debate; (ii) la duración está regulada en el párrafo final del artículo 392 que remite al 361, de manera que la deliberación puede prolongarse todas las sesiones consecutivas que sean necesarias; (iii) el plazo para concluir la deliberación debe guardar relación y proporcionalidad con la naturaleza del asunto a decidir; (iv) mientras dura la deliberación, los juzgadores no pueden intervenir en otros asuntos, salvo que ya haya concluído ésta; y (v) la deliberación puede suspenderse hasta por un plazo de diez días y las causales son establecidas en el artículo 392, de modo que únicamente son la fuerza mayor y la enfermedad de alguno de los jueces...⁵⁰

Debe tomarse en cuenta que cuando se habla de una sentencia lista, se refiere a una sentencia pasada en limpio, debidamente firmada por los integrantes del Tribunal. Ya ocurrió que algunos jueces entendieran que podía tratarse de un borrador. En realidad hay que tomar en cuenta que las exigencias de la redacción pueden cumplirse en el tiempo que se brinda. Es perfectamente posible hacer una sentencia dentro de los plazos establecidos. Es probable que no se pueda hacer un trabajo extenso, excesivamente documentado con doctrina y jurisprudencia, pero sí el suficiente para cumplir con los deberes exigidos por la Constitución y la ley respecto de la fundamentación: exposición de la acusación; una relación clara precisa y circunstanciada de los hechos probados; un resumen del contenido de la prueba oral; un análisis de todos los elementos de prueba esenciales incorporados al proceso; una adecuada justificación de todas las conclusiones fácticas del tribunal, indicándose el sustento probatorio de cada una de ellas; un análisis jurídico sobre cada uno de los aspectos básicos, en especial respecto de las normas aplicables, la calificación legal, la pena, las consecuencias civiles del hecho, etc.-

50 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 526-F de 9:05 hrs. del 22 de octubre de 1993.-

BIBLIOGRAFIA

- ANTILLON MONTEALEGRE, Walter. Del proceso y la cultura. En Revista de Ciencias Jurídicas N° 63, mayo-agosto 1989. San José
- BETTIOL, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal. Bosch, Barcelona, 1977.
- BINDER, Alberto. Justicia penal y estado de derecho. Ad-hoc, Buenos Aires, 1993
- BINDER, Alberto. Crisis y transformación de la justicia penal en latinoamérica, en "Reformas Procesales en América Latina. La oralidad en los procesos" Corporación de Promoción Universitaria, Chile, 1993.
- BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1993.
- CAFFERATA NORES, José I. Juicio penal oral, en "Temas de Derecho Procesal Penal", Depalma, Buenos Aires, 1988.
- CAFFERATA NORES, José I. La prueba en el proceso penal. Depalma, Buenos Aires, 2° ed., 1994.
- CASTILLO GONZALEZ, Francisco. El principio de intermediación en el proceso penal costarricense, en Revista Judicial N° 29, junio de 1984. San José.
- CAVALLARI, V. Principio del contraddittorio. Diritto Processuale Penale, Enciclop. del Diritto, Milano, Vol. IX, 1961.
- CLARIA OLMEDO, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal. Ediar, tomo VI, Buenos Aires, 1966.
- CONSO, G. Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano, en "Riv. Italiana di diritto e procedura penale", Milano, 1966.
- CRUZ CASTRO, Fernando. El proceso penal y el principio de oralidad. Conferencia pronunciada en Ciudad de Guatemala, 1994.
- DE LA RUA, Fernando. La sentencia. El Juez y la Sentencia, en "Proceso y Justicia", Lerner, Buenos Aires, 1980.
- DALL'ANESE RUIZ, Francisco. Falta de fundamentación de la sentencia y violación de las reglas de la sana crítica, en "Ciencias Penales", N° 6, San José, 1992.
- GIMENO SENDRA, Vicente. Los principios del procedimientos penal, en "Derecho Procesal, Tomo II, vol I. El proceso penal (1). Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.
- GONZALEZ, Daniel y HOUED V., Mario. Algunas consideraciones sobre la evolución de la casación penal, pendiente de publicación en el próximo número de la Revista Ciencias Penales, San José, 1995.
- GONZALEZ ALVAREZ, Daniel y ARROYO GU-TIERREZ, José Manuel. Principios y Ventajas del Sistema Procesal Mixto Moderno. Ilanud. San José, 1991.
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés. La sentencia penal. en "El Juicio oral en el proceso penal", Editorial Comares, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Madrid.
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, en "Doxa", N° 12, 1992.
- MAIER, Julio B.J. Democracia y administración de justicia penal en iberoamérica, en "Reformas Procesales en América Latina. La oralidad en los procesos" Corporación de Promoción Universitaria, Chile, 1993.
- MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal Argentino. Hammurabi, tomo I, vol. b, 1989.

- MORA MORA, Luis Paulino. La importancia del juicio oral en el proceso penal. En "Ciencias Penales" N° 4, junio 1991, San José.
- MORA MORA, Luis Paulino y GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina, en "Un Codice Tipo di Procedura Penale per l'América Latina". Consiglio Nazionale Delle Ricerche, Roma, 1991.
- ODERIGO, Mario A. El Lenguaje del proceso. Depalma, Buenos Aires, 1961.
- PACHECO G., Máximo. Los Derechos Humanos. Documentos Básicos. Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1987.
- PASTOR, Daniel R. ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos no "convencionales"? En "Delitos no convencionales", Julio Maier compilador, editorial del Puerto, Buenos Aires, 1994.
- RIVADENEIRA PRADA, Raúl. Periodismo. La Teoría general de los sistemas y la ciencia de la comunicación. Ed. Trillas, México, 2ª reimpresión, 1983.
- SCHMIDT, Eberhard. Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957
- SORIA, Carlos. Derecho a la Información y derecho a la honra. A.T.E., Barcelona, 1981.
- TREJO, Miguel; SERRANO, Amando; RODRIGUEZ, Delmer; CAMPOS, José D. En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño. Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador, 1994.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal. 2ª ed. tomo II. Buenos Aires, 1969.
- ZAFFARONI, Eugenio R. Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. (Informe Final 1982-1986) Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Depalma, 1986.
- JURISPRUDENCIA:
- Sala Tercera de la Corte Suprema. Sentencia N° 87-F de 16:15 hrs. del 22 de abril de 1987.-
- Sala Tercera de la Corte Suprema. Sentencia N° 281-F de 9:28 Hrs. del 14 de junio de 1981.
- Sala Tercera de la Corte Suprema. Sentencia N° 496-F de 11:30 Hrs. del 23 de octubre de 1992.
- Sala Tercera de la Corte Suprema. Sentencia N° 546-F de 9:05 Hrs. del 13 de noviembre de 1992.
- Sala Tercera de la Corte Suprema. Sentencia N° 423-F de 9:10 Hrs. del 29 de julio de 1993.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente

Cecilia Sánchez Romero*

CONTENIDO

RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

A- DERECHO PENAL

- 1- ABUSOS DESHONESTOS - La naturaleza del destrozo de vestimenta en contexto de agresión sexual permite establecer consumación de ilícito.
- 2- AGENTE ENCUBIERTO Y AGENTE PROVOCADOR - Consideraciones sobre sus diferencias.
- 3- AGRESION CON ARMA - Alcances del concepto "objeto contundente".
- 4- ALEVOSIA - El acecho no es requisito indispensable para su configuración.
- 5- ALEVOSIA - Requisitos del examen de tipicidad subjetiva y objetiva para establecer su existencia.
- 6- APLICACION DE LA LEY PENAL COSTARRICENSE - Estafa mediante cheque - Recibo de bienes en territorio nacional pese a pago con cheque sin fondos en el extranjero.
- 7- COHECHO PROPIO - Consideraciones sobre el significado y alcances del término "permittere" contenido en el tipo - Posibilidad de que la Sala dicte un procesamiento.
- 8- COHECHO PROPIO - Consumación no requiere aceptación de la dádiva o ventaja indebida.
- 9- COMISO DE BIENES PROVENIENTES DEL NARCOTRAFICO - Alcances.
- 10- COMISO DE BIENES PROVENIENTES DEL NARCOTRAFICO - Posibilidad de anular sentencia por falta de fundamentación y resolver sobre devolución de bienes.
- 11- CORRUPCION - Innecesario resultado material para configurar el delito.
- 12- CORRUPCION AGRAVADA - Presencia voluntaria de madre de menor ofendida mientras se realizaban los actos corruptos la convierte en coautora.
- 13- DENUNCIA CALUMNIOSA - Requisitos del tipo.
- 14- DESACATO Y RESISTENCIA - Diferencia en cuanto al bien jurídico tutelado en ambas figuras.
- 15- ENRIQUECIMIENTO ILICITO - Guarda de colegio que vende exámenes a los estudiantes.
- 16- ENSAÑAMIENTO - Elementos que lo definen.
- 17- ENSAÑAMIENTO - Elementos que lo definen.
- 18- ERROR DE TIPO - Inexistencia por no haberse demostrado falso conocimiento o Ignorancia de los elementos típicos.
- 19- ESTAFA - Cómputo de la prescripción tratándose de un ilícito permanente vinculado a un ejercicio ilegal de la profesión.
- 20- FIJACION DE LA PENA - La existencia de antecedentes penales por sí sola no justifica aplicación de pena más grave.
- 21- FRAUDE DE SIMULACION - Traspasos aparentes de bienes para evitar liquidación de gananciales.
- 22- HOMICIDIO CALIFICADO - Muerte ocasionada para consumar robo.
- 23- HOMICIDIO CULPOSO - Alegato sobre costumbre de navegación fluvial nocturna sin señales luminosas que está en contradicción con el ordenamiento jurídico.
- 24- HOMICIDIO CULPOSO - Caso fortuito por desperfecto en frenos excluye responsabilidad pese a infracción de tránsito por viajar personas fuera de la cabina.

* Directora del Centro electrónico de Información Jurisprudencial.

25- HURTO - Apoderamiento de reloj de persona fallecida.

26- HURTO DE TITULO VALOR - Independencia de la falsificación y uso posterior del documento.

27- INFRACCION A LA A LEY DE PROTECCION DE FAUNA SILVESTRE - Inexistencia de actos ejecutivos propios de la caza - Sanción de multa como pena principal impide aplicar prisión.

28- LEGITIMA DEFENSA - Consideraciones sobre sus requisitos.

29- LESIONES GRAVES - Lanzamiento de piedras junto con varias personas para lesionar a otro implica aceptación del resultado lesivo.

30- NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA - Agresión y amenazas a concubina para obligarla a introducir droga en el penal.

31- PECULADO - Irrelevancia de la naturaleza pública o privada de bienes entregados en custodia al funcionario.

32- PIRATERIA - Omisión de portar cartas de navegación provocadora de explotación ilegítima de riquezas ictiológicas.

33- POLICIA MUNICIPAL - Carácter de policía administrativa - Validez de su intervención frente a un hecho flagrante.

34- PRIVACION DE LIBERTAD AGRAVADA - Acuerdo de voluntades que se manifiesta en diversos actos independientes pero con una misma finalidad excluye concurso material.

35- ROBO AGRAVADO - Alcances del concepto "fractura de puerta".

36- ROBO AGRAVADO - Aplicación de teoría de la disponibilidad para definir consumación.

37- ROBO AGRAVADO - La violencia sobre las personas no necesariamente debe ser efectiva y actual.

38- ROBO AGRAVADO - Posibilidad de disposición de los bienes excluye tentativa.

39- SUMINISTRO DE DROGAS - Ofrecimiento ocasional de droga para consumo excluye riesgo para el bien jurídico tutelado.

40- TENTATIVA DE EXTORSION - Necesidad de arrepentimiento activo en los casos de tentativa acabada.

41- TRAFICO INTERNACIONAL DE DROGAS - Innecesario cumplimiento de totalidad de plan propuesto para tenerlo por configurado.

42- USO DE DOCUMENTO FALSO CON OCASION DE ESTAFA - Contenido volitivo de la acción generalmente no tiene prueba directa.

43- VIOLACION - Lo determinante de la intimidación es su idoneidad para reducir la oposición de la víctima y por ello debe analizarse en cada caso.

B- DERECHO PROCESAL PENAL

44- ACCION CIVIL RESARCITORIA - Excepción de falta de personería es de resolución previa - Innecesario aportar prueba que ya consta.

45- ALLANAMIENTO - Necesario cumplimiento de garantías procesales - Naturaleza espuria de prueba obtenida a través de diligencia ilegítima.

46- ALLANAMIENTO - Obligación de respetar garantía constitucional - Nulidad de actos dependientes de diligencia irregularmente practicada.

47- APELACION CONTRA AUTO DE ELEVACION A JUICIO - Omisión de audiencia al Ministerio Público genera nulidad absoluta.

48- CASACION POR LA FORMA - Casos en que resulta innecesario el reenvío y la Sala entra a resolver el fondo.

49- CITACION DIRECTA - Aplicación a los casos de flagrancia resalta los principios del sistema acusatorio.

50- CITACION DIRECTA - Casos de flagrancia en que resulta aplicable.

51- CITACION DIRECTA - Obligación ineludible de notificar requerimiento fiscal.

52- CORRELACION ENTRE ACUSACION Y SENTENCIA - Introducción al proceso de circunstancia agravante - Formulación de recurso por el fondo permite resolver sin ordenar el reenvío.

53- CORRELACION ENTRE ACUSACION Y SENTENCIA - Omisión de señalar contenido de acusación o remisión a citas de folios donde se localiza el requerimiento no siempre provoca nulidad.

54- COSTAS PROCESALES - Validez de fijación basada en prueba no incorporada al debate.

55- DECLARACIONES ANTE LA POLICIA - Sentencia basada en versión de la policía sobre supuesta declaración de personas no traídas al proceso es absolutamente nula.

56- DENUNCIA - Valoración como acto procesal - Abstención del ofendido para declarar no implica desaparición de la instancia.

57- DERECHO DE ABSTENCION - Parentesco entre primos hermanos está fuera del privilegio.

58- FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA - Omisión de dar cuenta del contenido de las Indagatorias viola el derecho de defensa y el debido proceso.

59- FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA - Requisitos para que la fundamentación jurídica sea completa.

60- GARANTIAS PROCESALES - Deber de observarlas rigurosamente en cualquier instancia.

61- IN DUBIO PRO REO - Aplicación por parte de la Sala frente a duda sobre connotación sexual de tocamiento.

62- IN DUBIO PRO REO - Posibilidad de análisis en casación.

63- INCORPORACION DE INDAGATORIA - Validez por obedecer a un acto propio de libertad del imputado

64- INHIBITORIA - Juicio de certeza emitido en procesamiento impide a juez instructor integrar tribunal de juicio.

65- INTEGRACION DEL TRIBUNAL CON UN ANTERIOR REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PUBLICO - La formulación de requerimiento de instrucción contiene valoración de fondo que amerita inhibitoria como juez.

66- MANIFESTACIONES EXTRAPROCESALES - Casos en los que resulta admisible su valoración probatoria.

67- MANIFESTACIONES EXTRAPROCESALES - Inexistencia de relación con derecho de abstención - Posibilidad de declarar sobre lo dicho por pariente que se abstuvo.

68- NULIDAD DE SENTENCIA - Omisión de firma del fallo integral y ausencia a lectura.

69- PRINCIPIO DE IDENTIDAD FISICA DEL JUEZ - Integración distinta del tribunal para la lectura integral de la sentencia no afecta garantías procesales.

70- PRORROGA EXTRAORDINARIA - Improcedencia de su revocatoria para dictar un procesamiento.

71- PRUEBA - Necesaria evacuación de toda la ofrecida salvo manifiesta impertinencia - Presencia de testigo en sala de debate no excluye su declaración.

72- PRUEBA DOCUMENTAL - Posibilidad de ordenar prueba en casación para constatar documento que no reúne formalidades legales.

73- PRUEBA DOCUMENTAL - Posibilidad de que la Sala solicite cualquier certificado que pretenda aclarar los términos de un documento público.

74- PRUEBA SOBRE ESTADO CIVIL DE EXTRANJERO NO INSCRITO - Aplicación del principio de libertad probatoria.

75- RECURSO DE CASACIÓN - Efectos de interposición subsidiaria respecto de incidente de nulidad de notificación.

76- RECURSO DE CASACION - Constitucionalidad de las condiciones de interposición - Imposibilidad de adicionar nuevos motivos.

77- SENTENCIA - Omisión de firma - Necesario cumplimiento de las obligaciones que competen al juez.

A- DERECHO PENAL

1- ABUSOS DESHONESTOS - La naturaleza del desrozo de vestimenta en contexto de agresión sexual permite establecer consumación de ilícito.

"[...], "abusar deshonestamente" es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo -desde un punto de vista objetivo (basta con que el acto sea objetivamente impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en una cultura dada, siendo irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor o que la víctima tenga o no conciencia de lo que el hecho significa)- contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello, entre otras hipótesis legales, de violencia corporal o intimidación. A lo anterior debe agregarse que el bien jurídico tutelado por el tipo de abusos deshonestos es la esfera de reserva, decoro, pudor y libertad sexual de

las personas contra las acciones que puedan lesionarlo. En el presente caso se constató la existencia de una verdadera agresión sexual, realizada por el acusado contra la ofendida, pues la acometió "avalanzándose" sobre ella en el asiento del carro, "desgarrándole la ropa y tocándole su cuerpo", mediante violencia corporal (por la lucha cuerpo a cuerpo ya descrita) e intimidación (por la exhibición del arma de fuego), diciéndole que quería "meterle un dedito", se entiende -dado el contexto- que en la vagina o en el ano, todo lo cual lesionó severamente la esfera de reserva, decoro, pudor y libertad sexual de la víctima. Vale la pena destacar que en este caso no solo hubo contacto físico entre los sujetos activo y pasivo -violencia que objetivamente es de carácter sexual-, sino que además fueron desgarradas las ropas de la ofendida, lo cual implica objetivamente, de por sí -dado el contexto-, la violación de la reserva y pudor que funcionalmente protege la ropa. Según los estudios de la conducta humana: "...básicamente, la ropa que nos ponemos cumple tres funciones: comodidad, pudor y apariencia (...) la ropa, además de protección contra el tiempo, protege nuestro pudor; en este aspecto, su misión es disfrazar ciertas señales corporales. Desde que el hombre

camina erecto no puede evitar la realización de una exhibición sexual cuando encuentra a un semejante (...) Si el hombre desea evitar la descarada presentación de sus partes pudendas, no tiene más remedio que esconder esa zona de alguna forma; esto explica que la cobertura mínima, el "taparrabos", sea el elemento más internacional en el vestir humano, el último que se quita cuando uno se despoja de sus ropas. Un factor adicional a favor del pudor en el vestir es el dramático incremento de la población. Después de vivir millones de años en mínimos grupos tribales, el hombre se mueve ahora en muchedumbres urbanas, rodeado por gente en su mayoría extraña, por lo que las señales sexuales tienen que reducirse al mínimo.

Incluso en países cálidos la cobertura del cuerpo abarca mucho más que la zona genital y la razón es clara: el cuerpo humano es una masa de señales del género a que pertenece; cada curva del cuerpo, cada forma o prominencia transmite sus señales básicas a los ojos del interesado... En ambos casos esos elementos visuales son, en potencia, excitantes para el sexo contrario. Si se quiere disminuir un impacto no hay más remedio que disimularlos lo más posible. En épocas diferentes y distintos países las reglas sociales del pudor han variado, pero el principio básico continúa siendo el mismo» (MORRIS, Desmond: Señales vestuarias, texto reproducido en la antología *Cultura y Signos: La Humanidad y su Entorno Hoy*, Universidad de Costa Rica, 1994, págs. 82 a 85).

La anterior cita plantea e ilustra muy bien la función que cumple la ropa en la tutela del pudor, de la esfera de reserva, decoro y libertad sexual de las personas (además de brindarles comodidad y apariencia -status social-), que a su vez es el bien jurídico tutelado por el tipo penal en comentario. Por muchas razones se puede explicar que un sujeto rompa las vestimentas de otra persona, como sucede cuando un médico recibe en emergencia un herido de gravedad o cuando las ropas se desgarran con motivo de una lucha cuerpo a cuerpo, o cuando se rompen por el mero deseo de causar un daño. Pero cuando las ropas se destrazan en el contexto de una agresión sexual, como en el presente caso, en que el autor, contra la voluntad de su víctima, se valió de su fuerza para desgarrar con sus manos parte de la vestimenta de aquella, para "meterle el dedito", la acción es de por sí abusiva y deshonesta, como se dijo anteriormente, porque efectivamente violenta el bien jurídico tutelado. Por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la verdadera calificación jurídica del hecho debe ser la de Abuso deshonesto consumado y que como tal debió sancionarse, sin embargo, por imperativo del artículo 459 del Código de Procedimientos Penales -en vista de este recurso formulado por la defensa-, la resolución no puede ser casada en perjuicio del imputado en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados, por lo que, resolviendo el hecho de acuerdo con la ley aplicable, únicamente procede recalificar los hechos como constitutivos del delito de abusos deshonestos cometido por R.R.V. en perjuicio de L.M.B., pero declarando sin lugar la pretensión formulada por el recurrente, para que sea absuelto de toda pena y responsabilidad a su patrocinado."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 329-F de las 15,40 hrs. del 8 de junio.

2- AGENTE ENCUBIERTO Y AGENTE PROVOCADOR - Consideraciones sobre sus diferencias.

"Como primer agravio del recurso por vicios in procedendo interpuesto por la defensa del imputado J.C.M.G., se acusa la inobservancia de los artículos 393, párrafo segundo, y 400, inciso 2º del Código de Procedimientos Penales, por violación a las reglas de la sana crítica racional, toda vez que -alega la defensa- el Tribunal de mérito obtiene certeza sobre la participación de su patrocinado en el almacenamiento y tráfico de drogas por el mero hecho de que dentro de un operativo policial, en el cual no figuraba M.G., en forma circunstancial su defendido se ve envuelto en este problema, sin que exista más prueba en su contra que ese mero acto policial consistente en el llamado delito experimental, el cual, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, puede constituir prueba pero no puede ser considerado como un delito en sí. A efecto de resolver este agravio es necesario repasar las siguientes consideraciones jurisprudenciales: «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 validamente 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 participes 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 conducimos 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 afirme 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 ciertas 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» (Sala Tercera, V-22-F de las 9:20 horas del 20 de enero de 1995). Conforme al hecho que fue objeto de la acusación, el fin del presente proceso no es reprochar al imputado M.G. el hecho de haber vendido droga al agente encubierto L.C.C., sino la

circunstancia de poseer en la casa -junto a los otros acusados- droga para el tráfico, suceso del cual tenía conocimiento la policía y que fue corroborado por la investigación y acción policial, a raíz de la cual fue decomisada en la vivienda la droga que ahí se mantenía, así como otros artículos utilizados para el almacenamiento, empaque o distribución de aquella, de manera que la valoración de la prueba testimonial y documental realizada por el Tribunal de mérito no violenta las reglas de la sana crítica racional. Por todo lo expuesto se declara sin lugar el reclamo."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 366-F de las 9,05 hrs. del 30 de junio.

3- AGRESION CON ARMA - Alcances del concepto "objeto contundente".

"[...], el a quo tuvo por demostrado que el justiciable cuando conversaba con la trabajadora social A.S. "procedió a lanzarle sobre sus piernas un escritorio que lo separaba de ella lo que hizo sobre sus rodillas causándole moretones y molestias en sus miembros inferiores" [...]. En otro orden de cosas, ya esta Sala ha señalado que "Cuando la norma 140 del Código Penal utiliza la terminología "objeto contundente", introduce en el tipo un elemento normativo que requiere de una valoración jurídica dependiente del intérprete. Objeto contundente es el que, utilizado para un acometimiento, podría producir un daño en el cuerpo de la persona y dejar o no evidencia externa. Entonces, jurídicamente entendida, la contundencia de una cosa se debe en primer lugar a la finalidad de quien la emplea, esto es para golpear a la víctima; y en segundo término, a la posibilidad de que tal uso pueda causar un daño en los términos antes dichos. La contundencia no puede depender de un aumento del poder ofensivo, que naturalmente tiene quien utiliza el objeto, pues tal razonamiento conduciría a absurdo." (Sala Tercera, V-543-F de las 8:50 hrs. del 13 de noviembre de 1992). De manera que independientemente de que el imputado pudiese optar por agredir a la perjudicada por otros medios, lo cierto es que se logró demostrar que utilizando el escritorio (objeto contundente), lo lanzó contra la humanidad de la señora S.S. Impactándola en sus piernas, acción que encuadra en la figura típica de la Agresión con Arma."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 375-F de las 15,30 hrs. del 30 de junio.

4- ALEVOSIA - El acecho no es requisito indispensable para su configuración.

"Alegando violación del artículo 112 inciso 3 del Código Penal, el representante del Ministerio Público reclama que no se tuviera los hechos probados como constitutivos del ilícito de Homicidio Calificado, siendo que se tiene por demostrado que el encausado actuó sobreseguro. En la sentencia, el a quo tiene por comprobado que el imputado ubicó al ofendido desde la puerta del bar, lugar en que hizo los disparos que concluyeron con la vida de aquel [...].

Lleva razón el recurrente. Erróneamente el tribunal de juicio descarta la existencia de la alevosía por no haber existido acecho, asimilando ambos términos, cuando en realidad el acecho puede ser una forma de alevosía, mas no toda alevosía es acecho. Entendida aquella como una forma de realizar el tipo básico (homicidio), procurando minimizar el riesgo para el agente que implicaría una eventual reacción defensiva de la víctima o un tercero (ver voto de esta Sala número 27-F de las 8:45 del 21 de enero de 1994), se nota cómo pueden surgir otras hipótesis en que tal propósito se logre sin tener que recurrir al acecho. En el presente asunto, obviamente la agresión dirigida contra el occiso, quien se encontraba ingiriendo licor en un bar, fue inesperada, o imposibilitó la reacción de éste u otra persona, máxime si se toma en cuenta que los disparos se efectúan, según el fallo, una vez localizado el ofendido por el recién llegado, desde la puerta del local, lo que disminuye aún más la previsibilidad de la acción y la posibilidad para el agraviado de defenderse o para un tercero de evitar la agresión. Así las cosas, se constata entonces que efectivamente el homicidio cometido, según lo tuvo por demostrado el tribunal, fue calificado por la alevosía."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 297-F de las 9 hrs. del 26 de mayo.

5- ALEVOSIA - Requisitos del examen de tipicidad subjetiva y objetiva para establecer su existencia.

"El defensor público del imputado, reclama errónea aplicación del artículo 112 inciso 3), e inaplicación de los artículos 1, 11, 16, 20 y 111, todos del Código Penal, y, 393 del Código de Procedimientos Penales. Analizando el defensor, con apoyo en la doctrina y jurisprudencia que invoca, los requisitos objetivos y subjetivos para la concurrencia de la alevosía y el ensañamiento, alega que tales requisitos no se produjeron en este caso, solicitando, por tanto, la recalificación al delito de homicidio simple. Sin embargo, la Sala no participa de la tesis del defensor. En cuanto a la agravante de la alevosía ya prevista ha señalado que: La voz «alevosía» (a la que alude directamente -o por relación- nuestro Código Penal en sus artículos 112, 126, 137, 140 párrafo segundo y 141 párrafo segundo) se entiende, comúnmente, como la "cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo del delincuente..." y en modo adverbial («con alevosía») como "A traición y sobre seguro" (así, Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española y el Diccionario Enciclopédico de la Editorial Océano). La idea fundamental de la alevosía es el empleo procurado o aprovechado de circunstancias de hecho conforme a las cuales el agente asegura la realización del hecho sin peligro o riesgo para su persona ante la reacción que pueda provocar su ataque, es decir, su fundamento radica en "la mayor facilidad para realizar el delito y la menor posibilidad de defensa contra el mismo" (ANTON ONECA: Op. Cit., pág. 387), circunstancia que califica el delito en tanto acentúa lo injusto de la acción prohibida, por la forma intencional e inevitable en que se produce. De esta manera los suscritos Magistrados consideramos que la calificación de alevosía es de

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

Conforme a tales principios, no se puede calificar el homicidio por la sola circunstancia objetiva de que la víctima está en situación de indefensión, circunstancia que puede ser ajena por completo y aun contraria a la voluntad del autor e invencible, sino que además se requiere el haber buscado dolosamente esa situación o haberse aprovechado de ella en determinado momento, para evitar totalmente o minimizar a un grado inocuo la defensa de la víctima que es capaz y está en condiciones de oponerla o la defensa de un tercero que puede o debe hacerlo. A su vez, como consecuencia de la tipicidad objetiva, no se configura la alevosía cuando el sujeto cree erróneamente que actúa sobre seguro y objetivamente sobreviene una defensa efectiva contra su ataque, o cuando la indefensión no sea inicial sino sobreviniente, por lo que, v.gr., si se inició la lucha cuando la víctima podía defenderse y luego, caída y desarmada, continúa el reo la agresión; en ambos casos no se califica el hecho ya que la alevosía debe referirse a la totalidad del acontecimiento (unidad de acción) ...” (V-27 F, 8:45 hrs., 21/1/94).

II.- Delineadas así las características esenciales de la alevosía, del estudio de los fundamentos del recurso y de los de hecho y de derecho de la sentencia de mérito, conluye la Sala con los juzgadores de instancia en la existencia de dicha agravante en el presente caso. En efecto, en especial del hecho acreditado c), se obtiene que encontrándose el ofendido en el Bar [...], el día de los hechos, “ingiriendo licor y observando la televisión en compañía de algunos amigos, de pie, desarmado y dando su espalda hacia la puerta de ingreso, “de un pronto a otro”, (sic),

ingresó el imputado B.N., portando consigo el machete, le hizo alguna manifestación verbal referente a que así era como quería encontrarlo y de inmediato le propinó un primer machetazo cuando éste se está volteando, que lo tumbó al suelo, aprovechando el imputado para seguirle propinando machetazos en diversas partes de su cuerpo, ante las súplicas del ofendido quien le rogaba que no lo matara, no obstante el encartado continuó con su ataque, sin que los allí presentes pudieran socorrer al ofendido por la impresión causada frente a tales hechos.”. Luego, el siguiente hecho acredita la cantidad de heridas en las diversas partes del cuerpo del perjudicado, quien falleció cuando era trasladado al hospital. El Tribunal realizando una valoración congruente, señala cómo todos los testigos presenciales fueron contestes en que fue tal la rapidez de la acción del imputado, sea entre la manifestación verbal que le hizo al ofendido (“así era como quería encontrarlo”) y el propinarle el primer machetazo (“de inmediato”) por la espalda, cayendo al piso, seguido de los múltiples machetazos en diferentes partes del cuerpo de la víctima, pese a sus súplicas de que no lo matara, de modo que, racionalmente, ninguna posibilidad oportuna de auxilio pudieron los testigos realizar. Ahora, relativo al medio empleado: un machete; al modo: un primer machetazo por la espalda, seguido de otra cantidad en diferentes partes del cuerpo de la víctima ya éste en el suelo, el Tribunal se funda, básicamente, en lo declarado por los testigos G.C.N., R.A.D.D., M.C.V. y H.A.A. [...]. No cabe duda alguna de que el imputado aprovechó la circunstancia de encontrar de espaldas al ofendido para, a traición y sobre seguro, sea sin ningún riesgo para él ante una eventual defensa que pudiere haber ejercido la víctima o alguno de los presentes, dada la sincronización o lo inmediato entre la frase que le refirió al ofendido y el asestamiento del primer machetazo por la espalda, quien cae al suelo y en esa ubicación recibe otra serie de heridas cortantes en distintas partes de su cuerpo que instantes después le produjeron la muerte.

En tales circunstancias, bastó para la configuración de la agravante el haber aprovechado el imputado atacar por la espalda con un medio tan importante como lo fue el utilizado, y luego proseguir su despiadado ataque, ya en el suelo la víctima, quien le imploraba que no lo matara, no obstante continuó con su deliberado propósito al extremo de ocasionarle múltiples heridas (alrededor de treinta y cinco heridas, según indica el fallo, detalló el informe policial [...]), con las consecuencias conocidas, todo sin ningún riesgo para el autor que pudiere haber provenido del propio ofendido o de un tercero, situación jurídica que definitivamente es la que acentúa la configuración de la causal de agravación en estudio, pues aparte de que fue manifiesta la voluntad de causar la muerte, quedó evidenciado el propósito del agente de causarla en las señaladas condiciones. Hay pues suficientes fundamentos para concluir en que el ataque homicida fue súbito, sobre seguro, y tendió su ejecución a asegurarlo sin riesgo alguno para el imputado que pudiese provenir de la víctima como reacción defensiva. Lo que viene expuesto resulta bastante para rechazar los reproches del defensor, básicamente, en cuanto argumenta que no quedó demostrado “cuál fue la capacidad de respuesta del ofendido”, toda vez que

conforme a lo acreditado, no hubo mínima oportunidad defensiva de parte de la víctima por estar descuidada de la acción ventajosa y desprovista de peligro para el agresor, como racionalmente tampoco se podía exigir, dada la rapidez de la acción como se pretende un pronto auxilio al ofendido de parte de los testigos presenciales; e igualmente cabe desestimar el reproche en punto al requisito objetivo alegado en sentido de que, el actuar sobre seguro requiere una preordenación de la actividad del agente para actuar con esa seguridad, y que así, si se tuvo por demostrado que el imputado estuvo tomando licor desde muy temprano, cuando tuvo el primer enfrentamiento con el ofendido, por ello "Es de presumirse entonces que después de amarse siguió tomando o por lo menos estaba aún bajo los efectos del licor a la hora de ultimar a la víctima." (sic., recurso). En efecto, primero, no está acreditado que el imputado hubiese estado ingiriendo licor; segundo, obsérvese que lo propuesto (trozo entrecomillado), en realidad, no tiene fundamento en un hecho concreto, sino en una simple presunción, lo cual es improcedente, y a lo sumo (según los fundamentos del fallo que desacreditan estado ebrioso del imputado; [...]), incluso, luego de su acción ilícita, voluntariamente se presentó a la Delegación Cantonal e hizo entrega del arma se puede admitir que había ingerido licor, pero sin que ello fuese factor impeditivo del claro proceso deliberativo que conforma la agravante. En todo caso, los elementos concurrentes de la alevosía en el subjúdice, no requerían de una especial preordenación de actividad o preparación, porque el imputado deliberadamente se aprovechó de tales circunstancias."

1995.SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 127-F de las 9,15 hrs. del 10 de marzo.

6- APLICACION DE LA LEY PENAL COSTARRICENSE - Estafa mediante cheque - Recibo de bienes en territorio nacional pese a pago con cheque sin fondos en el extranjero.

"Como primer agravio del recurso por vicios in iudicando interpuesto por el Lic. D.A.G., apoderado de la actora civil -B.C.S.E. Inc. de Miami, Florida, U.S.A.-, contra la resolución del Tribunal Superior Cuarto Penal, N° 935-95 de las 15:15 horas del 31 de agosto de 1995, se acusa la inobservancia de los artículos 41 de la Constitución Política, 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6.1 del Código Penal, porque la decisión recurrida le impide a su representada el acceso a la justicia, respecto a un hecho delictivo (Estafa mediante cheque) que produjo sus resultados en territorio costarricense, concretamente el aprovechamiento económico que obtuvo el imputado como resultado de su conducta. Considera esta Sala que el reclamo es de recibo, por las siguientes razones. Los hechos acreditados en la resolución impugnada son los siguientes: «Primero: Que la empresa ofendida B.C.S.E. Inc. (...) se dedica a la venta de computadoras, y tiene su sede en la ciudad de Florida de los Estados Unidos de Norte América, siendo que el veintidós de enero de mil novecientos noventa y tres el encartado giró en ese país por concepto de pago adelantado de equipo de cómputo, los cheques número 273, 274 y 275 de su

cuenta corriente en el Banco Internacional de Costa Rica con sede en Miami, Florida por las sumas de \$5.000, \$5.000 y \$ 3950,76 respectivamente, a la orden su de dicha empresa conociendo que su pago se iba a frustrar porque su cuenta corriente carecía de fondos suficientes para el pago y con el propósito que se le enviara mercadería por parte de la empresa ofendida, como así sucedió (...) Segundo: Que dicha empresa no logró hacer efectivo los cheques aludidos, y en el mes de abril de mil novecientos noventa y tres por orden del banco BICSA, la cuenta corriente del encartado fue cerrada (...) Tercero: Que conforme a la certificación de movimientos migratorios, el encartado salió de Costa Rica el diecinueve de enero de mil novecientos noventa y tres e ingresó nuevamente el veintitrés de enero de ese mismo año" [...].

En el Código Penal, el delito de Estafa mediante cheque (artículo 221) no es otra cosa que una particular figura de Estafa (artículo 216), según lo admite la misma Exposición de motivos de ese texto legal. En este sentido, se ha señalado que: "La estafa mediante cheque es ante todo eso, una estafa, por lo que requiere que se den todos los elementos típicos de la estafa: el ardid (entregar un cheque sin fondos o cuyo pago...), el error (la creencia de que el cheque puede ser cambiado sin problemas), el perjuicio (realizar una prestación y no recibir pago a cambio) y el beneficio del agente (recibir la prestación sin retribuir lo debido). De este modo, si faltara uno de estos elementos no se configuraría el delito de estafa mediante cheque" (Hess Herrera, Ingrid y otros: Delitos contra la propiedad en Costa Rica, Investigación dirigida por Henry Issa El Khoury, Universidad de Costa Rica, 1992, pág. 174). Desde esta óptica, si el encartado recibió los bienes en nuestro país -como lo refiere la sentencia cuestionada- debe convenirse con el impugnante en que uno de los elementos del delito se verificó en territorio costarricense, concretamente la obtención del beneficio económico anti-jurídico, de manera tal que sí es posible incoar un proceso penal, conforme a la ley costarricense, al tenor de la relación que resulta de los artículos 6.1, 8 y 20 del Código Penal. En vista de ello, se declara con lugar el recurso de casación por vicios in iudicando interpuesto y resolviendo el caso de conformidad con la ley aplicable, se confirma la resolución del Juzgado Sexto de Instrucción de San José, de las 8:40 horas del 1° de junio de 1995, que declaró sin lugar la excepción de falta de acción interpuesta por la representante del Ministerio Público."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 29-F de las 14,55 hrs. del 29 de enero.

7- COHECHO PROPIO - Consideraciones sobre el significado y alcances del término "permisiere" contenido en el tipo - Posibilidad de que la Sala dicte un procesamiento.

"La Licda. M.S.M., como representante del Ministerio Público, acusa como primer motivo de su recurso por el fondo la inobservancia de los artículos 1, 30, 31, 54, 339 y 343 del Código Penal. Alega que en la sentencia de sobreseimiento que se impugnan en el punto 4) del Con-

siderando I, claramente se describe que los aquí encartados, L.B.O. y C.A.C., ofrecieron una considerable suma de dinero con la finalidad de que se cambiara el resultado de la alcoholemia practicada a un hijo del primero, a saber L.B.M., pero que, a pesar de ello, en el Considerando II (denominado «Respecto a la Participación de los Imputados L.B. y C.A.C.»), el Tribunal a quo estimó que: «...si tomamos en cuenta que en el sublite, nunca se llegó a concretar la entrega de dinero alguno por parte de los imputados B. y A. a los agentes del Organismo de Investigación Judicial, debemos de entender, que el tipo penal dicho [alude al artículo 343 del Código Penal], hace referencia dentro de sus elementos objetivos, que la conducta del sujeto activo en tal delincuencia debe circunscribirse en los verbos de "dar" o "permitir", sin que pueda entenderse el "prometer". Ahora bien de ser ciertas e imputables las conductas de los imputados B.O. y A.C., las mismas se podría ser [sic] subsumidas dentro del tipo penal dicho, ya que su proceder no encuadra dentro de ninguna de las conductas dichas de "dar" o "permitir", sino, en aquella promesa de dar una remuneración a cambio de la concesión de un acto [sic] contrario a sus funciones por parte de un funcionario público; deviniendo por ello, en atípico su proceder y no encuadrable en figura penal alguna. Por ello, lo procedente es dictar [sic] en favor de los imputados L.B.O. y C.A.C. SENTENCIA DE SOBRESIEMIENTO, por los hechos [sic] tenidos como el delito de cohecho propio en su modalidad de penalidad de corruptor, en vista que su proceder no está adecuado a figura penal alguna» [...]. Estima la recurrente que la acción descrita en el "diere" del artículo 343 del Código Penal no solamente incluye el dar efectiva o materialmente, sino también el "dar en ofrecimiento", por lo que las conductas de B.O. y A.C. -al "ofrecer" una considerable suma de dinero a los Oficiales del Organismo de Investigación Judicial para que alteraran el resultado de la alcoholemia practicada a B.M.- está comprendida en el tipo penal indicado. Por otra parte, agrega la quejosa que la acción "permitiere" prevista en esa norma penal significa "no impedir lo que se pudiera o debiera evitar", por lo que conduce que el numeral en cuestión sanciona tanto al que "diere" (ya sea entregando o proponiendo) como al que" (es decir, cuando voluntariamente no impide el acto corrupto del "permitiere funcionario que puede y debe evitar), por lo que no es cierto que exista un error legislativo de transcripción del verbo "permitiere" en vez de "prometiere", porque incluyendo la acción de "dar" la de "prometer", la consignación de estas dos palabras en el mismo tipo sería, al decir de la voz popular, como «albarda sobre aparejo», locución figurada y familiar con que se hace burla de lo sobrepuesto o repetido innecesaria y torpemente. Consideran los suscritos Magistrados que el reclamo aducido debe acogerse por las razones que de seguido se dirán.

II.- Revisando en la sentencia de sobreseimiento las reflexiones del a quo anteriormente citadas, se constata que ellas obedecen a la consideración que aquel hizo del Voto N° 461-C-91 del 27 de febrero de 1991, correspondiente a la resolución de la Sala Constitucional, N° 461-91 de las 15:14 horas de esa misma fecha, en el recurso de

hábeas corpus promovido por el Dr. Francisco Castillo en favor de L.B.O. contra el Juez Sexto de Instrucción de San José. Dicha resolución establece lo siguiente: "CONSIDERANDO UNICO: El artículo 39 de la Constitución Política consagra el principio de legalidad en materia penal, principio rector e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico. En virtud de él la única fuente creadora de los delitos y de las penas es la ley. En esta materia queda excluida la analogía y la costumbre, careciendo los tribunales de facultades para considerar como delictivos hechos distintos a los tipificados en la ley, de tal forma que cualquier conducta que no sea subsumible en ella, será impune; aún cuando esta sea muy grave. Consecuentemente lesiona el principio de legalidad una interpretación judicial que abarque conductas no especialmente descritas en la ley. Señala el accionante que en la causa N° 104-3-91 que se sigue contra su defendido en el Juzgado Sexto de Instrucción de San José, se ha encuadrado mal la conducta del imputado, pues el artículo 343 del Código Penal habla de "permitiere" y no de "prometiere" como debería de ser para tener por configurada como típica la conducta del señor B.O. Veamos como el imputado de común acuerdo con el co-imputado A.C. se pusieron en contacto con oficiales del Organismo de Investigación Judicial, a quienes prometieron una dádiva si se lograba la alteración de las alcoholemias de su hijo imputado en otra causa por el delito de Homicidio Culposo. El expediente legislativo original firmado por el presidente de la República muestra que el artículo 343 fue aprobado y se ordenó publicar con el verbo "permitiere" sin que haya habido ninguna reforma legislativa referente a este artículo. Por lo expuesto es criterio de esta Sala Constitucional que el artículo 343 del Código Penal no se puede interpretar sin lesionar el principio de legalidad constitucional, en el sentido de que lo que el legislador quiso decir no es "prometiere" sino "permitiere".

Por todo lo anterior la amenaza que sufre el señor B.O. es ilegítima, si se basa en que en vez del verbo "permitiere" regulado en el artículo 343 del Código Penal se debe leer "prometiere", acción que resulta impune al tenor del citado artículo y de su correcta interpretación. POR TANTO: Se declara con lugar el recurso interpuesto y en consecuencia no puede afectarse la libertad del amparado por interpretarse que en el artículo prometiere 343 del Código Penal donde dice "permitiere" se deba leer "...". Como se ve, este criterio de la Sala Constitucional descarta la validez de una anterior interpretación jurisprudencial según la cual en el artículo 343 del Código Penal se consignó por error material la palabra "permitiere" en lugar de "prometiere", pues la mayoría de la doctrina estima que la acción típica en cuestión, desde el punto de vista de corruptor, es la de dar u ofrecer dádivas, donde "da" el que entrega y "ofrece" el que promete (cfr., entre otros, CREUS, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, T. II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª edición, 1988, págs. 287 a 289; BREGLIA ARIAS, Omar y otro: Código Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, págs. 899 a 901; CREUS, C.: Delitos contra la Administración Pública, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981, págs. 297 a 302; FONTAN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal,

Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Octava Edición, 1978, págs. 569 a 570; MAGGIORE, Giuseppe: Derecho Penal, Parte Especial, Bogotá, Vol. III, Editorial Temis, 1972, págs. 204-205). La valía de esta interpretación jurisprudencial es incluso admitida por uno de los señores Magistrados de la Sala Constitucional que concurren a dictar la resolución anteriormente transcrita, el Dr. Rodolfo Piza Escalante, quien al final de aquella suscribió la siguiente anotación: «He concurrido en el voto de mayoría porque considero que efectivamente no se puede perseguir a una persona por un delito que no está tipificado como tal, aunque sea obvio que la palabra "permittere" en el artículo 343 del Código Penal constituye un simple error de transcripción errónea de la palabra "prometiere" que es la única que tendría sentido racional en esa norma: pero, a mi juicio, ello no excluye la posibilidad de que se juzgue al recurrente por tentativa de cohecho, en virtud de la combinación de los artículos 24 y 343, en relación con los 338 y siguientes de dicho Código, lo cual sería, de manera completamente diferente, aplicación de un grado general de participación».

III.- Esta Sala de Casación conviene con la Sala Constitucional en que, respecto al artículo 343 del Código Penal, no es legítimo modificar el tipo penal mediante la sustitución del verbo "permittere" por "prometiere", porque ello contraviene la función garantizadora del tipo y violenta el principio de legalidad. Sin embargo, el reclamo incoado por la Licda. S.M. es atendible, pues las razones que aduce para motivarlo son valederas y en forma alguna contravienen los términos de la resolución en comentario de la Sala Constitucional. En efecto, el análisis de la Sala Constitucional -con excepción de la nota del Magistrado Piza Escalante- es meramente formal, no se extiende más allá de la mera literalidad del tipo legal, es decir no comprende el análisis semántico del mismo. Dicho en otras palabras, la Sala Constitucional estableció que no es legítimo leer "prometiere" donde dice "permittere", pero lo cierto es que no estableció nada respecto a la significación de las palabras que componen el tipo penal: no nos dice qué debemos entender o qué no debemos entender de esas palabras. Y lo que la recurrente sostiene es, precisamente, que cuando la Sala Constitucional establece que no se puede sustituir el verbo "permittere" por la palabra "prometiere", no está excluyendo el "ofrecimiento" o la "promesa" como posible contenido semántico de la palabra "dare" consignada en el referido numeral del Código Penal. La consulta de diversos diccionarios da la razón a la impugnante. Así, la vigésimo primera edición del Diccionario de Lengua Española (1992), elaborado por la Real Academia Española, señala que la tercera acepción de uso corriente de la palabra "dar" es "proponer, indicar". Esta misma significación es avalada por otros diccionarios comunes (véase, por ejemplo, el Vol. II de la edición de 1991 del Diccionario Enciclopédico Exito, de la Editorial Océano), incluso algunos de ellos agregan la palabra "ofrecer" como sinónimo de "dar" (así, los diccionarios Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Larousse, 1994, p. 316 y el Diccionario Abreviado de la Lengua Española, Vox, Bibliografía S.A., pág. 146) y aún otro dice que "dar" es "proponer: dar una idea" (Diccionario Práctico Español Moderno,

Ediciones Larousse, México, 1983, pág. 148), de tal forma que debe convenirse con la impugnante en que quien promete, ofrece o propone a un funcionario público una dádiva, presente o futura, para que este haga un acto contrario a sus deberes (o incurra en cualquiera de las hipótesis de los artículos 338 a 342 del Código Penal), adecua su conducta a la hipótesis prevista y sancionada en el artículo 343 del Código Penal, independientemente de que el funcionario público acepte o rechace la dádiva o ventaja indebida, e independientemente de que el objeto le haya sido exhibido, le haya sido entregado o puesto bajo su posesión o mera tenencia, pues la Penalidad del corruptor (cohecho activo) no supone para su consumación la codelinfluencia del funcionario público ni la tradición de la cosa, en tanto la sola conducta del corruptor descrita en el tipo legal es idónea para poner en peligro el bien jurídico tutelado, que no es otra cosa que el sano y normal funcionamiento y prestigio de la administración pública a través de la corrección e integridad de sus empleados o servidores, así lo ha entendido nuestra jurisprudencia: «...lo que la ley ampara es el correcto desempeño del cargo por el funcionario frente a la Administración Pública, sustrayéndolo a toda costa, en aras del cumplimiento de las obligaciones que le conciernen, de la venalidad» (Sala Tercera, V-256-F de las 9:40 horas del 25 de setiembre de 1987). De esta óptica, se constata que la consideración hecha por el Tribunal sentenciador de la resolución de la Sala Constitucional anteriormente comentada, no era razón jurídica suficiente para sobreeser a los imputados B.O. y A.C..

Por otra parte -aún cuando no se compartiera la tesis de la recurrente-, debe tenerse presente que la figura contenida en el artículo 343 es de peligro abstracto, por lo que podría sancionarse una "promesa" de entregar una dádiva o ventaja, a título de tentativa, conforme al artículo 24 del Código Penal, tal como lo anotó el Magistrado Piza Escalante al pie de la resolución transcrita (al respecto véase además ZUÑIGA MORALES, Ulises: La Tentativa: su configuración en los delitos de peligro, San José, Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia, 1990, pág. 103). Excluir las promesas, ofrecimientos o propuestas de dádivas o ventajas indebidas como contenido posible de la acción típica prevista en el artículo 343 del Código Penal, no sólo niega el significado común de las palabras utilizadas en el tipo legal, sino que además atenta contra la inteligencia del ordenamiento jurídico, ya que configura un fraude a la ley, toda vez que así además se infringiría el espíritu de la norma (cfr. el artículo 20 del Título Preliminar del Código Civil).

IV.- El Dr. Francisco Castillo señala en su memorial de folio 515 que las peticiones del recurso de casación aquí examinado ya fueron objeto de sentencia firme, con autoridad erga omnes, según la resolución de la Sala Constitucional citada y considera que darle trámite implica una desobediencia a la Sala Constitucional y que si esta Sala de Casación lo llegara a declarar con lugar, Incurrirían los suscritos Magistrados en el delito de Prevaricato, por violación del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual «La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma». Consideran los suscritos que no es atendible semejante argumento, pues la doctrina y la

Jurisprudencia son acordes en cuanto a que todo aquello que caiga dentro de los límites de la "interpretación de la ley", está fuera de la figura del prevaricato, excluyéndose así la posibilidad de prevaricación sobre la base de algún precepto insospechado de derecho (así, CREUS, Delitos..., págs. 431 a 432 y SOLER, Sebastian: Op. cit., pág. 212), es decir, que: "... cuando la ley no es clara, cuando ella permite interpretaciones -salvo el caso evidente de malicia-, el Juez no prevaricaría al aplicarla» (Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 10:30 horas del 10 de diciembre de 1948). Esta Sala de Casación ha respetado, respeta y respetará la jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional y lo que se ha resuelto en este caso no es la excepción a esa regla. El delito de prevaricato exigiría que en la presente resolución existiera una absoluta oposición y contrariedad entre lo que se resuelve y lo que la ley declara, o bien que la resolución se fundamentara sobre hechos falsos, como serían aquellos que no existen o no aparecen constando en autos, lo cual no sucede aquí, pues, como se expuso, la tesis aducida por la recurrente en el sentido de que la palabra "dar" comprende las acciones de "proponer, ofrecer o convenir una proposición" no contraviene o contradice la resolución N° 461-91 de la Sala Constitucional, pues ahí lo único que se establece es que en el artículo 343 del Código Penal no se puede cambiar, sustituir o entender la palabra "prometiere" en vez de "permitiere", que es la que expresa ese numeral, pero en forma alguna establece cuál es el contenido semántico de las palabras que constituyen ese tipo penal, por lo que la interpretación que de esas palabras se haga, dentro de los parámetros legales, resulta válida, pues la mencionada resolución de la Sala Constitucional no lo prohíbe, como tampoco define, aclara o delimita el significado que la palabra "diere" tiene en ese contexto.

V.- Por todas las razones anteriores el recurso por el fondo interpuesto por el Ministerio Público debe declararse con lugar, por lo que procede también casar la sentencia de sobreseimiento impugnada. En el recurso de casación por el fondo, con base en el artículo 482 del Código de Procedimientos Penales, la Sala debe resolver el caso de acuerdo con la ley aplicable, cuando casa la resolución impugnada. Esta solución es la que adopta al pronunciarse por la absolución o la condena cuando casa una sentencia dictada luego de finalizado el debate. La solución prevista en esa norma (resolver el fondo de acuerdo con la ley aplicable) frente a una sentencia absolutoria o condenatoria es diferente a este caso, porque no podemos pronunciarlos por la culpabilidad o la inocencia del imputado, ya que ni siquiera ha existido juicio, sino lo que corresponde hacer, con base en el estado de la causa (fase de instrucción) es determinar si hay base para estimar como probable que el imputado realizó el hecho que se le atribuye, y si tal hecho es en apariencia delictivo, o si por el contrario no hay mérito para ello (en este mismo sentido véase la resolución de esta Sala V-260-F de las 16:07 horas del 7 de junio de 1993).

De lo instruido hasta la fecha aparece lo siguiente: 1°.- Que para el mes de setiembre de 1987, J.E.R.C., J.R.M.R. y G.A.G.S. se desempeñaban como funcionarios públicos dentro del Organismo de Investigación Judicial -en lo

sucesivo O.I.J., los dos primeros como Auxiliar de Investigación y Suboficial de Investigación, respectivamente, mientras que el tercero ejercía el cargo de Asistente de Laboratorio en el Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses, realizando los análisis toxicológicos y recolección de muestras de orina, saliva y frotis, además de la custodia de dichas muestras. 2°.- Que para el día 5 de setiembre de 1987, L.B.M., hijo del imputado L.B.O., conducía el vehículo tipo pick up, placas número [...], en compañía de A.C.H., ello en las inmediaciones del Mercado Central de esta Ciudad, colisionando con el vehículo de servicio público, taxi, placas número [...], en el cual viajaba la señora E.F.C., la cual falleció como efecto del percance. 3°.- Que momentos posteriores a la colisión, a B.M. y a C.H. se les practicó la correspondiente alcoholemia en los laboratorios del O.I.J. por parte de G.S., resultando el primero de ellos con 130 miligramos por ciento de alcohol en la sangre, y el segundo con 30 miligramos por ciento de alcohol en su sangre. 4°.- Que G.S. procede a denunciar en vía administrativa disciplinaria, ante la Oficina de Asuntos Internos del O.I.J. -en fecha 15 de octubre de 1987- que para esos días estaba siendo objeto de ofrecimiento de una considerable suma de dinero por parte de J.R.M.R., quien se encontraba relacionado con J.E.R.C., con la finalidad de que se cambiara el resultado de la alcoholemia practicada en la persona de B.M. y que se encontraba en el proceso por Homicidio culposo seguido, en el Juzgado Quinto de Instrucción, haciendo ver G.G.S. que la persona que ofreció el dinero fue el imputado L.B.O., ayudando en ello A.C., quien conocía a M.R. y lo puso en contacto con B.O. 5°.- Que a raíz de tal denuncia se iniciaron investigaciones relativas a esos extremos, procediéndose el día 4 de noviembre del citado año a realizar un operativo donde participaron los Investigadores L.R.S., G.E.Z.B. y A.S.A., frente a la casa de habitación de G.S. en Hatillo Dos, pudiendo determinarse que al ser aproximadamente las 13 horas, se hicieron presentes, en el vehículo marca Toyota Starlet, A.C. y B.M., quienes penetraron al interior de la vivienda. Algunos minutos después abandonaron el sitio, procediéndose por parte de los investigadores y en compañía del Lic. L.R.A. a entrar en la casa de habitación de G.S. y proceder a decomisar un tubo de ensayo de vidrio de 10 centímetros cúbicos conteniendo sangre extraída a B.M. para modificar la alcoholemia citada, así como los implementos necesarios para obtener esa muestra, no se logró decomisar dinero alguno. 6°.- En las oficinas del O.I.J., G.G.S. se comunicó por vía telefónica con C.A.C. conviniendo que la entrega del dinero sería el día siguiente 5 de noviembre en los alrededores del Museo de Arte Costarricense en las inmediaciones de la Sabana, sin embargo nadie se presentó en ese lugar a la cita acordada. 7°.- Que G.S., R.C., M.R. y A.C. no acusan condenatorias anteriores, mientras que el imputado B.O. acusa una condenatoria anterior por el delito de libramiento de cheques sin fondos [...]. De acuerdo con lo expuesto hay elementos de convicción suficientes para admitir como probablemente fundada la existencia del hecho que se le atribuye al imputado B.O., que eventualmente podría lesionar al bien jurídico tutelado por el artículo 343 del Código Penal, razón por la cual procede casar por el fondo la sentencia impugnada y dejar sin efecto el sobreseimiento

dictado en favor del encartado B.O., dictándose en su lugar auto de procesamiento en su contra, como presunto autor de ese delito.

VI.- En cuanto al coencartado C.A.C., a causa de su muerte fue sobreesido por el delito que aquí se le imputa, mediante resolución de esta Sala V-439-F de las 14:05 horas del 10 de agosto de 1993 [...].

VII.- Según consta en la resolución de sobreesimiento dictada por el Juzgado Sexto de Instrucción de San José, [...], el señor L.B.M. participó en los hechos investigados en este proceso, sin que hasta la fecha se haya ejercido acción penal en su contra, para determinar su eventual responsabilidad por esa participación, por lo que estima esta Sala conveniente que se proceda a investigar la participación del señor B.M. en los hechos aquí acusados, razón por la cual se ordena testimoniar las piezas respectivas y remitirlas al Ministerio Público para lo conducente."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 183-F de las 11,20 hrs. del 24 de marzo.

8- COHECHO PROPIO - Consumación no requiere aceptación de la dádiva o ventaja indebida.

"Se alega, como motivo por el fondo, violación al artículo 24 del Código Penal. A juicio del recurrente el delito de cohecho propio en su modalidad de corruptor quedó en grado de tentativa, por cuanto éste no llegó a perfeccionarse al mediar la imposibilidad material de disponer del dinero. Por ello, pide que se reduzca la pena impuesta al encartado por ese hecho. El reproche no es atendible. Según ha establecido esta Sala: "quien promete, ofrece o propone a un funcionario público una dádiva, presente o futura, para que este haga un acto contrario a sus deberes (o incurra en cualquiera de las hipótesis de los artículos 338 a 342 del Código Penal), adecua su conducta a la hipótesis prevista y sancionada en el artículo 343 del Código Penal, independientemente de que el funcionario público acepte o rechace la dádiva o ventaja indebida, e independientemente de que el objeto le haya sido exhibido, le haya sido entregado o puesto bajo su posesión o mera tenencia, pues la Penalidad del corruptor (cohecho activo) no supone para su consumación la codelincuencia del funcionario público ni la tradición de la cosa, en tanto la sola conducta del corruptor descrita en el tipo legal es idónea para poner en peligro el bien jurídico tutelado, que no es otra cosa que el sano y normal funcionamiento y prestigio de la administración pública a través de la corrección e integridad de sus empleados o servidores..." (Sala Tercera, voto número 183-F de las 11:20 horas del 24 de marzo de 1995). En lo que interesa, el fallo de mérito tuvo por cierto lo siguiente: "Que al verse sorprendido el justiciable C.C., una vez que se encontraba dentro del vehículo que lo trasladaría a la base de policía, le ofreció al oficial J.M. que tomara uno de los paquetes que contenía un fajo de billetes por un monto de cincuenta mil colones y que se lo repartiera con los compañeros y a cambio lo pusiera en libertad, sin presentar ninguna denuncia, pro-

puesta que no fue aceptada por dichos policías quienes procedieron a trasladarlo junto con las evidencias ante las autoridades correspondientes, decomisándole el dinero en su totalidad." (Sic, [...]). Conforme a las razones antes citadas, el delito quedó consumado al producirse el ofrecimiento o propuesta, sin que pueda alegarse válidamente que el imputado estaba imposibilitado para disponer del dinero, pues los hechos probados no permiten arribar a esa conclusión."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 24-F de las 14 hrs. del 29 de enero.

9- COMISO DE BIENES PROVENIENTES DEL NARCOTRAFICO - Alcances.

"Se denuncia la errónea aplicación del artículo 31 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, al haberse dispuesto el comiso del dinero que el encartado R.R. obtuvo en forma legítima y cuya procedencia quedó debidamente acreditada durante el debate, sin tomar en cuenta que los únicos valores que pueden ser objeto de comiso son aquellos cuya procedencia sea ilícita, es decir, los provenientes del tráfico de drogas. El reclamo es atendible. Al concluir sobre este extremo, el tribunal de mérito hace ver que el imputado R. aportó documentos donde acredita que ganó veinte mil Dólares en la lotería del Estado de New York, con lo cual admite implícitamente que el dinero decomisado a dicho justiciable puede ser parte de esa suma, obtenida en un juego de azar. Sin embargo, agrega "...que no interesa determinar si la procedencia del dinero es lícita o ilícita, pues desde que se utiliza en pro del tráfico de drogas, es hipótesis contenida en el párrafo primero del artículo 31 de la Ley 7233, la cual faculta a los Tribunales de Justicia para decomisar cualquier bien y dejarlo a la orden del Consejo Nacional de Drogas." Al argumentar de esa manera, el a quo omite tomar en cuenta que la norma citada no faculta para ordenar una confiscación general de los bienes de las personas ligadas a delitos de narcotráfico. En efecto, lo que realmente establece la ley es la potestad de incautar: "Los bienes muebles e inmuebles, los vehículos, los instrumentos, los equipos y los demás objetos que se utilicen en la comisión de los delitos previstos por esta ley". Asimismo, se autoriza la incautación de "los bienes y valores provenientes de tales acciones". Según se puede observar, la primera hipótesis no hace mención, en concreto al dinero, sino que se refiere a otros bienes materiales, los cuales -en todo caso- deben haber sido utilizados para cometer los hechos ilícitos.

El segundo punto sí hace referencia al dinero, pues este constituye un valor, pero sólo puede incautarse el que provenga de las acciones delictivas previstas en la ley. Ahora bien, en este caso el a quo no tuvo por acreditada esa circunstancia específica, limitándose a señalar lo siguiente: "Resulta claro que el dinero decomisado tenía como fin el mantener o satisfacer las necesidades del grupo organizado que conformaban los aquí condenados, aprovechando estas sumas para su propio mantenimiento y estadía en nuestro país, que redundaría en el sostenimiento de la activi-

dad ilícita a que se estaban dedicando por lo que fácilmente llegamos al convencimiento de que el aludido dinero tenía como destino o fin el aprovechamiento por parte de esta organización ilícita." (Sic, [...]). Es obvio, pues, que el motivo alegado no es de los que toma en cuenta la ley para facultar el comiso del dinero. En consecuencia, lo que corresponde en cuanto a este extremo es declarar con lugar el recurso por el fondo. De conformidad con la normativa aplicable se debe dejar sin efecto la sentencia únicamente en cuanto ordena el comiso del dinero incautado, o sea, la cantidad de once mil seiscientos dieciocho Dólares y trece mil Colones exactos."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 119-F de las 11,40 hrs. del 3 de marzo.

10- COMISO DE BIENES PROVENIENTES DEL NARCOTRAFICO - Posibilidad de anular sentencia por falta de fundamentación y resolver sobre devolución de bienes.

"Como primer agravio del recurso por vicios in procedendo interpuesto por la defensa del imputado H.G., se acusa la inobservancia de los artículos 106 y 395 inciso 2º, en relación al 400 inciso 4º, todos del Código de Procedimientos Penales, por falta de fundamentación de la sentencia, por cuanto en dicha resolución se asevera que: "En cuanto a los bienes decomisados, también se ordena el comiso del dinero decomisado al imputado, pues es evidente que siendo él un fontanero, no puede ser el dueño de una cantidad de dinero como la decomisada, ni puede hacer un viaje como que realizaba, bajo su costo. De allí que en criterio del Tribunal el dinero que se le decomisó era precisamente suministrado por personas involucradas en la banda de narcotráfico, para sufragar los gastos del viaje y por tanto se trata de medios para la comisión del ilícito..." [...]. La disconformidad de la defensa se contrae a la disposición adoptada por el Tribunal de comisar, en favor del Consejo Nacional de Drogas, el dinero retenido a su patrocinado, pues considera que dicha decisión no se fundamenta en la consideración razonada de elemento de prueba alguno, agregando que ni siquiera existen indicios que permitieran sustentar validamente su conclusión. Sobre este mismo punto, en el segundo aparte de la impugnación se reclama la infracción de los numerales 393 y 400 inciso 4º del Código de Procedimientos Penales, por fundamentación ilegal e inconstitucional, y violación a las reglas de la sana crítica racional, pues no existe una razón lógica suficiente que justificara la supracitada conclusión del Tribunal. Finalmente, en el tercer acápite del recurso reprocha la violación, como vicio in iudicando, del artículo 31 de la Ley Sobre Estupefacentes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizados y actividades conexas, Nº 7233, versando la motivación del agravio sobre la misma cuestión de los anteriores reclamos, para lo cual aduce que el hecho de la posesión que ejercía su patrocinado sobre el dinero hace presumir su derecho de propiedad sobre tales valores, mientras no se demuestre lo contrario y que lo cierto es que no se acreditó en sentencia que dichos dineros fueran utilizados en la comisión del delito de tráfico de drogas, o que provinieran o fueran

producto de esa actividad. La Sala ha considerado pertinente hacer una síntesis preliminar de todos los reclamos de forma y fondo formulados por la defensa, pues esa representación ha solicitado expresamente, en la introducción de su recurso, que por razones de economía procesal no se disponga el reenvío para una nueva sustanciación de la causa (efecto de la casación por vicios in procedendo), sino que se acoja el recurso por el fondo, para que aplicando correctamente la ley sustantiva, se resuelva devolver el dinero decomisado al imputado. El planteamiento de la impugnación en examen está apoyado por la representación del Ministerio Público, en su memorial de folios 176 a 178, pues considera que lleva razón la defensa en los tres reclamos aducidos e incluso coincide con ella en que razones de economía procesal justifican que la sentencia no sea anulada, sino que se acoja el recurso por el fondo y que se resuelva el caso de acuerdo con la ley aplicable, dejando sin efecto la sentencia únicamente en cuanto ordena el comiso del dinero incautado.

Examinando la sentencia en examen, se puede corroborar que efectivamente la conclusión del Tribunal de mérito sobre la procedencia o destino del dinero decomisado al encartado no tiene asidero alguno en los elementos de prueba sometidos a su consideración, sino que proviene de un razonamiento falaz, en tanto considera que la ocupación u oficio del imputado excluye, por sí sola, la posibilidad de que él disponga de ese dinero, sin considerar que otras circunstancias personales del sujeto podrían explicar racionalmente la posesión de esos bienes. Pero el defecto más evidente de la fundamentación es que ni siquiera se indica cuál es el monto exacto de dinero que se le decomisó, lo que impide que cualquier lector imparcial del fallo pueda apreciar si en realidad se trata de una suma tan considerable. Este defecto implica la nulidad parcial de la sentencia, únicamente en cuanto se ordena el comiso del dinero a favor del Consejo Nacional de Drogas, nulidad que aquí se declara.

En principio, el efecto legal de esta declaración sería la remisión de las partes a una nueva sustanciación de este punto concreto, en el cual el imputado podría alegar y demostrar la licitud del origen de los dineros que poseía, en tanto que el Estado podría acreditar la ilicitud de su posesión. Sin embargo, el acusado y el Ministerio Público han coincidido en que la economía procesal justifica que la Sala se pronuncie sobre el fondo del asunto, resolviendo el caso de conformidad con la ley sustantiva y tal propuesta es viable, pues la misma legislación dispensa la renovación o rectificación de los actos de la resolución impugnada cuando fuere innecesario o imposible (artículo 150, párrafo tercero, a contrario sensu) y la anuencia expresa de las partes pone de manifiesto la inutilidad de una nueva sustanciación en la que no se iría a debatir la legitimidad de la procedencia del dinero decomisado. Por eso es que esta Sala considera pertinente resolver el caso de acuerdo con la ley aplicable, pues solo así se satisfacen el principio constitucional de justicia pronta y cumplida y la garantía universal mínima del imputado "a ser juzgado sin dilaciones indebidas" (artículo 14.3.c. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El artículo 31 de la Ley de psicotrópicos, cuya errónea aplicación aquí se acusa, en lo que interesa dispone que: "Los bienes muebles e inmuebles, los vehículos, los instrumentos, los equipos y los

demás objetos que se utilicen en la comisión de los delitos previstos por esta ley, lo mismo que los diversos bienes y valores provenientes de tales acciones, serán embargados o decomisados por la autoridad que conociera de la causa. Si se ordenara su comiso, deberán ponerse a la orden del Consejo Nacional de Drogas..." (el subrayado no es del original). Si en el presente caso no se acreditó con certeza que el dinero que portaba el imputado al momento de ser detenido en el aeropuerto estuviera destinado a la comisión del delito o que proviniera de esa actividad delictiva, no resulta aplicable el orden de comiso, pues no se verifican los supuestos que para ello exige la ley. En consecuencia, procede casar la sentencia, en cuanto decretó el comiso del dinero secuestrado al imputado H.G., ordenándose su devolución."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 491-F de las 9,55 hrs. del 25 de agosto.

11- CORRUPCION - Innecesario resultado material para configurar el delito.

"Se indica en la resolución impugnada que la ofendida, siendo menor de doce años, durante mucho tiempo unos dos años fue hostigada por el imputado cuando ella iba a la casa del segundo para cuidar de sus hijos, o cuando él se metía a la casa de la ofendida, encuentros que aprovecha el acusado para tocar por encima de su ropa los senos de la menor, o para tocarle los pechos y vagina quitándole la ropa. Incluso algunas veces colocó su miembro viril en la zona vaginal, sin consumar el acceso porque la ofendida se quitaba. En todas estas ocasiones el imputado amenazaba de muerte a la niña para que no dijera nada. También dice la sentencia que esa conducta se reiteró hasta devenir en una actividad "ordinaria" y que incluso el imputado llegó a darle dinero a la menor integrante de una familia de condición económica precaria para lograr su silencio [...]. Como se ve, la conducta del imputado fue idónea para procurar la incursión de la menor en la práctica de una actividad sexual prematura y excesiva para ella, en vista de su corta edad e inexperiencia, así como de sus condiciones culturales y sociales. El propósito corruptor del imputado no se deriva simplemente de la pluralidad de agresiones sexuales, sino especialmente de las condiciones personales de la menor esto es, de la incidencia previsible de su conducta en la psique de ella y del hecho de que intentara inducirla a la aceptación de tales relaciones sexuales mediante la entrega de dinero como gratificación. En los anteriores dos reclamos, la defensa alegó que no existe el delito de corrupción porque la víctima no se corrompió, argumento que no es admisible porque el tipo penal no exige ese resultado material (la efectiva corrupción de la víctima) para configurar el delito: se sanciona la "promoción" de la corrupción, donde promover sería incitar, incitar, persuadir, convencer o procurar que quien no está corrompido llegue a ese estado de corrupción, distorsionando el sentido natural y sano de la sexualidad de la víctima al adoptar éste o inclinarse hacia una conducta sexual prematura, depravada o excesiva. Ahora bien, la promoción mediante engaño, violencia,

abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción agravan el delito, conforme al artículo 168, donde también se contempla como agravante la hipótesis de que la víctima fuere menor de doce años, de manera que también debe convenirse con el a quo en que el delito es agravado. Para una mayor precisión sobre la diferencia entre los delitos de corrupción y abusos deshonestos, nos remitimos a nuestra resolución V-50-F de las 14:35 horas del 16 de marzo de 1994."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 536-F de las 15,05 hrs. del 14 de setiembre.

12- CORRUPCION AGRAVADA - Presencia voluntaria de madre de menor ofendida mientras se realizaban los actos corruptos la convierte en coautora.

"En su reclamo de fondo, se señala como violentados los artículos 168, inciso 4 y 167 del Código Penal. Estima el recurrente que, conforme se plasma en sentencia, las acciones atribuidas a la coartada S.U. fueron que, por una parte, en diversas ocasiones se acostó desnuda en el lecho mientras su concubino le lamía los pechos y la vulva a la menor y, por otra, que no cumplió con los deberes que le imponía su condición de madre de la ofendida. Agrega que, al tenerse esos hechos como constitutivos de corrupción, se le dio un alcance extrajurídico a la previsión de ley, puesto que no fue la coimputada quien realizó los actos corruptores, ni prestó su colaboración, además de que la corrupción, arguye, es una acción positiva, lo que no calza en el papel desempeñado por la susodicha, que fue de carácter omisivo. El motivo debe declararse sin lugar. En primer término, las acciones de la madre no fueron omisivas, sino que el acostarse desnuda junto a su concubino mientras este abusaba a la menor, es un acto positivo de corrupción, toda vez que pretende hacer ver como natural un acto perverso y precoz, núcleo mismo de la corrupción. Luego, es evidente que su presencia no solamente pretende hacer ver como normal lo irregular, sino que se suma al conjunto de la escena: no es lo mismo que la menor fuera abusada por el encartado, a que lo fuera en presencia voluntaria de su madre desnuda, como efectivamente aconteció. En efecto, la presencia de la madre no sólo facilita la labor del coautor, sino que al mismo tiempo se suma como factor adicional de corrupción, pues aunque su presencia voluntaria fuera solamente contemplativa, ésta por sí misma concurre a la trama corruptora, al conformar una actividad que merece la mirada inmutable de la progenitora, lo cual es indiscutiblemente idóneo para afectar la psiquis de la ofendida."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 260-F de las 9,10 hrs. del 12 de mayo.

13- DENUNCIA CALUMNIOSA - Requisitos del tipo.

"En el recurso de casación por el fondo la licda. M.L. en su calidad de defensora pública del imputado reclama violado el artículo 317 del Código Penal, ya que su defendido fue condenado como autor del delito de denuncia calumniosa y en su criterio faltan algunos de los elementos

básicos para que esa figura se tipifique, elementos que en forma amplia desarrolla en su escrito de interposición del recurso. Examinada la sentencia de mérito, da cuenta esta Sala que al imputado P.P.A., se le condenó por haber denunciado «falsamente» el 31 de enero de 1991 -ante la Agencia Sexta Fiscal de San José- al lic. R.A.G., por haber autenticado un escrito con noventa firmas, en su mayoría falsas, que documentaba una queja contra el imputado ante al Ministerio de Gobernación [...]. Para la resolución del caso, el tribunal de instancia valoró la peritación grafoscópica comparativa incorporada al proceso, en los siguientes términos: «... Finalmente cabe hacer mención al estudio grafoscópico visible a folios setenta y tres a setenta y ocho de las diligencias el cual deja claro que muchas de las firmas que aparecen en el escrito tantas veces citado, fueron efectivamente hechas por esas personas y si bien también señala dicha pericia que otras firmas que aparecen en él no presentan los trazos propios de la escritura que esa o esas personas efectuaron en su cuerpo de escritura o bien en el Registro Civil, en modo alguno puede concluirse que las mismas sean falsas toda vez que los mismos técnicos señalan en ese estudio que en tal caso debe entenderse que con los elementos de cotejo aportados no fue posible determinar la autoría respectiva...» [...]. Es claro que hay un error en la valoración de esta prueba, tal como lo advierte el recurrente, pues del dictamen pericial se desprenden dos hipótesis alternativas de conclusión: (i) que la totalidad de las firmas sean verdaderas, y (ii) que una parte de las firmas sean falsas. Al aseverarse que algunas de las rúbricas no presentan los trazos propios de los objetos de comparación, encontrados en el Registro Civil, no puede llevar a concluir su falsedad pero tampoco su autenticidad. A lo anterior debe agregarse, con vista del dictamen pericial [...], que hay dos firmas cuya autenticidad está en duda de forma insalvable, concretamente las referidas en los acápites 4.13 y 4.16. En el primer caso analiza la rúbrica cuestionada de G.A.V., portadora de la cédula [...]; imposible de dictaminar, porque en el Registro Civil el nombre no corresponde al número de identidad. En el segundo caso, igualmente, la firma cuestionada de «Atencio» con cédula [...], el número corresponde en el Registro Civil a J.A.C.U. En la primera situación la firma es totalmente diferente en el Registro, en tanto en el segundo ni siquiera existe por haberse hecho «a ruego». Si bien no se puede afirmar en los dos casos, la certeza de la falsedad de las firmas, tampoco la certeza de su autenticidad; y no es posible salvar la duda, porque con los datos que arroja el Registro Civil no es posible la citación de «Atencio» ni de [...].

En consecuencia, como bien lo afirma la señora defensora pública en su recurso de casación, la denuncia formulada por el imputado no resultaba del todo falsa, al afirmar la posible falsedad de algunas de las firmas falsificadas, lo cual descarta la existencia del delito de denuncia calumniosa por el que resultó condenado, aún cuando se hubiere excluido la responsabilidad penal de la persona contra la cual se siguió proceso por la denuncia que se acusa de falsa. En otras palabras, el que se descarte la responsabilidad penal de una persona denunciada como autora de delito, no significa automáticamente que deba entonces tenerse por configurada la existencia del delito

de denuncia calumniosa, máxime en un caso como el presente en el cual existió una razonable duda sobre la autenticidad de alguna de las firmas que autenticó el ofendido. Como lo señala la licenciada [...] con cita de doctrina, el delito previsto en el artículo 317 del Código Penal requiere para su configuración, entre otros elementos, que la denuncia falsa se dirija contra una persona inocente, es decir que no haya realizado el hecho que se le atribuye (aspecto objetivo), y en segundo lugar que quien denuncia esté informado de esa inocencia (aspecto subjetivo). Estos requisitos, entre otros más, son de vital importancia para el normal desarrollo de la vida institucional, pues de lo contrario, si se exigiera prácticamente la absoluta certeza de la autoría del delito para que una persona formule una denuncia penal, muchos ilícitos quedarían impunes ante el temor de la ciudadanía de que se le revierta la situación y termine el denunciante sometido a la ley penal, ante la imposibilidad de probar la existencia de un delito, o la autoría de una persona en el hecho denunciado. En el presente caso, como ya se dijo, no es posible afirmar con certeza que todas las firmas autenticadas efectivamente fueran auténticas, ya que existen dudas respecto de algunas, y aún cuando esas dudas no hubieren sido suficientes para estimar que el lic. A.G. hubiere cometido un delito al autenticarlas, tampoco podrían ser suficientes para estimar como cierto que el aquí imputado lo suponía inocente al momento de formular su denuncia. Por todo lo expuesto procede acoger el recurso de casación por el fondo, casar el fallo y en su lugar absolver de toda pena y responsabilidad al encartado por el delito que se le ha venido atribuyendo.”

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 221-F de las 9 hrs. del 21 de abril.

14- DESACATO Y RESISTENCIA - Diferencia en cuanto al bien jurídico tutelado en ambas figuras.

“Por mediar entre los dos reclamos de fondo planteados una íntima relación, se procede a resolverlos en conjunto. De acuerdo con el postulado de que toda acción requiere para ser tal expresar una finalidad y no ser sólo un mero movimiento fenoménico (lo cual reduciría al ser humano en un factor más del mecanismo de causalidad que lleva al resultado, retirándole toda calidad subjetiva en la determinación volitiva y cognitiva de su quehacer), el concepto de acción debe contemplar si la lesión infligida a ciertos bienes jurídicos forma parte de una sola intencionalidad inmediata y específica. Es decir, para determinar la unidad de acción ha de estarse a: a) la existencia de la vinculación fenoménica (temporal y espacial) que describe la norma; y, b) la existencia de una misma intencionalidad específica subyacente a ese movimiento exterior lesivo. En el presente caso, surge como evidente del cuadro de hechos acreditados que se cumple con el primer supuesto. En cuanto al segundo, la antes aludida existencia de una misma intencionalidad específica subyacente a ese movimiento exterior lesivo, también se constata, pues se comprueba que los improprios emitidos por los justiciables en contra de los funcionarios públicos, tenían por finalidad oponerse a la detención que aquellos debían efectuar; esto

es, formaban parte de la misma actitud de oposición contra el cumplimiento de la orden de captura, tanto cuanto su oposición física, que alcanzó el carácter de agresión. Por ende, se constata así que se trata de una misma acción.

II. Queda por aclarar, sin embargo, si esa acción puede ser calificada como un concurso aparente de normas, o sea si las disposiciones aplicadas (artículos 304, inc. 4 y 307, ambos del Código Penal) se excluyen entre sí. No comparte la Sala el razonamiento esbozado por los recurrentes, en el sentido de que existe entre éstas una relación de género a especie, entendiéndose que el Desacato no exige estar en el ejercicio de las funciones, mientras que la Resistencia sí. Podría tratarse de una relación como la descrita por los impugnantes si ambas conductas típicas fueran la misma o con una variación modal, pero nótese cómo el desacato está constituido por una amenaza u ofensa al honor o decoro del funcionario a causa del papel que desempeña, en tanto que la resistencia, no sólo amplía la previsión al uso de la fuerza, sino que implica incluso la presencia de un dolo específico: impedir u obstaculizar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones. Esto revela que si bien ubicados en el mismo título ("Delitos contra la Autoridad Pública"), este factor no es suficiente para estimar que se trata del mismo bien jurídico protegido, porque mientras el Desacato protege el honor y la tranquilidad del funcionario público, al menos en cuanto refiere al desempeño de su cargo, la resistencia protege el cumplimiento efectivo de esas potestades públicas. En otros términos, aquel protege bienes ajenos al funcionario, este a la función. En consecuencia, no se está en una relación de género y especie como se argumenta, ni tampoco en una hipótesis de concurso aparente de normas, dado que las mismas no se excluyen entre sí, ni una contiene la carga desvalorativa de la otra.

III. Así las cosas, se acoge parcialmente el recurso y se declara que los hechos investigados son constitutivos de los delitos de Resistencia Agravada y Desacato cometidos en concurso ideal, sancionándose de conformidad con el artículo 75 del Código Penal."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 101-F de las 9 hrs. del 3 de marzo.

15- ENRIQUECIMIENTO ILCITO - Guarda de colegio que vende exámenes a los estudiantes.

"Como motivo de fondo, alega el recurrente la inobservancia del artículo 386 del Código Penal. Argumenta el impugnante que el imputado no realizó ningún acto contrario a sus deberes, de modo que la acción pudo haberla realizado cualquiera tal como lo dispone el artículo de cita. Los hechos por los que fue condenado G.F.D. son los siguientes: "... a.- Que durante el año de mil novecientos noventa y tres, el aquí encartado G.F.H. (sic), se desempeñaba como funcionario público en el Colegio M.B.R. en Heredia y como tal se desempeñaba como guarda con turnos alternos en esa institución siendo que le correspondía la custodia de la institución y todos sus bienes. B.- Que

en dicho colegio concretamente en la oficina de polígrafo se imprimen los exámenes permaneciendo los mismos o desechos de ellos en esa oficina, o bien en la bóveda ubicada en la secretaría. c.- Que en fecha aún no determinada pero sí durante el año mil novecientos noventa y tres, el encartado se apoderó de manera no establecida de partes de algunos exámenes de diversas materias, para el dieciséis de noviembre en la vía pública entregar parte de un examen de español al estudiante de quinto año J.C.S.H., quien en ese momento era acompañado por sus compañeros M.H.V. y G.E.H. para que éste lo entregara a un estudiante de cuarto año de nombre H.S.B. y por el cual debía pagar una suma de dinero no determinada. J.C.S. hizo entrega del examen a H., sin embargo éste no entregó suma alguna al encartado. d.- Que también un día del año mil novecientos noventa y tres, el encartado F.D., llegó a la casa del estudiante J.L.A.G. de quinto año y por debajo de la puerta de la casa le tiró parte de un examen de matemática, entregándole luego A.G. al encartado la suma de doscientos colones por el examen, ese examen fue el que se hizo en el colegio en esa oportunidad..." [...]. Los hechos probados ante el tribunal de mérito, no configuran el delito de concusión previsto por el número 346 del Código Penal. Éste concretamente dice: «Artículo 346. Se impondrá prisión de dos a ocho años, al funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercer un bien o un beneficio patrimonial». Las dos acciones desplegadas por el imputado no reúnen los elementos objetivos del tipo de la concusión, pues el delito supone una relación causal entre la condición de funcionario público que en un enfrentamiento desigual de poder ante un administrado, se extralimita y obliga o induce a éste a otorgar o prometer una ventaja patrimonial para sí mismo o para un tercero. En el presente caso el imputado vendió las pruebas de español y matemáticas, pero no consta que hubiere obligado o inducido el pago, sino simplemente que recibió dinero por la venta de los documentos. Debe descartarse el delito de abuso de autoridad, previsto por el artículo 329 del Código Penal, porque supone realizar un acto arbitrario causando con ello un perjuicio para alguien.

En el presente caso el imputado no realiza un acto arbitrario en perjuicio de alguna persona o institución, por lo que no concurren los supuestos de hecho del delito de comentario. De igual modo debe excluirse la figura de violación de secretos, prevista por el número 337 ibídem, porque se trata de la divulgación de "... hechos, actuaciones o documentos, que de acuerdo a la ley deben quedar secretos". Para su configuración se requiere de la previsión de otra norma legal, en que se establezca que los documentos (en este caso los exámenes) constituyen documentos secretos, lo que no existe; faltando este elemento normativo del tipo, no se configura el delito. Sin embargo, la acción corresponde a lo previsto como una de las modalidades de enriquecimiento ilícito, según el inciso 2 del artículo 344 del Código Penal, inciso que no fue derogado por la Ley sobre enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, Nº 6872 de 17 de junio de 1983. Aquella norma dispone: «Artículo 344. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin

incurrir en un delito más severamente penado: 1)... 2) Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo; 3)...». Es evidente que un guarda o agente de seguridad y vigilancia, es custodio de los bienes de la institución para la que sirve; de igual modo sí, como en el presente caso, logra imponerse del contenido de exámenes, cuya naturaleza es la de documentos reservados al menos hasta que sean utilizados para evaluar a los alumnos, y los revela antes a cambio de dinero, comete el delito previsto en el inciso 2 del artículo 344, denominado impropriamente en este caso como enriquecimiento ilícito. En consecuencia se recalifican los hechos a enriquecimiento ilícito."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 205-F de las 9 hrs. del 7 de abril.

16- ENSAÑAMIENTO - Elementos que lo definen.

"En cuanto a la agravante del ensañamiento. En resumen, expresa el recurrente que se acreditó que el imputado dio muerte a la víctima de veinte machetazos, propinados en forma rápida y certera, sin prolongación de sufrimiento, por el contrario la muerte fue inmediata, no fue la voluntad del imputado causar mayor dolor al ofendido; agrega, que la elección de los medios para matar ha de estar preordenada por el autor a la causación del sufrimiento, y si falta ese preordenamiento no se da la agravante, aún en caso de un extraordinario sufrimiento como consecuencia del medio empleado, por lo que no estándose en presencia de esos elementos objetivos y subjetivos no se produjo el homicidio con ensañamiento. Ahora bien, en cuanto a dicha agravante (que dicho sea su no concurrencia no hubiere modificado el sentido de la sentencia porque existió alevosía: "con alevosía o ensañamiento"; dice la norma; letra "o" en función disyuntiva), la Sala participa también del criterio de los juzgadores, esto es, en cuanto a su existencia. Efectivamente, no sólo quedó determinado suficientemente el propósito o intención del imputado de matar, sino que además, la cantidad de heridas cortantes que en diferentes partes del cuerpo de la víctima le propinó, son reveladores del propósito de aumentar deliberadamente el sufrimiento del agredido, pues racionalmente no otra cosa se explica (no sólo por la cantidad de heridas en sí mismas consideradas) que la crueldad desmedida del imputado; criterio que se reafirma como bien se razona en el Considerando II, aparte IV, de la sentencia del hecho de que estando ya en el suelo e impotente el ofendido a raíz del primer machetazo, le pedía a su agresor que por favor no lo matara (así declarado por algunos testigos), a lo cual simplemente respondió el imputado "no te he matado pero te voy a matar". lo que consumó de modo inhumano, siempre caído o en el piso el ofendido. No fue pues, como se alega, que fueron veinte machetazos rápidos y certeros para causar la muerte, sino que por la diversidad de las partes del cuerpo (cuerpo cabelludo, cuello, tronco y extremidades) en que se inflirieron las heridas, algunas mortales, ello excluye toda posibi-

lidad de simple arrebato o de cólera, siendo obvia la conclusión de que con las múltiples heridas, y en medio la frase exteriorizada por el agente, este quiso deliberada y reflexivamente causar un sufrimiento mayor a la víctima, innecesario, circunstancias que integran la agravante cualificativa del asesinato."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 127-F de las 9,15 hrs. del 10 marzo.

17- ENSAÑAMIENTO - Elementos que lo definen.

"En cuanto al ensañamiento la doctrina mayoritaria ha señalado que tal agravante consiste en aumentar deliberadamente el dolor del ofendido y de donde resultan dos consecuencias importantes: a) el hecho sólo puede cometerse con el claro propósito de matar, por lo que no puede ser imputado a título de dolo eventual; b) quedan excluidos de la agravante los hechos cometidos en un arrebato de pasión o de cólera, característicos por lo desbordante y repetido del ataque, pero en los que está ausente el fin peculiar al ensañamiento. (FONTAN BALESTRA, Carlos: "DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Décima Edición, página 37); en un sentido semejante, Ricardo C. Núñez nos indica: "Mata con ensañamiento el que deliberadamente, en el acto mismo de matar, somete a la víctima a sufrimientos físicos innecesarios." (NUÑEZ, Ricardo C.: "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL", Córdoba-Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1978, Primera Reimpresión, página 51). Por otra parte, Carlos Creuss señala que la agravante del ensañamiento comprende elementos objetivos y elementos subjetivos. En cuanto al elemento objetivo se requiere que la agonía de la víctima signifique para ella un padecimiento no ordinario e innecesario en el caso concreto, sea por el dolor que se le hace experimentar, sea por la prolongación de ella. En cuanto al elemento subjetivo el autor indica que el padecimiento infligido a la víctima debe ser un acto de crueldad del agente. Su acción tiene que ir deliberadamente dirigida a matar haciendo padecer a la víctima de aquel modo; la elección de los medios para matar ha de estar preordenada por el autor a la causación del sufrimiento extraordinario no necesario. Requiere lo que se ha dado a llamar el desdoblamiento de la voluntad que exige la agravante, sea que a la voluntad de matar debe sumarse la de hacerlo de un modo cruel. Se señala también que no parece imprescindible requerir que el autor pretenda "satisfacer una tendencia sádica", o que se "complazca" (goce) con el alargamiento de la agonía o la intensificación del dolor: el agente puede actuar con motivaciones que en sí no sean "sádicas" (p. ej., cumpliendo un rito religioso) y hasta que le repugne el modo como mata, pero si lo hace aumenta deliberadamente el sufrimiento de la víctima, igualmente quedará encuadrado en la agravante. (CREUS, Carlos: "DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL. TOMO I", Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, Segunda Edición Actualizada, Páginas 26 y 27). Asimismo, Llobet y Rivero nos manifiestan que la figura requiere objetivamente, el aumento del dolor del sujeto pasivo, siendo que el tipo subjetivo exige no sólo el dolo de matar, sino que además

que el autor en la ejecución de su acción busque que la víctima sufra antes de morir. (LLOBET RODRIGUEZ, Javier y RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos: "COMENTARIOS AL CODIGO PENAL. ANALISIS DE LA TUTELA DE LOS VALORES FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD", San José, Editorial Juricentro, 1989, Primera Edición, Página 23). Así pues, podemos concluir que el homicidio con ensañamiento consiste en matar incrementando deliberada e Inhumanamente el dolor del ofendido causando un sufrimiento Innecesario siendo que el elemento objetivo del tipo estriba en aumentar el dolor de la víctima, y el elemento subjetivo consiste en matar aumentando el sufrimiento del agraviado antes de morir, dejando de lado de esta figura el posible "goce" del sujeto activo al efectuar el ilícito pues éste no es configurativo del tipo. Entonces, en el caso que nos ocupa podemos observar que el imputado se abalanzó sobre la humanidad de la ofendida sentándosele sobre su estómago y procediendo a lanzarle varias puñaladas que impactan en la cara, hombros, manos y cara lateral del cuello, instantes en que es auxiliada por una de sus hermanas quien le lanza leche al endilgado, momento que aprovecha la ofendida para ponerse de pie. Sin embargo, el imputado, no contento con su acción, arremete nuevamente contra la agraviada sujetándola con una mano de la barbilla y con la otra procede a impactarle varias puñaladas en el cuello. Como consecuencia de estas puñaladas la ofendida pereció a causa de exanguinación. Ahora bien, si hacemos una relación de los hechos descritos con la definición de homicidio con ensañamiento que acabamos de señalar podemos afirmar que en la especie nos encontramos ante un caso de Homicidio con ensañamiento pues la forma en que el encausado arremetió contra la menor nos indica claramente su voluntad de matarla no sin antes propiciarle una serie de heridas que aumentan deliberada e Inhumanamente el tormento de la niña, encontrándonos así tanto con el elemento objetivo como con el elemento subjetivo del tipo contemplado en el inciso tercero del artículo 112 del Código Penal."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 508-F de las 9,50 hrs. del 6 de setiembre.

18- ERROR DE TIPO - Inexistencia por no haberse demostrado falso conocimiento o ignorancia de los elementos típicos.

"Como primer punto se alega violación del artículo 34 del Código Penal, ya que, a juicio del impugnante, en el presente caso hubo un "error de hecho", pues el imputado creyó que se estaba relacionando con una joven mayor de quince años. Como segundo aspecto, se aduce violación del artículo 30 íbidem, pues, según afirma la defensa, como el imputado incurrió en un error de hecho, entonces no es culpable de la delincuencia que se le atribuye. En tercer lugar, se reprocha quebrantamiento del artículo 35 del mismo Código, porque en criterio del impugnante en este caso existió un "error de derecho", ya que, de acuerdo con las circunstancias, en todo momento el imputado creyó que la ofendida era mayor de quince años

y, al gozar de su consentimiento, asumió que su conducta era lícita, debiendo excluirse en ese caso la culpabilidad del agente. Los reclamos no son procedentes. En fallos anteriores, esta Sala ya ha indicado que "...el error de hecho que se encuentra regulado en el numeral 34 del Código Penal no es otra cosa más que la exposición del error de tipo, esto es, de una problemática de tipicidad, que tiene consecuencias directas sobre la existencia y verificación del dolo de la conducta descrita en el tipo." Asimismo, se indicó que el denominado "error de derecho", previsto en el artículo 35 íbidem, regula propiamente un "error de prohibición", el cual alude a problemas jurídicos referentes a la culpabilidad, que exigen del juez el análisis pertinente sobre el reproche del Injusto al autor, esto es, lo relativo al examen de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Al respecto, pueden consultarse los votos números 446-F de las 15:40 horas del 25 de setiembre de 1992 y 166-F de las 14:30 horas del 16 de abril de 1993. Ahora bien, en el presente caso, el tribunal acreditó de modo expreso que la ofendida A.R. contaba con trece años de edad para la fecha en que ocurrieron los hechos y que el encartado I.G.A. se aprovechó de la inexperiencia de la joven para accederla carnalmente, "a pesar de que sabía la edad de la perjudicada"; [...]. Por ende, en la especie no se ha configurado el error de tipo, toda vez que no ha habido en el sujeto activo un falso conocimiento o ignorancia de ninguno de los elementos típicos y está presente el dolo exigido por la figura, ya que es evidente que existió la voluntad de realizar el hecho, de modo que no puede aplicarse lo preceptuado en el artículo 34 del Código Penal. Tampoco se ha producido error de prohibición, ni de la manera en que equivocadamente se viene alegando, relacionado siempre con la supuesta ignorancia de la edad de la ofendida, ni en los términos reales en que opera ese instituto, es decir, en cuanto a la reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica que se le atribuye al justiciable, pues no se acreditó en el fallo ningún vicio de conocimiento que le impidiera comprender el carácter ilícito del hecho o determinarse conforme a esa comprensión.

A decir verdad, todo el cuestionamiento de la defensa parte de una interpretación subjetiva de la prueba, mediante la cual procura alterar los hechos que se tuvieron por probados, intentando que se tenga por cierto, contra todo lo señalado en el fallo, que el encartado consideraba que la ofendida tenía más de quince años. Estas argumentaciones no son adecuadas para fundamentar los reclamos formulados, por lo que, de conformidad con lo expuesto, procede declararlos sin lugar."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 123-F de las 8,55 hrs. del 10 de marzo.

19- ESTAFA - Cómputo de la prescripción tratándose de un ilícito permanente vinculado a un ejercicio ilegal de la profesión.

"Como único alegato, señala inobservancia de los artículos 82 inciso 2), 83 y 88 en relación con el 216 inciso

1) y 313, todos del Código Penal y la Ley número 7.337 del 5 de mayo de 1.993, así como errónea aplicación del artículo 216 inciso 2) del Código ibídem. Estima la impugnante, que los hechos en perjuicio de los señores V.A.M. y J.L.V.M., están prescritos. El reclamo no resulta atendible. El Tribunal tuvo por acreditado -entre otras cosas- que los ofendidos entregaron diversas sumas de dinero al justiciable durante los años 1.989 y 1.990, aunque los mantuvo en el error de creer que era abogado hasta 1.992, año en el que se enteraron que P.G. no lo era. Ahora bien, estima la recurrente que el cómputo del plazo para los efectos de prescripción de la acción penal, empezó a correr a partir del momento en que se efectuó la efectiva entrega de dinero por parte de los perjudicados; esta Sala luego del debido estudio de la causa no comparte ese criterio, por estimar que se está en presencia de un delito permanente. En efecto, conforme lo señala el artículo 216 del Código Penal, incurre en delito de Estafa tanto quien induce a error a otra persona, como quien lo mantiene en él o sea, que el delito se puede agotar ya sea mediante un sólo acto o a través de varios sucesivos. Por otra parte, el artículo 83 del Código ibídem señala, que la prescripción de la acción penal para los delitos permanentes empieza a correr desde el día en que cesó su continuidad o permanencia. Así las cosas, el ilícito no se agotó con la entrega del dinero sino que conforme se tuvo por acreditado, permaneció en el tiempo mientras los ofendidos se mantuvieron en error, por lo cual, habiendo cesado la permanencia de ejecución del delito hasta el momento en que los ofendidos se enteraron que el encartado no era Profesional en Derecho, fue hasta ese momento -a partir de 1.992- que empezó a correr el término de la prescripción interrumpiéndose con el dictado del auto de procesamiento de las siete horas del 5 de noviembre de 1.993 [...], de manera que en los procesos seguidos contra P.G. por los delitos ejecutados en daño de J.L.V.M. y V.A.M., no habían transcurrido aún ni tres ni diez años respectivamente, lapsos relacionados para los efectos de prescripción, con los extremos mayores de las penas eventualmente imponibles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del Código Penal."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 623-F de las 9,15 hrs. del 20 de octubre.

20- FIJACION DE LA PENA - La existencia de antecedentes penales por sí sola no justifica aplicación de pena más grave.

"En el segundo aparte de la impugnación se reclama la infracción de los numerales 71 del Código Penal, 106, 393 y 400 inciso 4° del Código de Procedimientos Penales, por falta de fundamentación de la sentencia respecto a la fijación de la pena, ya que se impuso a los dos imputados la misma pena, siendo que ambos se encuentran en situaciones jurídicas diferentes, porque el recurrente, a diferencia del coimputado M.H., no tiene antecedentes penales. No lleva razón el recurrente, pues en el contexto de derecho penal de acto, ninguna de las normas legales citadas indica que necesariamente deba ser más grave la pena de uno de los coautores del hecho delictivo, por la

sola circunstancia de tener antecedentes penales. Una diferencia de penas sería posible, si se apoyara en una especial consideración de la conducta concreta desplegada por el coautor, que justificara una graduación diversa de la pena, como sería, por ejemplo, alguna de las hipótesis de comunicabilidad establecidas en el artículo 49 del Código Penal. Siendo que la fijación de la pena se ajusta a la normativa citada, se declara sin lugar el reclamo."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 293-F de las 8,40 del 26 de mayo.

21- FRAUDE DE SIMULACION - Traspasos aparentes de bienes para evitar liquidación de gananciales.

"En este acápite del recurso se reprocha la violación de los ordinales 41 del Código de Familia y 25 del Código Penal, porque el imputado M.V.M.L. estaba autorizado legalmente para actuar en la forma en que lo hizo, de manera que si su actuación constituye el ejercicio legítimo de un derecho no se configura delito alguno en la especie. Tampoco este reproche es de recibo, pues lo cierto es que ninguna de las normas relativas al régimen de participación diferida en los gananciales faculta al imputado para traspasar sus bienes mediante traspasos aparentes, con el único fin de eliminar los gananciales de la ofendida ante una eventual liquidación de bienes. En este mismo sentido señala la jurisprudencia que: «Si bien es cierto que si no existieren capitulaciones matrimoniales cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio y de los que adquiriera durante él por cualquier título, además de los frutos de unos y otros, también lo es que dicha situación se da durante la vida normal del matrimonio y en negociaciones ciertas, pues con base en el principio de que toda regla tiene su excepción, cuando el matrimonio sufre quebrantos y se vislumbra su disolución, no es posible aplicar tal disposición de manera absoluta, cuando un cónyuge se deshace de sus bienes, mediante traspasos aparentes y con el único fin de eliminar los gananciales del otro" (Sala Primera Civil N° 4 de las 15:15 hrs. del 6 de enero de 1978). En el presente caso, M.L., con la ayuda de un notario público, por una parte vendió un vehículo automotor al coimputado L.G.P.V., y por otra su vivienda al coencartado L.B.S., a sabiendas todos ellos de que el matrimonio del primero enfrentaba serios problemas incluso la ofendida había interpuesto una demanda de divorcio y de que la única finalidad de esos dos negocios era la de perjudicar los derechos de la ofendida ante una eventual y previsible liquidación de bienes, según se acreditó en sentencia, donde acertadamente se califican los hechos como constitutivos de dos delitos de fraude de simulación en concurso material."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 792-F de las 11,16 hrs. del 22 de diciembre.

22- HOMICIDIO CALIFICADO - Muerte ocasionada para consumar robo.

"Como primer apartado de la impugnación por vicios

In iudicando, se denuncia la transgresión, por aplicación indebida, de los artículos 112.6, 45 y 30 del Código Penal, y por falta de aplicación del artículo 1 y 111 del mismo código, y del 39 de la Constitución Política, porque -sostiene la quejosa- los hechos únicamente constituyen una tentativa de Robo agravado en concurso material con un Homicidio simple y no con un Homicidio calificado (crimínis causa), como erróneamente lo calificó el a quo. Según se acreditó en sentencia, los tres imputados ingresaron al Bar del ofendido: uno de ellos inmovilizó a uno de los testigos presentes, otro encartado increpó en tono amenazante a la joven que estaba detrás de la barra para que le indicara dónde estaba el dinero, mientras que el tercer acusado, cuchilla en mano, se abalanzó contra el ofendido, con quien forcejeó y cayó al suelo, golpeándose la cabeza el ofendido, situación que aprovechó su adversario para propinarle una estocada en el pecho que le produjo la muerte en el mismo lugar de los hechos, tras lo cual los tres acusados optaron por huir del lugar, sin haberse podido comprobar si aquellos pudieron sustraer algún bien de la víctima [...]. Considera esta Sala que en el presente caso, como la muerte del ofendido se produjo cuando éste se enfrentaba contra el imputado V.R., ante la agresión de que era objeto, se aprecia que, desde la perspectiva de los autores, la muerte del ofendido se produjo para consumar el robo, razón por la cual el homicidio es finalmente conexo a ese delito, pues era el medio necesario para ejecutar o llegar al fin perseguido de robar al ofendido, objetivo central de la conducta (es decir, en la especie se mata para vencer la resistencia del que se opone a que lo roben). Y si los acusados tenían conocimiento y voluntad de robar entre los tres al ofendido, seleccionando como medio para la realización de ese fin propuesto la utilización de arma blanca, selección que racionalmente -como se dijo anteriormente- involucra la consideración y aceptación de los efectos concomitantes o secundarios que implica el uso de este tipo de armamento, como es la causación de heridas a otro o incluso su muerte, debe convenirse con el Tribunal de juicio en que concurren los elementos del tipo calificado de homicidio. Por otra parte, resulta claro que no se está aquí en presencia del otro Homicidio calificado que se comete "...por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito" (art. 112.6 in fine) hipótesis para la cual es evidente la necesidad de un delito anterior, consumado o tentado sin éxito en cuanto a los fines propuestos y en la que la decisión homicida surge como consecuencia de no haber obtenido el fin que se propuso al intentar el otro delito, esto es, como reacción ante el fracaso en la consecución de los fines propuestos ("conexión impulsiva", cfr. FONTAN BALESTRA, Carlos: **Derecho Penal**, Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, p. 41; BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: **Código Penal**, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, p. 269; NUÑEZ, Ricardo: **Manual de Derecho Penal**, Parte Especial, Buenos Aires, Ediciones Lerner S.A., 1978, p. 56; y CREUS, Carlos: **Derecho Penal**, Buenos Aires, Editorial Astrea, Parte Especial, t. I, segunda edición, 1988, § 86-98)."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 254-F de las 14,15 hrs. del 5 de mayo.

23- HOMICIDIO CULPOSO - Alegato sobre costumbre de navegación fluvial nocturna sin señales luminosas que está en contradicción con el ordenamiento jurídico.

"La defensora pública del imputado, con fundamento en la normativa que invoca, acusa violación de las reglas de la sana crítica. Refiere, en concreto, que la sentencia que impugna se fundamenta en que ninguna de las dos embarcaciones que colisionaron llevaban luces que hicieran notar su presencia en el río Sarapiquí; que toda la prueba oralizada es conteste en que si las embarcaciones no llevan luces es por una medida preventiva y por un deber de cuidado; es una costumbre arraigada, pues según los residentes del lugar, si las embarcaciones llevasen luces, el reflejo de estas en el agua las encandilaría, pudiéndose producir percances; que se violentó el lógico entendimiento humano y la experiencia al desacreditar el Tribunal esa realidad o costumbre de ese grupo social, pues si para nosotros es ley que nuestros vehículos, después de las seis de la tarde, mantengan sus luces encendidas, para evitar accidentes, para dichos residentes es lo contrario, siendo eso ley para ellos. Sin embargo, la Sala no participa de los argumentos de la recurrente y por ende los declara sin lugar. En realidad, la médula de los quebrantos de la sana crítica expuestos parten de un aspecto fundamental: el desacreditar el Tribunal a quo, contrariamente a la prueba testimonial oralizada, lo que la defensa denomina "una realidad o costumbre de ese grupo social", la cual consiste en que la regla para ellos es la navegación por el río Sarapiquí, en horas nocturnas, sin ninguna señal luminosa que advierta la presencia de las embarcaciones en sentido contrario, pues de usarse luces más bien se infringiría el deber de cuidado porque producirían encandilamientos y situaciones de peligro para los tripulantes; es decir, lo contrario a lo que estimaron los juzgadores para arribar a la violación de dicho principio por parte del imputado, esto es -conforme lo acreditan en el fallo-, por no portar en su lancha un foco o linterna que hubiere evitado el accidente y su resultado, criterio razonable y lógico. En efecto, la circunstancia de navegar el imputado por dicho río, con pasajeros en cantidad de diez, de noche, lloviznando y empezando a crecer el caudal del río, sin ninguna señal luminosa, foco o linterna indicativa de la presencia de la embarcación, rebasó los límites de la prudencia ordinaria, propia del "hombre medio", incurriendo por consecuencia en evidente falta del deber de cuidado al no tomar con la indicada finalidad una medida elemental y necesaria, e independientemente de la costumbre que privaba en la zona según se reclama, costumbre que obviamente está en total contradicción (contra legem o adversum legem) con el ordenamiento jurídico conforme lo estipula el artículo 3 del Código Civil, al señalar que "El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo."; e incluso, de persistirse en tan peligrosas y censurables conductas, con ello lo único que razonablemente se produciría sería la continuación del peligro para los usuarios de las embarcaciones que navegan, en esas condiciones, por dichas aguas. Por otra parte, conviene puntualizar, por así reclamarse, que ninguna duda existe

en que, hechos tan lamentables como el ventilado en este proceso, indiscutiblemente requieren de la protección o tutela del Derecho Penal, toda vez que, nada menos, su consecuencia produjo la muerte de dos personas.

En términos generales, aún no existiendo aquélla expresa disposición del Código Civil, no sería posible aceptar la tesis de la defensora, porque ello equivaldría a la abstracción del cometido esencial del Derecho Penal, es decir, en su función de seguridad pública y consiguiente protección de bienes jurídicos específicamente tutelados, como método o forma de aseguramiento de la coexistencia de la sociedad (tomados en cuenta los valores éticos), paralelamente al regulamiento de las conductas humanas con objeto de evitar la comisión y repetición de acciones semejantes a la que nos ocupa. Acorde con la conducta observada por el imputado, según la describe, analiza y valora el pronunciamiento, es fácilmente detectable que, en este caso concreto, fue certera la conclusión del Tribunal de mérito en cuanto a la existencia en su forma de tipicidad de la falta al deber de cuidado. En virtud de ser, el fundamento exclusivo y básico de la defensa el no uso de ningún tipo de luces al navegar por dicho río en horas de la noche por la expresada y arraigada costumbre del respectivo grupo social, y girando, sobre ese argumento, es imperativo concluir en que ninguna regla de la sana crítica conculcaron los juzgadores al rechazar, acertadamente, esa tesis, lo que sería suficiente para declarar sin lugar el motivo formulado. Ahora bien, los argumentos de la defensa racionalmente improcedentes, riñen desde toda óptica con la seguridad jurídica y social de los ciudadanos protegidos por el Derecho Penal, el cual derivado de la propia Constitución, está al frente de la tutela de los bienes jurídicos (fundamentalmente la vida) de las personas. De modo que, definitivamente, no bastaba la experiencia del imputado y de su conocimiento del río, en razón de que, y así plasmado en la sentencia, con ocasión de las condiciones del tiempo que se avecinaban al momento de la partida, llegando efectivamente a llover y con ello el aumento del caudal del río y que la noche caería durante el trayecto (lo que ocurrió), esas circunstancias en una representación normalmente prudente obligaban al responsable de la lancha y de la seguridad del destino de sus pasajeros y del suyo propio, como medida precautoria y necesaria mínima, a proveerse al menos de una linterna o foco de baterías, en función de alumbramiento del curso a seguir pero también de aviso de la presencia del bote o lancha en las aguas del río; no obstante, al no hacerlo así, no pudo menos el Tribunal, con acierto, concluir en la infracción evidente al deber de cuidado en nexo causal con su resultado, sin que sea de recibo la tesis sobre posibilidad alguna de encandilamiento para otras naves o lanchas que en sentido contrario navegasen a la vez (olvidando que una colisión, no solo de frente como en este caso, puede darse entre lanchas que navegaran de noche en la misma dirección, sino también lateralmente o de costado), porque, contrario al reclamo planteado, es inaceptable un encandilamiento de la magnitud y alcances propuestos, ello en razón del tamaño de las embarcaciones y por ende de las dimensiones y sus proyecciones a la distancia de las luces a utilizar. Es más, aún sin el uso de una luz que alumbrara adecuadamente la ruta, que salvaría de eventuales obstáculos (aparte

de otras embarcaciones, también de troncos, ramas u cualquier otro objeto a la deriva que pudiere causar peligro de impacto), bastaba en el caso, en salvaguarda de los inherentes deberes de cuidado en pro de los bienes jurídicos protegidos, con simples **señales luminosas intermitentes**, no necesariamente una linterna, foco u otro tipo de lámpara semejante de gran capacidad de alcance. El medio de transporte fluvial usado por el imputado, indiscutiblemente requería (y requiere) estar proveído de ese elemental sistema de luces de aviso de presencia en el río, con mayor y sobrada razón tratándose de la navegación con personas a bordo y en horas nocturnas y con climas adversos, puesto que tales medidas se imponían, como racionales y de necesidad elemental de seguridad de todos los pasajeros y del propio tripulante, por lo que al obviarlas el imputado cuando las circunstancias lo demandaban, indefectiblemente ello hizo que incurriera en inobservancia de la reprochada falta de deber de cuidado, avalando por consiguiente esta Sala la posición del Tribunal de mérito en cuanto a su conclusión a que ese aspecto se refiere. En armonía con lo expresado, la alegada inexistencia de ley o reglamentación en punto a la navegación fluvial sobre el río Sarapiquí, fundamentalmente nocturna, no constituye obstáculo alguno para que, como medida primordial e imprescindible, el acusado utilizara algún medio de identificación luminoso, sea para que su lancha pudiere ser detectada por otras que en sentido contrario o en el mismo suyo navegasen (significando esto último, que las señales lo debían ser no solo delanteras (proa) sino también posteriores (popa), resultando por eso que su conducta contraría tuviera la adecuación y significación penal señaladas, puesto que racionalmente hay bases para pensar que, de haber llevado algún tipo de luces, el suceso no se hubiere producido. Y, sobre esto bien, puntualizan los juzgadores que: "... Y resulta intrascendente la costumbre asumida por los boteros en ese mismo sentido, ya que la imprudencia de unos no justifica la imprudencia de otros.", e igualmente acertaron al tomar en cuenta la posibilidad de un defecto mecánico del motor de la lancha, con los consiguientes peligros para la tripulación ante el clima adverso y que el caudal del río crecía y que, inclusive, no podía descartarse, en esas condiciones, la contingencia de un naufragio. Desde todas estas perspectivas, es que el deber de cuidado cobró toda su magnitud en cuanto a significación y reprochabilidad penal, en tanto y cuanto se inobservó sin razón exculpatoria o justificatoria concurrente. Así lo establece el a quo razonablemente fundamentado y en estricto apego a la situación jurídica y social del imputado y por ende, sin quebranto de las reglas de la sana crítica conforme se protesta. Por otra parte, como lo exigible no solo consiste en la señalada violación al deber de cuidado, sino también que debe mediar el necesario nexo causal entre la infracción a ese deber y la producción del resultado (muertes), esa relación se encuentra en igual forma evidenciada y plasmada correctamente en el fallo de mérito, puesto que la consecuencia del hecho (muertes) quedó determinada por la violación del aludido deber de cuidado, conclusión que la Sala prohija.

A este fin, es válida razonablemente la hipótesis mental aplicada por el Tribunal, en sentido de que "... difícilmente el percance se hubiere dado si al menos el

acusado se hiciere alumbrar de tal manera. Esta es, por lo tanto, su conducta culposa por ausencia del deber de cuidado. ...". En mérito de lo expuesto, procede rechazar el motivo en estudio."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 380-F de las 16 hrs. del 30 de junio.

24- HOMICIDIO CULPOSO - Caso fortuito por desperfecto en frenos excluye responsabilidad pese a infracción de tránsito por viajar personas fuera de la cabina.

"La Fiscal de Juicio del Ministerio Público con sede en la Provincia de Cartago alega en el único motivo de su recurso por violación de leyes sustantivas, el quebranto de los artículos 30, 33 y 117 del Código Penal, y del 124 de la Ley de Tránsito vigente. Estima que en el presente asunto no debió absolverse al imputado con sustento en la existencia de un caso fortuito, porque -según su criterio- resulta obvio que la conducta de aquél fue culposa, por lo que procedía su condenatoria por los delitos de Homicidio y Lesiones Culposas en concurso ideal y solicita que así se declare. Afirma que "si bien es cierto el desperfecto de los frenos en el vehículo que conducía el encartado el día de los hechos no le son atribuibles a su actuar, sí le es atribuible la responsabilidad de haber permitido que el occiso M.S.C. y el señor S.R. viajaran en el cajón del vehículo..." [...], lo que no permite la Ley de Tránsito. No le asiste razón. Como bien explica el tribunal de mérito, es cierto que la legislación correspondiente prohíbe que las personas viajen fuera de la cabina, lo que ocurre con cierta frecuencia en zonas rurales cuando se transporta madera u otros materiales como en el subjúdice, pero ello -que daría base para una sanción de acuerdo con aquella ley- no fue el motivo determinante del suceso que se investigó. En efecto, quedó acreditado que el vehículo de carga en que viajaban el encartado y los ofendidos se quedó sin frenos al romperse el conducto del respectivo líquido, lo que hizo que aquél tomara velocidad y se volcara hacia su lado izquierdo con las lamentables consecuencias que se produjeron [...]. Tal circunstancia, que no se demostró que pudiera haber sido prevista o evitada por el chofer del automotor, no podría generar en su contra una responsabilidad penal objetiva con apoyo en una falta de tránsito que no fue el factor desencadenante del accidente."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 11-F de las 10,40 hrs. del 9 de enero.

25- HURTO - Apoderamiento de reloj de persona fallecida.

"Se alega en el recurso presentado por La Licda. M.C.Z. a favor de J.D.M.V. y en la adhesión hecha por S.G.R. la violación al debido proceso prevista en la causal 6) del artículo 490 del Código de Procedimiento Penal. Se apoya ésta en una presunta falta de tipicidad en cuanto al hecho que acreditó el a quo relativo a la sustracción del reloj de la víctima después de su muerte, el cual, -según se afirmó- fue erróneamente calificado por los juzgadores como Robo

Agravado al encuadrarlo en el artículo 212 inciso 3) en relación con el numeral 209 inciso 7) del Código Penal. En criterio de los impugnantes, desde el punto de vista lógico como jurídico no se configuró este delito "por cuanto nunca se ejerció violencia física para la sustracción" (sic). El mismo Tribunal, -agregan- de manera diáfana establece que el homicidio y el "robo" fueron dos cosas totalmente distintas. Tan es así que literalmente manifestó: "...aprovechó para sustraer, del cuerpo ya sin vida del ofendido su reloj de pulso...". Por lo tanto no se da ese requisito de tipicidad. Es decir, no se trató de ponerlo en ese estado para sustraerle, más por el contrario, fue algo casual, no previsto....De igual modo resulta inaceptable hablar de un delito contra la propiedad al no existir un desapoderamiento. En efecto un cadáver no puede tener bajo su custodia un bien. Tampoco se puede decir que un cadáver sea una persona conforme a la exigencia del artículo 212 inciso 3) del Código Penal" [...]. El primer aspecto que cabe determinar es si este tipo de delitos contra la propiedad puede configurarse cuando el apoderamiento ilícito es sobre objetos de personas fallecidas anteriormente, esto es, que no resultaron muertas con motivo de la sustracción (o que la violencia física ejercida no fue para consumar el robo). Resulta obvio que, conforme a nuestra legislación, al fallecer una persona cesa su personalidad y en consecuencia el ejercicio de los derechos que podrían derivarse del hecho aquí investigado. Sin embargo, es importante distinguir entre el robo y el hurto, por cuanto en el primero la violencia se ejerce en contra de una persona viva (caso del robo simple artículo 212 inciso 3º y el robo agravado, artículo 213 del C.P.) mientras que en el hurto, no necesariamente los bienes que se sustraen tienen que estar bajo la posesión directa del dueño. En el robo sí debe darse la vis compulsiva o la vis física. Esto significa que al ejercerse la violencia sobre una persona -estando viva por supuesto-, ésta se realiza como un medio esencial para intimidar o reducir a la impotencia a la víctima a fin de facilitar el desapoderamiento (pudiendo ocurrir que la violencia llegue al extremo de producir la muerte pero con la finalidad de robar). Esta circunstancia es precisamente lo que califica o agrava la sustracción. En el presente caso, se desprende que efectivamente después de haberse cometido el homicidio (que se originó luego de una discusión por supuestas rendillas) [...], M.V. retrocedió y decidió sustraer al occiso su reloj, lo que significa que no se ejerció violencia física ni intimidación sobre el portador de dicho bien con el fin de despojarlo de sus pertenencias, por lo que el delito de Robo Agravado no se configuró. En otras palabras, la acción realizada por el sentenciado M.V. -comunicable al resto de los intervinientes en virtud del artículo 49 del Código Penal- es constitutiva del delito de Hurto Agravado que define el artículo 209 inciso 7) de dicho cuerpo legal sancionado con pena de prisión de tres meses a tres años en virtud de estarse en el caso del primer párrafo de dicha norma, en relación con el inciso 7º ibidem. El otro punto a dilucidar, es si tal error en la calificación de los hechos puede ser considerado dentro de los supuestos a que se refiere la causal prevista en el inciso 6) del artículo 490 relativa al debido proceso. La Sala Constitucional ha sostenido en el voto 2757 de 1992 y en el voto emitido en este recurso con motivo de la consulta preceptiva hecha por la Sala

Tercera (5074-94), que cuando no se trata de una falta de tipicidad el reparo no forma parte del debido proceso a menos que se haya producido un "grueso error, que conduzca a establecer que el juez llegó a conclusiones inadmisibles o absurdas". Analizadas las circunstancias en que se produjeron los hechos tenidos por demostrados en esta causa, se estima que el Tribunal cometió un error evidente al calificarlos [...].

Este error influyó de manera decisiva en la fijación de la pena por el ilícito que de modo equívoco se les atribuyó (Robo Agravado) y por el que resultaron condenados M.V. y G.R., razón por la cual deben acogerse ambos reclamos. Se anula la sentencia parcialmente en ese extremo. Se recalifican los hechos relativos a la sustracción del reloj del ofendido A.A. como Hurto Agravado, delito descrito y sancionado por el artículo 209 inciso 7) del Código Penal, y tomando en consideración las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que los mismos se presentaron, en particular el escaso valor del bien dicho, que el pleito desencadenante de la violencia en perjuicio de la víctima no tuvo como propósito el despojarlo de sus haberes sino que se trató de un aprovechamiento posterior, así como la ausencia de antecedentes penales de los co-encausados y demás factores que el tribunal de mérito estimó para establecer la condena, se impone a cada uno de ellos la pena de un año de prisión, la que deberán descontar, previo abono de la preventiva, en el establecimiento penitenciario que determinen los respectivos reglamentos."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 117-F de las 11,05 hrs. del 3 de marzo.

26- HURTO DE TITULO VALOR - Independencia de la falsificación y uso posterior del documento.

"La aplicación de una o más normas penales cuando se configura una conducta que encuadra en más de una descripción típica, depende de la existencia de una lesión efectiva o potencial a un bien jurídico, así como que el disvalor por tal lesión no esté contenido íntegramente en una de las normas concurrentes. Cuando una misma conducta se encuentra descrita en varias disposiciones legales, existirá un concurso aparente si éstas se excluyen entre sí, o bien se estime que la protección que una de ellas brinda a un bien jurídico, está cubierta por la otra, lo que haría venir a menos la razón de aplicar ambas y deberá resolverse el punto de acuerdo a los criterios conocidos al efecto. Sin embargo, si se estima que el disvalor de una norma no contiene el de la otra, y las mismas no excluyen expresamente su aplicación simultánea, se tratará de un concurso (ideal o real). En el presente asunto lo que se impone es determinar si la figura del hurto de un título valor, contiene en sí el disvalor por la falsificación que se pueda cometer o el uso sucesivo que se haga de tal documento falso. Considerar que sí, sería estimar que para el ordenamiento basta la sustracción, y es irrelevante que luego el documento sufra alteraciones ilícitas. Sin embargo, surge de inmediato que, con este hecho posterior se estarían lesionando otros intereses, ajenos a los patrimoniales, como es la afectación de la fe pública, así como la vinculación en un

asunto contencioso de otras personas ajenas a la primera acción, como pudo haber sucedido virtualmente en el presente asunto con respecto a los testigos J.Ch., quienes pudieron eventualmente ser instrumentos de la acusada. Ciertamente, no causa el mismo inconveniente social la sola sustracción, si además se realiza una falsificación o se hace uso de un documento falso, aunque sea el mismo documento que se sustrajo, con perjuicio adicional de la fe pública. Siendo de ese modo, es decir existiendo otro interés tutelado diverso al patrimonial y no estando dentro del disvalor de la sanción del hurto la falsificación o el uso falso ulterior, debe concluirse que esta norma no absorbe aquella, sino que puede tratarse de un concurso real de delitos.

III. Por consiguiente, lleva razón el Ministerio Público en su recurso de fondo formulado, pues el delito de hurto no contiene ni describe los delitos de falsificación y uso de documento, como lo afirma el Tribunal. Sin embargo, para resolver ese reclamo del Ministerio Público es necesario examinar con detalle los hechos que como probados haya tenido el Tribunal respecto de la falsificación y del uso de documento acusada en el Requerimiento de Elevación a Juicio [...]. No obstante en el presente caso no hay una adecuada fundamentación sobre los hechos respecto de esos delitos. El tribunal de juicio, considerando que ello carecía de interés por estar la acción absorbida por el hurto, omite entrar a conformar el cuadro fáctico que permita examinar la plausible aplicación o no del delito de falsificación o uso de documento falso, y se limita a señalar "En lo que respecta a los dos delitos de Uso de Documento Falso, el Tribunal por unanimidad considera que no puede dictarse una sentencia condenatoria, no porque estime que no se da la conducta que el Ministerio Público reputó como tal; no, lo que sucede es que no puede considerarse que la misma represente una conducta autónoma, independiente..." [...]. Siendo así, debe declararse con lugar el recurso por el fondo interpuesto por el órgano requirente, pero ante la imposibilidad de resolver el fondo, conforme lo autoriza el artículo 482 del Código de Procedimientos Penales, por falta de circunstanciación y determinación precisa del hecho probado (art. 395, inciso 3, ibid), debe decretarse la nulidad de la sentencia en cuanto contiene la decisión del Tribunal de estimar absorbido el delito de uso de documento falso en el delito de hurto. En consecuencia, deberá ordenarse un juicio de reenvío para que se conozca y se pronuncie un Tribunal sobre la acusación del Ministerio Público respecto de los hechos calificados como constitutivos del delito de falsificación o uso de documento falso. Esta nulidad, como es obvio, no afecta la condenatoria ya recaída en lo atinente al delito de hurto simple, la cual queda firme."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 449-F de las 15,15 hrs. del 8 de agosto.

27 INFRACCION A LA A LEY DE PROTECCION DE FAUNA SILVESTRE - Inexistencia de actos ejecutivos propios de la caza - Sanción de multa como pena principal impide aplicar prisión.

"En el único motivo del recurso, el defensor argumenta

ta que la acción demostrada a los encartados no encuadra dentro del verbo "cazar", en tanto no se tuvo por cierto que efectivamente se hubiera perseguido algún animal. Además, indica que fue impuesta a los encausados una pena inconstitucional, pues los meses de prisión que prescribe el artículo 94 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre están previstos sólo para la hipótesis en que el sentenciado no cancele la multa impuesta, mas no como pena original, y que, siendo así, resultan contrarios a la jurisprudencia constitucional, que declaró ilegítima la conversión en penas de prisión, de deudas por multas no canceladas.

II. Confrontando la serie de hechos que el tribunal tuvo por demostrados, la Sala concluye que no se está ante la conducta típica prevista en el artículo 94 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre. Efectivamente, lo que se señala en sentencia es que los encartados ingresaron a un parque nacional, provistos de los instrumentos adecuados para la cacería, más no que ya hubieran perseguido, atrapado o dado muerte a algún animal. Ello hace que la conducta de los encausados quede en grado de acto preparatorio (impunes, por principio, en nuestro Derecho Penal), en tanto no llevaron a cabo los actos ejecutivos propios de la caza, a saber el acoso, apresamiento o muerte de un animal silvestre (artículo 2 de la citada ley). Entender por "acoso", como pretende la representante del Ministerio Público, el acto de búsqueda, es hacer una interpretación extensiva del verbo previsto en el tipo penal, en detrimento de los encartados, pues para acosar, debe haber un sujeto u objeto determinado contra el cual se dirija la acción. Diferente hubiese sido si, ante una sospecha similar, los vigilantes observan la conducta de los imputados, a fin de comprobar sus intenciones a través de la puesta en práctica del acto de caza. De los hechos probados se evidencia como probable que los encausados pretendían dedicarse a la caza, pero, como se comentó, no llegaron a iniciar esa acción al ser sorprendidos antes de que concretaran su propósito, de modo que tampoco podría hablarse de una tentativa de delito al no haberse iniciado los actos de ejecución, conforme al artículo 24 del Código Penal. Además, el recurrente tiene razón al señalar que el tipo penal aplicado sólo prevé la sanción de multa, lo que significa que el juzgador sólo esa pena es la que puede imponer, conforme se desprende del artículo 94 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre. Si bien esa norma señala que la multa es "...convertible en pena de prisión de cuatro a ocho meses...", ello no significa que la pena principal que escogió el legislador fuere la privativa de libertad, ni tampoco que el juzgador tenga la posibilidad de escoger entre la multa y la prisión. El legislador fue claro, adoptó la pena de multa como pena única, y sólo estableció su "conversión" en pena privativa de libertad para los casos en que la multa no fuere pagada. El artículo 89 de esa ley es bien claro al respecto, en cuanto señala que "Se establece la imposición de multas, dentro de los límites mínimo y máximo correspondientes, para los delitos tipificados en este capítulo... Toda multa no pagada se convertirá en pena de prisión, de conformidad con los límites mínimo y máximo fijados para cada delito...". Lo anterior significa que el Tribunal no podía aplicar directamente una pena de prisión,

sin dar oportunidad siquiera para que el sentenciado cancele la multa. Pero aún más, también tiene razón el señor defensor al indicar que estas normas, en cuanto autorizan la conversión de la multa en prisión, deben estimarse inconstitucionales y por ello inaplicables, conforme a los razonamientos expuestos por la Sala Constitucional en su voto 1054-94 de las 15:24 hrs. del 22 de febrero de 1994, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 56 del Código Penal que autorizaba en forma genérica la conversión de la multa en prisión. En consecuencia, debe declararse con lugar el recurso formulado, casar la sentencia en cuanto condenó a los imputados por infracción a la Ley de Protección de la Fauna Silvestre y en su lugar absolverlos de toda pena y responsabilidad por ese delito."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 578-F de las 14,45 hrs. del 4 de octubre.

28- LEGITIMA DEFENSA - Consideraciones sobre sus requisitos.

"En la sentencia recurrida el Tribunal de juicio tuvo por cierto que en horas de la noche del veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, en la cantina Las Albardas, sita en Santa Cruz, se dio una pelea entre el ofendido I.V.S. y el acusado L.A.M.D., después de la cual el acusado se retiró del lugar, regresando un rato después a dicha cantina, donde aún estaba el ofendido, el cual tomó la cadena de la bicicleta y con ésta agredió al acusado, quien sacó un puñal y se lo introdujo al ofendido en el pecho, quien murió a consecuencia de la puñalada [...]. El Tribunal de mérito amplía las circunstancias en que se produjeron los hechos al realizar el análisis de fondo y admite expresamente que existió una agresión ilegítima por parte del ofendido, quien le dio un cadenzazo al acusado [...]. Sin embargo, excluye la legítima defensa por dos motivos fundamentales. En primer lugar, porque considera que, aunque el acusado tenía derecho a repeler la agresión, debió hacerlo en forma congruente con el ataque, ya que, a juicio de los juzgadores, sacar un puñal y herir en una parte vital es un exceso. En segundo término, porque consideraron que "el acusado es un hombre joven y fuerte, que pudo emplear fuerza para despojar al ofendido de la cadena, máxime que este último tenía un nivel de ebriedad elevadísimo, lo que hacía más fácil reducirlo a la impotencia". Ninguno de los argumentos expuestos por el a quo excluye, en la especie, la concurrencia de los presupuestos del artículo 28 del Código Penal, si se aplica rectamente la doctrina que lo informa. En cuanto al pretendido exceso en la defensa, lo cierto es que no se configura en este caso concreto. En efecto, tal y como lo hace ver el impugnante, ya la Sala ha indicado anteriormente, que: Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión "...no puede interpretarse ni como igualdad de armas ni como reacción proporcionada al ataque. No como lo primero, porque, pues el medio utilizado para defenderse, si es el único disponible, es indiferente; tampoco como lo segundo, porque no se puede fundamentar la legítima defensa en la Ley del Talión, de modo que se autorice al agredido para ser lesionado a cometer lesiones.

pero no homicidio, y al agredido para ser muerto a cometer homicidio, pero no lesiones." (Voto 176-F, de las 8:50 horas del 10 de julio de 1987). De modo que no podría exigírsele razonablemente al acusado M.D. que se defendiera, por ejemplo, a puñetazos, sólo porque el cuchillo que portaba es -en principio- un arma de mayor poder ofensivo que la cadena con que estaba siendo golpeado. Tampoco podría exigírsele que se defendiera de la agresión ilegítima de que era objeto únicamente lesionando, pero no dando muerte al agresor, si ello era necesario para proteger su vida o su integridad física. A juicio de esta Sala, considerando las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, en este asunto hubo necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión, toda vez que el imputado disponía solamente del puñal y, ante la naturaleza del ataque lanzado en su contra, no tuvo oportunidad de proporcionar exactamente su defensa a las lesiones que le estaba causando su oponente. Por otra parte, como ya ha sido expuesto en diferentes fallos de esta Sala, si bien es cierto que uno de los requisitos básicos de la causal de justificación bajo examen consiste en que el hecho no pueda evitarse de una manera distinta a la empleada para repeler la agresión, también es verdad "que no puede pedírsele a los ciudadanos que frente a la adversidad asuman conductas heroicas o cobardes..." Por ende, no debe exigírsele a la persona agredida desarmar al atacante, ni se le puede obligar a huir del lugar como forma de eludir cualquier tipo de enfrentamiento posible, pues ello equivaldría a desconocer tanto la naturaleza humana, como los objetivos propuestos por la ley al establecer la legítima defensa (ver votos 218-F de las 9:00 horas del 18 de agosto de 1990 y 562-F de las 9:20 horas del 20 de noviembre de 1992). Por lo tanto, no debieron los juzgadores excluir en la especie la causa de justificación alegada sólo porque el imputado no despojó al ofendido de la cadena con que lo estaba golpeando, ya que no se estableció realmente que estuviera en posibilidad de hacerlo, sin correr un grave riesgo para su integridad personal.

Es cierto que en abono de su tesis el Tribunal alega que el ofendido tenía "un nivel de ebriedad elevadísimo". Sin embargo, ello no implica que estuviera imposibilitado para actuar, primero porque no todas las personas reaccionan de igual manera ante la ingestión de una misma cantidad de alcohol. Segundo, porque media hora antes del suceso el ofendido había peleado cuerpo a cuerpo con el justiciable, siendo separados por los presentes, como también porque el ofendido estuvo en capacidad de agredir al imputado con la referida cadena, causándole lesiones, lo que motivó que este último se defendiera con el puñal. Según los hechos expuestos en el fallo, el ofendido estaba muy tomado de licor, pero actuó como una persona que podía valerse por sí misma, agrediendo en forma violenta al imputado, a quien no podía exigírsele en esas circunstancias que evitara la agresión de otra manera. De lo expuesto se desprende que efectivamente el imputado fue víctima de una agresión ilegítima por parte del ofendido y que la defensa empleada para repeler esa agresión fue razonable, si se consideran las circunstancias mencionadas al no disponer el acusado de otro medio para repeler la agresión, fuera de que su integridad física se encontraba en peligro ante el ataque del ofendido con un objeto con-

tuyente. Todo lo anterior lleva a esta Sala a la conclusión de que el Tribunal sentenciador violó, como se señala en el recurso, el artículo 28 del Código Penal al no aplicar la causa de justificación de la legítima defensa probada en autos."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 234-F de las 10,10 hrs. del 28 de abril.

29- LESIONES GRAVES - Lanzamiento de piedras junto con varias personas para lesionar a otro implica aceptación del resultado lesivo.

"La defensora del acusado V.V. interpone recurso de casación por el fondo y como único motivo aduce que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Limón aplicó incorrectamente el numeral 124 y dejó de aplicar el 140, ambos del Código Penal. Según su criterio, el delito de lesiones graves requiere para su configuración que se acredite la relación entre el medio empleado y la lesión producida, y al no haberse demostrado que los objetos lanzados por su defendido fueron los que causaron las lesiones, debió recalificarse el hecho al delito de Agresión con arma. No le asiste razón a la impugnante. Parte su alegato en la idoneidad del medio empleado para la configuración del ilícito de lesiones graves, lo que es erróneo, pues el tipo penal no exige ese elemento, como si lo es en el tipo penal del artículo 140 del Código Penal. Si como lo tuvo por demostrado la mayoría del Tribunal, el acusado participó en compañía de otros sujetos tirándole piedras al ofendido G.C. y como resultado de ese lanzamiento, éste resultó con lesiones que le incapacitaron por el término de tres meses, y con pérdida de la capacidad general orgánica de un cincuenta y cinco por ciento, no estamos en presencia de un simple delito de Agresión con arma, como se pretende, pues fue una de las piedras lanzadas la que produjo lesiones de las previstas en el artículo 124 del Código Penal. Por lo demás, si bien no se pudo acreditar si fue la piedra o piedras que tirara el encartado V.V. la que produjo la lesión, es lo cierto que participó en el hecho, y desde el momento en que inició el lanzamiento de los objetos tenía pleno conocimiento y así lo aceptó, que lo podía lesionar, como en efecto sucedió, de ahí entonces que si tuvo dominio del hecho y por lo tanto resultó ser coautor del mismo. Debe tomarse en cuenta que en sentencia se tuvo por cierto que el encartado le lanzó piedras al ofendido, junto con un grupo de jóvenes. Al integrarse al grupo que lesionaba con piedras al ofendido, el encartado aceptó como una consecuencia probable los resultados lesivos que finalmente se llegaron a producir sobre su víctima, independientemente de que no se estableciera si fueron las piedras que lanzó el imputado, o las de su acompañantes, las que en concreto causaron las severas lesiones en el cuerpo de la víctima. Además, en el presente caso podríamos afirmar que existe un dolo dirigido a causar lesiones, por medio del lanzamiento de piedras a un transeúnte, propósito que se logró conseguir con la participación conjunta de varios jóvenes, entre los cuales estaba el imputado, quien no solo aceptó las consecuencias del acto sino que además intervino activamente lanzándole piedras

al ofendído hasta finalmente lograr lesionarlo en forma grave entre todos ellos. Por lo expuesto, se rechaza el único motivo interpuesto."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 28-F de las 14,40 hrs. del 29 de enero.

30- NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA - Agresión y amenazas a concubina para obligarla a introducir droga en el penal.

"Para resolver un recurso por el fondo, esta Sala debe sujetarse al cuadro fáctico acreditado en sentencia, con el objeto de establecer si el derecho sustantivo se aplicó correctamente o no. Al respecto, en la especie se tuvo por cierto lo siguiente: "a) Que a eso de las once horas del diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y dos, la aquí imputada I.C.C. fue interceptada por autoridades de la Unidad de Admisión de esta ciudad, cuando intentaba ingresar a ese centro de reclusión, donde guarda prisión su concubino el Interno R.S.V. b) que la acción de dichas autoridades, se debió a que se tenía informes de que la imputada trataba de introducir droga bajo sus ropas, por lo que se dio aviso a la Policía Judicial y estas [sic] a su vez, pidieron a la señora Juez de Instrucción competente, se hiciera el respectivo registro corporal de la acusada. c) que verificada esa diligencia, se halló en los genitales de la imputada sendos envoltorios en papel periódico conteniendo picadura de MARIHUANA y, en papel aluminio, doce piedras de "crack". d) que esa droga la llevaba la imputada para su concubino S.V. quien la había obligado a hacerlo, dándole días antes una golpiza, en el mismo Penal, que ameritó el traslado de la imputada al Hospital, y la tenía amenazada con seguirla agrediendo si no le llevaba la droga." Ahora bien, a juicio del Tribunal de mérito en el presente asunto se configuró la causal de exclusión de culpabilidad prevista por el artículo 38 del Código Penal, ya que, "...la golpiza que recibió la imputada, el día cercano a los hechos acusados, de parte de su concubino, era suficiente para persuadir a ésta de que siguiera al pie de la letra los deseos de él, de que le llevara la droga en mención." Añade el fallo que: "...el argumento de que la imputada podría evitar que ese hecho se repitiera, simplemente dejando de visitar a su concubino, supone un tratamiento superficial de la problemática de la imputada, como mujer agredida, su dependencia afectiva con su concubino y la probabilidad de que las amenazas de éste se concretaran a corto o mediano plazo" (sic, [...]). Examinados los hechos desde la óptica anterior, no observa esta Sala que se haya cometido algún yerro en la aplicación de la ley sustantiva.

El fallo tuvo por probado que la justiciable actuó obligada no sólo por la paliza que le había propinado su concubino, sino también por las amenazas que éste había proferido en su contra, de modo que, dada su condición de mujer agredida, no podía esperarse que actuara de otra manera, ante la grave e inminente posibilidad de sufrir males mayores. No se puede negar que, para la existencia de la causal de comentario, basta una disminución consid-

erable en el ámbito de libre determinación de la persona, es decir, no se requiere una imposibilidad absoluta de exigir otra conducta. Como bien indica Soler: "Al hablar, pues, de coacción nos referimos a aquéllos casos en los cuales el sujeto resuelve entre un número restringido de posibilidades, pero resuelve él. El que está amenazado de muerte para que destruya un documento, es todavía libre de resolver una cosa u otra, y si rompe el documento, es indudable que entre las posibilidades ha querido una (coactus voluit)." [Soler, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, T.E.A., séptima reimpression, tomo II, 1976, pág. 81]. Por ende, para la procedencia de la causal bajo análisis no se requiere que el sujeto esté absolutamente impedido para actuar de otro modo. Si se diera esta última circunstancia, lo que tendríamos sería una falta de acción, como ocurre cuando se ata o se sujeta a una persona para evitar que realice un acto debido, lo cual obviamente no responde a la hipótesis que se examina. En realidad, la víctima de "coacción" se ve obligada a realizar actos determinados (vis compulsiva), lo cual excluye todos aquellos supuestos que -por su magnitud- configuran una fuerza física irresistible que elimina la conducta (vis absoluta). [Cfr. Zaffaroni, **Tratado de Derecho Penal, Parte General**, Buenos Aires, EDIAR, tomo IV, 1982, pág. 240]. Aunque no lo hayan indicado expresamente, los juzgadores estimaron que la encartada C.C. incurrió en una acción típica y antijurídica, pese a lo cual se excluyó el juicio de reproche en su contra, al considerarse que -ante la agresión y amenazas de que había sido objeto- no era razonable exigirle una conducta diversa. Para llegar a otra conclusión habría que modificar los hechos de la sentencia, lo cual no es permitido en esta vía."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 756-F de las 8,45 hrs. del 22 de diciembre.

31- PECULADO - Irrelevancia de la naturaleza pública o privada de bienes entregados en custodia al funcionario.

"En el único motivo de su recurso por el fondo, alega el representante del Ministerio Público que el tribunal de mérito inobservó los artículos 354 bis, 352 y 356 en relación con el 57 y 58, todos del Código Penal, y aplicó en forma errónea el numeral 223 del mismo cuerpo de leyes. Señala que se tuvo como acreditado que la víctima R.V.A. fue compelido por la autoridad de policía que había efectuado su arresto, a entregar a la Oficialía de Guardia (concretamente al imputado G.S.A.) sus bienes previo a ingresar a la celda. Es así como aquél entregó sus joyas en depósito a este último (una "esclava" o pulsera de oro y otras cadenas del mismo material). Sin embargo, una vez que V. fue puesto en libertad, S. únicamente le devolvió las cadenas referidas pero no la pulsera, con lo que - se afirma - cometió el delito de Peculado y no el de Apropiación Indevida [...]. Solicita se recalifiquen los hechos y se imponga al acusado la pena de tres años y una semana de prisión, así como la pena accesoria de inhabilitación por seis años que prevé el artículo 356 citado. En efecto, le asiste razón al impugnante. Los juzgadores estimaron de modo erróneo que aunque el imputado era funcionario

público a la fecha de los hechos, no podía configurarse el delito de Peculado porque el bien que se le entregó en depósito no era público ni estaba destinado a un fin de esa naturaleza o administrativo [...]. Asimismo señalaron que existió de parte del ofendido una entrega voluntaria del bien "y no reglamentaria o legal" [...] el cual le fue guardado como "un acto de costumbre policial al ser detenido como medida cautelar" [...], pues ninguna autoridad competente ordenó su entrega a aquél en su carácter de funcionario público [...]. Como puede observarse, el tribunal de mérito parte de un sofisma que es fácilmente refutable: si la víctima hizo entrega de sus bienes a S.A. para que le fuesen guardadas o custodiadas (a gestión de las mismas autoridades de policía), lo fue precisamente porque aquél era el encargado de realizar esa labor conforme se afirma en la misma relación de hechos probados [...] y no por ninguna otra razón. Inclusive suele decirse en doctrina que el delito de Peculado constituye una retención indebida calificada, porque el abuso es cometido por un funcionario público en el desempeño de su cargo (consultar al respecto la obra de Breglia Arias y Gauna, Código Penal comentado, anotado y concordado; edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, seg. edic. 1987, p. 907), siendo que la figura delictiva aplicable es la del 352 en relación con el 356 del Código Penal, por ser excluyente de la segunda citada (la retención o apropiación indebida del 223 ibíd).

Así entonces, no interesa en este asunto, para los fines del correspondiente tipo penal, que los bienes entregados en custodia no fuesen públicos o carecieran de ese fin, pues lo que importa es que el respectivo funcionario público los recibió o le fueron confiados en razón de su cargo, como quedó demostrado."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 147-F de las 9,35 hrs. del 12 de abril.

32- PIRATERIA - Omisión de portar cartas de navegación provocadora de explotación ilegítima de riquezas ictiológicas.

"Los hechos probados, a los que arribó el Tribunal de Juicio con fundamento en prueba testimonial recabada durante el debate, son claros y pueden resumirse así: El 24 de octubre de 1994, una lancha patrullera de la Base Naval de Limón detuvo a la nave Daniela, de bandera venezolana y al mando del imputado como capitán de la misma, en momentos en que sus tripulantes pescaban en aguas nacionales, pues tenían colocada una línea tiburonera, de la que estaban enganchados en sus anzuelos doce escualos, a seis millas de la desembocadura del río Parismina. La localización de la nave venezolana por parte de las autoridades nacionales fue posible porque aquella comunicó por el canal internacional de su radio que tenía un herido delicado a bordo "siendo que fue escuchada precisamente por las autoridades navales de Limón las cuales se hicieron presentes de inmediato A LA UBICACIÓN DADA POR EL IMPUTADO quien indicó estar en aguas jurisdiccionales de Nicaragua..." [...]. La nave detenida no contaba con permiso de pesca en aguas costarricenses, aunque sí lo tenía para faenar en aguas territoriales de Nicaragua. Tampoco tenía

a bordo carta de navegación que le permitiera establecer con precisión su ubicación o determinar la ruta que debía seguir. Es a esos hechos, establecidos por la mayoría juzgadora con fundamento en prueba testimonial para la que contó con la inmediatez de su recepción, a la que deben aplicarse el derecho positivo vigente. La conducta acusada halla su tipificación, en una especie de injerto poco feliz, que aparece en el inciso 1 del artículo 256 del Código Penal, dedicado el artículo, casi íntegramente, a tutelar bajo el acápite de Piratería, la seguridad común, de los buques y de las personas que en ellos viajen como pasajeros o formando parte de la tripulación, así como de sus bienes y equipajes. Separándose de esa normativa, la primera parte del inciso 1 citado, tutela la riqueza ictiológica de la nación, tanto en la mar cuanto en ríos navegables, configurando así una especie de delincuencia ecológica o de preservación de los recursos ictiológicos naturales, lo cual obliga a armonizar la indicada norma con el derecho positivo relativo a la pesca, a la conservación de los recursos naturales y a la navegación.

En nuestro Código Represivo, el delito de Piratería forma parte del Título IX, que cobija los delitos contra la seguridad común. Levene se refiere así a esta figura: "El Capítulo III del Título "De los Delitos Contra la Seguridad Común" legisla el delito de Piratería. La detallada enunciación que al respecto hace nuestro Código, es poco común respecto a las legislaciones de derecho comparado. Algunos Códigos hasta obvian este precepto. La circunstancia se debe a que se lo ha considerado un delito propio del Derecho Internacional. Doctrinariamente, Carrara, Cuello Calón, Quintano Ripolles -entre otros- han hecho prevalecer el criterio de que los autores de este delito quedaran sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes." (LEVENE, Ricardo H. Manual de Derecho Penal. Parte Especial, f. 403. Fidenter, 1978). La cita no carece de importancia, porque el bien tutelado en la delincuencia que se examina -la riqueza ictiológica de la nación-, está compuesto por muchas especies de peces altamente migratorias, por lo que, al caso concreto, cabe la aplicación tanto de la ley costarricense cuanto de la internacional relacionada con la conducta objeto de la acusación y con el bien protegido que cambia constantemente de ubicación. En el caso sub examine, es evidente que la conducta típica sancionada por la primera parte del inciso 1 del artículo 256 del Código Penal que nos rige, se produjo. Así lo establecen, sin discrepancia entre ellos, todos los Jueces Superiores integrantes del Tribunal de Juicio. El acusado fue encontrado pescando, realizando "la explotación no autorizada de la riqueza ictiológica de la nación"... "en el mar territorial" costarricense, tal y como describe nuestra legislación represiva vigente la conducta delictiva por la que se le acusó. Así, la conducta del justiciable, acreditada en el juicio tanto por la mayoría cuanto por la minoría del Tribunal sentenciador, es antijurídica. No obstante lo anterior, esa conducta no es culpable por ausencia de dolo para la mayoría de los jueces (sic), pero sí para el juzgador de minoría.

Le está vedado a esta Sala modificar el cuadro fáctico que el Tribunal de Mérito tuvo por acreditado con fundamento en prueba testimonial, para lo que contó con la inmediatez de su recepción directa, de lo que los suscritos

se ven privados por la ausencia de grabación de los testimonios, lo que tanto se echa de menos. Tampoco puede esta Sala -en el recurso por el fondo de que conoce- proceder a una revaloración de la prueba testimonial recibida, para examinar si la derivación que de ella hizo la mayoría juzgadora al concluir que en el imputado hubo una ausencia total de dolo, es o no correcta. En el marco establecido, debe examinarse si al caso es aplicable el supuesto del artículo 18 del Código Penal como lo pretende la recurrente. Por imperio del artículo 6 de la Constitución Política, el Estado costarricense debe ejercer su soberanía en las aguas territoriales de la República y mantener, además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de 200 millas. Como Estado ribereño a esas aguas, " debe determinar la captura permisible de los recursos vivos en su zona económica exclusiva", (Art. 61 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Mar, ratificado por Ley No 7291 de 12 de marzo de 1992) es decir, sobre las 200 millas antes mencionadas. Para los indicados efectos, debe tomar las medidas y ejercer los controles que estime convenientes a sus intereses y obligaciones. Una de las disposiciones legales existentes para transitar por aguas nacionales, consiste en el deber de portar carta de navegación en las embarcaciones que tal cosa hagan. Así se establece en el Decreto No XIV, dictado por don Próspero Fernández el 23 de febrero de 1884, artículo 98.5 en relación con los numerales 90 y 84 *ibidem*.

La obligación de portar cartas náuticas o de navegación, la impone a todos los Estados el ya citado Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en los incisos 3 y 4 de su artículo 94, por lo que, siendo venezolano el pabellón de la embarcación Daniela, aquella nación, en cumplimiento del indicado Convenio, debió en su oportunidad prevenir al capitán de esa nave, antes de que se hiciera a la mar, de la obligación legal que tenía de portar cartas náuticas, especialmente si su destino lo llevaría a cruzar las aguas territoriales de varias naciones americanas, pues la embarcación había zarpado de Venezuela, de donde llegó a Nicaragua en donde el capitán gestionó y obtuvo el permiso de pesca correspondiente, para trasladarse después a las aguas del mar costarricense (Ver declaración de A.K. [...]). Existía, pues, un deber jurídico del encartado, como capitán de una nave, de llevar consigo las cartas náuticas que le permitieran saber, en todo momento, la ubicación en que se encontraba, tanto para respetar las distintas soberanías nacionales en las que se proponía faenar, cuanto como garantía de seguridad para sí y para los tripulantes que a sus destrezas y capacidades se habían confiado. Bajo las indicadas obligaciones legales, el imputado no solo podía evitar la acción antijurídica en que incurrió, sino que tenía el deber legal de evitar esa acción, lo que sin duda habría logrado con solo cumplir los deberes legales que corresponden a su condición de capitán de nave, especialmente si, como la sentencia recurrida lo dice, con él viajaba un hijo suyo que estaba capacitado para leer cartas de navegación. También sabía bien el encartado de su obligación de obtener los correspondientes permisos de pesca para poder faenar legalmente en los mares terri-

toriales de las diferentes naciones por los que navegara, tanto así que tuvo buen cuidado de obtenerlos en Nicaragua. Alega la recurrente que la omisión del justiciable, capitán de nave con 18 años de experiencia, de portar las cartas de navegación, constituye la causa del delito que se le atribuyó, por lo que debió aplicarse al caso el contenido del artículo 18 del Código Penal. Sobre este particular Sebastián Soler indica que "...el problema...consiste en saber si el hecho cuya ausencia se demuestra eficiente en la producción del evento, debió o no, en la situación dada, ser ejecutado." y más adelante amplía: "...El límite para la imputación está señalado en esta pregunta: Cuando el orden jurídico impone a un individuo el deber de evitar un resultado, bajo la amenaza de imputarle ese resultado como si fuera obra suya?. La mera abstención se transforma en omisión punible, cuando el acto que habría evitado el resultado era jurídicamente exigible." (SOLER, Sebastian, Derecho Penal Argentino. TEA, 1973, pág. 295).

No cabe a esta Sala duda de que el capitán de una nave que se hace a la mar, especialmente si se propone cumplir una ruta larga que cruza las aguas nacionales de varios países, tiene el deber jurídico de portar consigo cartas de navegación. (Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, citado.). Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo nos ayudan a determinar si el cumplimiento de ese deber jurídico apuntado -portar cartas de navegación-, hubiera evitado el resultado de pesca ilegal en aguas nacionales que se acusa. Los indicados autores señalan: "Por último, debe recordarse que anteriormente, al estudiar las formas de comisión por omisión punibles en nuestro Derecho, hablamos de la conducta omisiva como productora causalmente de un resultado.

En relación a ello importa destacar que, si bien no existe en tales casos un enlace físico-naturalista entre la actuación negativa y el evento, debe hablarse de causalidad en tanto en cuanto es perfectamente aplicable el juicio hipotético propio de la doctrina de la *conditio sine qua non*; la omisión es causal, en la medida en que, de haber concurrido mentalmente la acción no ejecutada, desaparecería, es decir, se hubiera impedido, el resultado." (CORDOBA RODA, J. y Rodríguez Mourullo, G. Comentarios al Código Penal. ARIEL, 1976, pág. 9). En el caso bajo examen, viajando con el imputado un hijo suyo capacitado para leer cartas de navegación, si el primero hubiera cumplido con el deber jurídico de portarlas, habría sabido, con toda exactitud, en qué momento penetraba a aguas nacionales costarricenses y, con ello, se habría evitado el ilícito que ha sido objeto de este proceso. Por lo indicado, debe declararse con lugar el recurso por el fondo presentado por la recurrente y se casa la sentencia únicamente en cuanto se absuelve al encartado G.T. del delito de Piratería y en su lugar, en aplicación de los artículos 18 y 256. 1 del Código Penal, se declara a I.M.G.T. autor responsable del delito de PIRATERÍA en perjuicio de la Riqueza Ictiológica de la nación."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 410-F de las 9,45 hrs. del 14 de julio.

33- POLICIA MUNICIPAL - Carácter de policía administrativa - Validez de su intervención frente a un hecho flagrante.

"Se denuncia el quebranto de los artículos 11, 12, 37 y 140 de la Constitución Política, ya que, a juicio del recurrente, la actuación de la llamada Policía Municipal es ilegítima, por no estar amparada en ninguna norma legal, como también porque la detención de su patrocinado y el decomiso de sus bienes son actos ilegítimos, por haberlos realizado personas que no pueden ser consideradas como funcionarios públicos. El alegato no es de recibo. Nuestra Constitución Política señala en el párrafo segundo del artículo 12 que: "Para la vigilancia y conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía necesarias." De esta norma se deriva una potestad amplia para que el legislador, sujeto por supuesto a los procedimientos jurídicos y a los límites de razonabilidad y proporcionalidad, establezca todos aquellos cuerpos policiales que estime necesarios para conseguir los fines propuestos. En desarrollo de la citada norma constitucional, el artículo 4 de la Ley General de Policía (número 7410 de 26 de mayo de 1994) dispone que: "Las fuerzas de policía estarán al servicio de la comunidad; se encargarán de vigilar, conservar el orden público, prevenir las manifestaciones de delincuencia y cooperar para reprimirlas en la forma en que se determina en el ordenamiento jurídico." Asimismo, el artículo 6 ibídem, establece cuáles son los cuerpos policiales encargados de la seguridad pública del país, entre los cuales se incluyen no sólo los que se detallan en forma expresa, sino también "...las demás fuerzas de policía, cuya competencia esté prevista en la ley". Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 inciso 9) del Código Municipal: "Corresponde a las municipalidades la administración de los servicios locales, con el fin de promover el desarrollo integral de los cantones en armonía con el desarrollo nacional. Dentro de estos cometidos las Municipalidades deberán [...] 9) Velar por la seguridad de las personas y el orden público, mediante una acción coordinada con las autoridades y entidades nacionales." Con base en esta disposición, la Sala Constitucional ha establecido reiteradamente que las potestades de policía están implícitas en la competencia de los municipios, de modo que bien pueden los gobiernos locales crear los cuerpos necesarios -tales como la Policía Municipal- a fin de dar cumplimiento al contenido del artículo mencionado (ver, por todos, voto número 0061-95 de las 16:03 horas del 4 de enero de 1995). Es verdad que, tratándose de una Policía administrativa, sus funciones principales son de carácter preventivo, o sea, que están dirigidas fundamentalmente a guardar el orden y la seguridad de la comunidad. Por ello, podría pensarse que estas fuerzas de policía carecen de competencia para intervenir en la investigación de hechos delictuosos. No obstante, el artículo 162 del Código de Procedimientos Penales faculta a los miembros de la Policía administrativa para actuar en aquellos casos en que no pueda hacerlo inmediatamente la Policía Judicial y para esos efectos equipara el régimen jurídico de ambos cuerpos policiales, de modo que: "Serán considerados también oficiales de la Policía Judicial, los de la policía

administrativa, cuando cumplan las funciones que este Código establece; y auxiliares, los empleados de ella." Con fundamento en lo expuesto, queda claro que -en este caso concreto- la actuación de la Policía Municipal frente a un hecho flagrante, que requería la inmediata actuación de las autoridades, no reviste ilegitimidad alguna, motivo suficiente para que el reproche sea declarado sin lugar."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 24-F de las 14 hrs. del 29 de enero.

34- PRIVACION DE LIBERTAD AGRAVADA - Acuerdo de voluntades que se manifiesta en diversos actos independientes pero con una misma finalidad excluye concurso material.

"De acuerdo con los hechos que se acreditó, los encartados al momento en que ejecutaban un operativo de tránsito, procedieron a la efectiva detención del vehículo conducido por el ofendido G.S., quien viajaba en compañía del también perjudicado G.Q. y de L.V.R., lo sacaron mediante el empleo de fuerza del automotor y mientras F.N. lo golpeaba en la cabeza y el cuerpo, acostándolo incluso para tales efectos en la tapa del automotor, el co-imputado F.G. también lo golpeó y "lo esposó" con las manos hacia atrás, ante lo que G.Q. optó por tratar de salir del vehículo, pero F.G. lo tomó del pelo y lo tiró dentro del automotor, cerrando violentamente la puerta y golpeando el pie de G.Q. En ese momento llegó el ofendido L.A.M.G. quien solicitó a los encartados cesar la agresión; sin embargo, B.V.R. procedió a detener a M.G., quien junto con los otros perjudicados, fue trasladado a las oficinas de la Dirección de Tránsito [...]. De acuerdo con el resumen expuesto, se aprecia que en este caso los imputados actuaron conjuntamente (unidad de acción y resultado). En efecto, aún y cuando participan tres ofendidos y constan debidamente especificadas las acciones que realizara cada encartado, no se puede considerar que se trata de tres delitos independientes en concurso material. Corresponde tomar en cuenta que el traslado de los detenidos se hizo en una sola acción, lo que permite apreciar que hubo unidad de acción para todos y bajo esos parámetros, se trata en la especie de un sólo ilícito de Privación de Libertad Agravada en daño de los tres perjudicados cometido por cada encartado. Cabe agregar, que no resulta necesario para que se configuren los ilícitos investigados en esta causa, que todos los imputados ejecuten las mismas acciones, sino que basta el acuerdo de voluntades que se manifiesta en diversos actos ejecutados de manera independiente por cada partícipe, pero con una misma finalidad."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 252-F de las 11.15 hrs. del 5 de mayo.

35- ROBO AGRAVADO - Alcances del concepto "fractura de puerta".

"El Tribunal de mérito tuvo por probado "Que al ser aproximadamente las dieciocho horas del veinticuatro de

enero de mil novecientos noventa y dos, el encartado T.H., se presenta hasta la vivienda de los ofendidos C.M. y S.B., sita en el centro de la localidad de Siquirres, y luego de arrancar de la puerta trasera de la vivienda las aldabas que aseguraban las mismas, conteniendo incluso sus candados se introduce en la mencionada vivienda de donde sustrae..." [...]. Cita el a quo en respaldo del hecho que tiene por probado "la inspección judicial de folio 60 relativo al estado de las puertas en la casa de los ofendidos" [...], en cuya acta puede leerse: "La bodega tiene una puerta al fondo que comunica un patio angosto dicha puerta presenta el macho de la aldaba quebrado y la aldaba misma presenta signos de haber sido arrancada de sus clavos y vuelta a colocar; asimismo entre la bodega y cuarto de pilas existe una puerta construida con regla esparcida o separada, esa puerta también presenta el macho de la aldaba quebrado..." [...]. La conducta así descrita se ajusta al tipo penal previsto por el artículo 213 inciso 1) del Código Represivo, aplicado en el caso por el a quo al dictar su sentencia condenatoria. Argumenta el recurrente "que no existió perforación o fractura de pared o puerta alguna, sino al contrario, existió una simple acción de desprendimiento de las aldabas que se aferraban a las mismas" [...]. En su anterior argumentación el recurrente modifica al cuadro fáctico que el Tribunal sentenciador tuvo por acreditado incurriendo, al hacerlo, en una contradicción que aunque sutil la pone de manifiesto, pues si por una parte se refiere a un simple desprendimiento de aldabas, por la otra reconoce que las mismas se encontraban aferradas a las puertas, lo que implica el uso de la fuerza para su desprendimiento o arrancamiento. Lo anterior está corroborado por el acta de inspección judicial anteriormente citada, según la cual los recibidores de las aldabas -machos los denomina la sentencia- aparecieron quebrados. Se usa el plural porque fueron dos las puertas aseguradas con sendas aldabas y candados las que aparecieron forzadas. Fracturar una puerta no significa, para el caso de la delincuencia que nos ocupa, necesariamente partir en pedruzcos el tablero de la misma. Explica el Diccionario de la Lengua Española editado por la Real Academia de la Lengua, que "Fractura: acción y efecto de fracturar", y, a la vez, "Fracturar: Romper o quebrantar con esfuerzo una cosa". No cabe duda de que para la ruptura de los machos que sirven para pensar la aldaba con un candado u otro instrumento icóneo, fue necesario el empleo de la fuerza, pues ese efecto no se logra con un simple desprendimiento como el recurrente lo pretende.

Aldaba y candados son elementos utilizados para reforzar las defensas de una puerta o ventana, y es ese aspecto de defensa el que, junto con la peligrosidad denotada por su ruptura, elemento básico de la figura del robo agravado. "Dice GONZALEZ ROURA que los términos perforación o fractura son lo suficientemente expresivos para que nadie pueda torturarse con dudas acerca de su significado. Habrá efracción cuando se corte, rompa, fracture, perfore, demuela, fuerce o destruya el medio defensivo, así consista en un cerco, una pared, una ventana, una puerta, el techo o el piso, sea que la violencia recaiga sobre los tableros, vidrios, cerraduras, candados, o en cualquier otra seguridad de la puerta o ventana destinada a ofrecer resistencia a la acción del culpable." (Derecho Penal Za ed.

Tomo III, No 166, pág. 228. GARZAUD *Traite* T. VI, pág. 207). Soler, por su parte, señala que "Ya que, no consumiéndose el hurto por la simple remoción de la cosa, no puede negarse la calificación cuando la fractura tiene lugar para sacar la cosa porque eso importa también perpetrar el robo con fractura, que es cuanto la ley exige. Lo importante, por lo tanto, es que se trate del rompimiento de cosas dotadas de alguna resistencia física, defensiva, que cierren o delimiten un ambiente y que cumplan esa función de manera evidente e intencional." (SOLER Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. T. IV, pág. 265. TEA 1976). Esta Sala ya tiene resuelto este punto en lo relativo a lo que material y funcionalmente forma parte de una puerta, y lo que es, para los efectos de la delincuencia que nos ocupa, su rompimiento: "Es frecuente que además disponga de rejas, aldabillas, picaportes, etc. Esto nos da una idea, siquiera elemental, de la diversidad de componentes que materialmente constituyen una puerta y que contribuyen a darle su utilidad funcional de permitir o impedir la entrada y salida de un lugar habitado (o de una de sus dependencias).

En el caso en examen, se tiene que la puerta trasera de la casa del ofendido disponía de un picaporte, que es una especie de cerradura cuyo pestillo entra en el cerradero o recibidor y queda encajado en él para impedir la apertura de la puerta: materialmente se trata de un dispositivo sencillo, pero que fundamentalmente es de gran importancia porque conforma y dota de seguridad y solidez a la puerta en la cual se adhiere, impidiendo el acceso al recinto (función defensiva de la puerta). De esa manera desde el punto de vista estructural, dañó su materialidad, pues la fuerza ejercida dobló el pestillo del picaporte y desastilló el marco de la puerta donde estaba pegado su recibidor, lo cual constituye una fractura de la puerta, desde el punto de vista material y funcional, porque se rompió o quebrantó esa defensa en cuestión." (Ver V-193-F, Sala Tercera, de las 15:25 hrs. del 4 de abril de 1995). Rotas que fueron las aldabas colocadas en dos puertas y tratándose de una casa de habitación, el Tribunal Sentenciador aplicó correctamente el numeral 213 inciso 1) del Código Represivo, por ajustarse los hechos que se tuvieron por probados a la figura típica que ese indicado numeral señala."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 318-F de las 14,20 hrs. del 8 de junio.

36- ROBO AGRAVADO - Aplicación de teoría de la disponibilidad para definir consumación.

"Como único agravio del recurso por vicios in iudicando interpuesto por la representación del Ministerio Público, se acusa la inobservancia de los artículos 24 y 213 inciso 2º del Código Penal, por cuanto estima que el hecho tenido por cierto constituye un delito consumado de Robo Agravado cometido con armas y no una tentativa, como lo consideró el a quo. Solicita que así se declare y que se imponga al acusado el tanto de cinco años de prisión. A efecto de resolver este reclamo es menester considerar los hechos acreditados por el a quo, que aquí se transcriben: «A.-) Que al ser aproximadamente las tres horas del dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y

uno, hasta el establecimiento de gasolina Servicentro Moín, sito sobre la carretera principal que conduce de Limón a San José, y en el que se encontraban laborando los señores J.C.E.G. y W.P.C., se hicieron presentes el aquí encartado D.G.M. y su hermano R., portando el primero un cuchillo mientras el mencionado R., menor al momento de los hechos, llevaba consigo un revolver con el cual amenazó a los mencionados empleados a fin de que les entregaran el dinero existente en el sitio, lo que efectivamente logran retirándose del lugar. B.-) Que al ser informada la Guardia Civil de lo acontecido, se hacen presentes al lugar, ocurriendo que de camino al mismo, se topan con los encartados quienes al verse observados por la policía se introducen en (sic) las bicicletas que viajaban por un sector que une la vía principal de entrada a Limón con el sector de Envaco, sitio en donde se separan, lográndose en primer término la detención del aquí acusado D.G.M. y momentos después la de su hermano R., decomisándose al primero el cuchillo que portaba y al entonces menor la suma de cuarenta y ocho mil ochocientos quince colones en dinero efectivo y de diferentes denominaciones. C.-) Que igualmente y en razón a la información que da el mismo menor, se decomisa una arma de fuego estilo escuadra, automática, con empuñadura de madera color café barnizada, calibre 22, marca Star con siete proyectiles y su magazín o cargador, la cual apareció escondida cerca del sitio de su detención. D.-) Que el encartado D.G.M. no cuenta con juzgamientos anteriores» (sentencia, folio 152 frente y vuelto).

El Tribunal de mérito excluyó la consumación del delito por dos razones, a saber: porque no se determinó si había sido sustraída una suma superior a la que fue decomisada, y porque los autores fueron detenidos en forma casi inmediata al asalto, en un sitio cercano al lugar del hecho, lo que determinó que no pudieran disponer de lo sustraído [...]. En realidad, el argumento del a quo se puede sintetizar en que el delito no se consumó porque la oportuna intervención de la policía imposibilitó a los autores del hecho la disponibilidad sobre el dinero robado. Por su parte, como se indicó al inicio de esta exposición, el recurrente estima que el delito sí se consumó, porque, aunque fuera por poco tiempo, sí existió la posibilidad de disposición del dinero por parte de aquellos. En apoyo de su tesis hace cita de doctrina según la cual dentro de la fase externa del iter criminis cabe hacer una distinción entre la etapa de consumación y la etapa de agotamiento del delito (cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes: Derecho Penal, Parte General, Valencia, Tirant lo blanch, 1993, p. 369). Estos autores citados por el recurrente, señalan que distinta a la "consumación formal" es la "consumación material, agotamiento o terminación del delito", en la que el autor no solo realiza todos los elementos típicos, sino que, además, consigue satisfacer la intención que perseguía: heredar al pariente que mató, lucrarse con el delito patrimonial cometido, etc., distinción dogmática que ya se ha planteado esta Sala en casos anteriores (véase, por ejemplo, nuestra resolución V-165-F de las 9:30 horas del 20 de mayo de 1994), del mismo modo que se ha preocupado por delimitar cuando acontece la consumación del delito, adoptando la denominada teoría de la disponibilidad: «Del "apoderamiento ilegítimo" de una

cosa mueble, total o parcialmente ajena, en que consiste el Robo (y el Hurto, artículo 208 del Código Penal) doctrinariamente son conocidos diversos contenidos conceptuales: "el tocar (adtrectare), mover (amotio), quitar la cosa de la esfera de custodia de la víctima) (ablatio, ponerla en lugar seguro (illatio), fijan distintos momentos en que se determina como ya cometido el delito" (...), de tal forma que, según se adopte uno u otro criterio, la tentativa se desplazaría al momento inmediato anterior. Sin embargo, se ha sostenido que la tenencia es el objeto de tutela de este delito y que ella "no se reduce a la nada sólo cuando el autor ha obtenido la posibilidad de disponer de la cosa, sino antes ya, cuando el ofendido no puede disponer de la cosa sin quitársela al ladrón" (Ibídem). FONTAN BALES-TRA dice que apoderarse "quiere decir tanto como tomar una cosa para someterla al propio poder para llegar a disponer de ella", criterio que denomina teoría de la disponibilidad, según la cual "Si el autor ha tenido esa posibilidad de disposición, el delito ha quedado consumado" (...). CREUS señala que: "la noción de apoderamiento... se construye con un concepto compuesto de un aspecto objetivo y de otro subjetivo. Objetivamente requiere, en primer lugar, el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, lo cual implica quitarla de la llamada esfera de custodia, que no es otra cosa que la esfera dentro de la que el tenedor puede disponer de ella; no se trata, pues, de una noción necesariamente referida a un determinado lugar, sino a una determinada situación de la cosa, que permite el ejercicio del poder de disposición de ella: hay desapoderamiento cuando la acción del agente, al quitar la cosa de aquella esfera de custodia, impide que el tenedor ejerza sobre la misma sus poderes de disposición. Justamente es esa esfera de disposición lo que define la esfera de custodia, que se extiende hasta donde el tenedor pueda hacer efectiva sus facultades sobre la cosa, la que, por tanto, no requiere imprescindiblemente un contacto físico con ella y que, en muchas ocasiones sólo se revelará simbólicamente... Pero -siempre en el aspecto objetivo- el desapoderamiento del tenedor no basta; es necesario el apoderamiento material de la cosa por el agente.

El desapoderamiento no implica, por sí mismo, el apoderamiento..., en tanto que el apoderamiento exige, como presupuesto indefectible, el desapoderamiento... Pero al aspecto objetivo del apoderamiento que dejamos expuesto debe corresponder un aspecto subjetivo constituido por la voluntad de someter la cosa al propio poder de disposición; no es suficiente el querer desapoderar al tenedor; es necesario querer apoderarse de aquella..." (V-179-F de las 9:55 hrs. del 23 de abril de 1993). Sobre esta teoría de la disponibilidad cabe agregar el criterio de MUÑOZ CONDE, quien apunta que: «Una tercera tesis intermedia requiere la disponibilidad de la cosa por el agente como requisito mínimo, para decir que el delito se ha consumado. Esta tesis es la más aceptada por nuestra jurisprudencia, sobre todo cuando se refiere a la persecución del ladrón. La jurisprudencia dominante se inclina por castigar por hurto consumado, si la persecución tiene lugar después de descubrir el hurto, es decir, cuando el agente pudo hipotéticamente disponer de lo sustraído, y como frustrado cuando se inicia la persecución desde el momento de apoderamiento... De acuerdo con esta teoría pueden

distinguirse así en la dinámica del hurto los tres estadios de la ejecución: el no llegar a tocar la cosa (tentativa); el apoderamiento material sin disponibilidad, por sorprendimiento in fraganti o seguido de persecución inintermitida (frustración); y disponibilidad, aunque momentánea (consumación). Para la consumación no se requiere en ningún momento que el sujeto activo llegue efectivamente a lucrarse con la cosa hurtada» (el subrayado no es del original, MUÑOZ CONDE, Francisco y otra: Derecho Penal, Parte Especial, Valencia, Tirant lo blanch, 1993, p. 221). También BUSTOS RAMÍREZ avala esta posición cuando asevera que: «...el momento consumativo sólo puede estar referido al momento en que la disponibilidad de la cosa ha pasado de manos del sujeto pasivo al sujeto activo...» (BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1991, págs. 166 a 167). También se ha indicado que: «Para nosotros apoderarse... implica, en primer lugar, sacar la cosa de la esfera de dominio del sujeto pasivo, de tal forma que éste se vea imposibilitado totalmente para realizar actos materiales de disposición sobre ella, en segundo lugar, que la cosa sustraída ingrese en la esfera de dominio del autor del delito, de tal manera que éste adquiera el poder de disponer materialmente de ella. Así, si el sujeto pasivo después de la acción del agente aun conserva alguna posibilidad de disponer de la cosa, ésta no ha sido sacada de su dominio y por tanto no hay hurto» (HESS HERRERA, Ingrid y otros: Delitos contra la Propiedad en Costa Rica, investigación dirigida por Henry Issa El Khoury, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1992, p. 20). Como se ha expuesto, tanto el Hurto como el Robo coinciden en el verbo típico "apoderare" como núcleo de la acción típica.

Así, hurta o roba "el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena..." Conforme al sentido común de las palabras, se apodera de una cosa quien se pone en poder o posesión de ella, lo cual supone lógicamente por tratarse de un apoderamiento ilegítimo que se ha quitado al sujeto pasivo su poder o posesión sobre el bien (desapoderamiento). No debe perderse de vista que el bien jurídico tutelado es la simple posesión o tenencia de la cosa mueble, entendida como la posibilidad exclusiva de realizar sobre la cosa actos materiales de disposición sin importar en el caso concreto, si ésta fue obtenida legítimamente o no por el sujeto pasivo (así, HESS, *Op. cit.*, p. 28). Por ello es que esta Sala estima que la teoría de la disponibilidad satisface las garantías del tipo penal, pues se dice que es "disponible" todo aquello de que se puede disponer libremente o de lo que está pronto para usarse o utilizarse (así, Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Madrid, Espasa Calpe S.A., 1992, pág. 539), que es precisamente la condición o cualidad que asume el agente en relación a los bienes hurtados o robados al consumarse el delito, pues entonces él puede determinar como colocar o poner las cosas en el orden o situación que estime convenientes, porque ya ha superado la defensa o resistencia posible del sujeto pasivo. Es lo cierto que, la duración temporal de esa condición de disponibilidad puede ser de diversa extensión, desde lo momentáneo hasta lo permanente y es una cuestión que en cada caso la han de definir los hechos. En

la presente causa, debe coincidir con el recurrente en que definitivamente se consumó formalmente el apoderamiento de los bienes, pues la intervención de la policía, la persecución de los autores, en realidad se dio durante la etapa de "consumación material, agotamiento o terminación del delito", impidiendo que los autores consiguieran satisfacer la intención que perseguían. Hubo un momento, un brevísimo espacio de tiempo si se quiere, en que los autores se apoderaron del dinero que tenían los empleados de la gasolinera, mediante el uso de armas, y superando definitivamente la resistencia u oposición de aquellos, así como la posibilidad de que estos pudieran impedirles la disposición sobre ese bien. La intervención de la policía vino a darse con posterioridad a esta situación, no fue contemporánea sino subsiguiente al apoderamiento y escape de los autores del lugar. Por todo lo expuesto procede casar la sentencia impugnada y resolver el caso de conformidad con la ley aplicable. El hecho acreditado configura el delito de Robo agravado por la utilización de armas y el extremo menor de la pena con que se sanciona este delito es de cinco años de prisión, que es el monto cuya imposición solicita el Ministerio Público en su petición."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 519-F de las 10,50 hrs. del 6 de setiembre.

37- ROBO AGRAVADO - La violencia sobre las personas no necesariamente debe ser efectiva y actual.

"En el último motivo, esta vez de fondo, la defensora reprocha que en el ilícito efectuado en perjuicio de L.S.S. no se tuvo por probado el uso de violencia sobre las personas. Al estudiar el punto, esta Sala concluye que la sentencia describe elementos suficientes al tener por acreditado el uso de la intimidación para lograr el apoderamiento del dinero en cuestión. Efectivamente, se consigna entre los hechos demostrados que el ofendido fue rodeado por otros sujetos para evitar su movimiento, mientras que el imputado procedía a introducir su mano en la bolsa del señor S.S. para sustraerle el dinero que portaba. La circunstancia de ser rodeado para impedir su movimiento indudablemente constituye un factor de intimidación y amenaza del uso inmediato de violencia en caso de oposición. A esos efectos, para la configuración del tipo, no es necesario que la violencia sobre las personas sea efectiva y actual, bastando con la verosímil posibilidad inmediata, por sí misma perceptible o bien expresada, del recurso a ella. Por todo lo expuesto se declara sin lugar el reclamo en todos sus extremos."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 158-F de las 8,50 hrs. del 24 de marzo.

38- ROBO AGRAVADO - Posibilidad de disposición de los bienes excluye tentativa.

"En el único motivo de su recurso por el fondo, el Lic. G.A.R., representante del Ministerio Público de Limón, alegó errónea aplicación del numeral 24 en relación con el

213 inciso 2) del Código Penal, por considerar que de acuerdo con lo acreditado en la sentencia, el imputado dispuso de los bienes sustraídos aunque fuera por unos minutos. Lleva razón el Representante del Ministerio Público en su reclamo. Para resolver el asunto que se plantea, es necesario establecer correctamente si nos hallamos en presencia de una tentativa, o más bien de un hecho consumado. La tentativa se produce, de acuerdo con el artículo 24 del Código Penal, "cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente". Por el contrario en el presente caso se consumaría el hecho si se logra disponer de los bienes sustraídos. En lo que interesa, la sentencia de mérito, tuvo por cierto que, "el veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, al ser aproximadamente las veintidós horas, el ofendido se encontraba en el Bar y Restaurant [...], en compañía de su esposa. Que en ese mismo momento se acercó al lugar el imputado T.R.H.O. y luego de caminar unos tres pasos dentro del negocio y detrás de M.N.Y.L. esposa del ofendido, sacó un revolver calibre treinta y ocho especial, corto, con serie número 520051, la toma del cabello y de inmediato apunta sobre el ofendido obligándolo a sacar el dinero que en la suma de un poco más cuatro mil colones mantenía en ese instante en la caja registradora.

Que antes de tomar el dinero mencionado, el imputado se apoderó de una pistola, seis punto treinta y cinco, calibre veinticinco, marca C.Z. serie 284260 que el ofendido mantenía en el lugar para su seguridad. Que de inmediato se informó a la comandancia del robo por lo que las unidades 466 y 444 se desplazaron hasta el lugar, siendo que cuando habían transcurrido de cinco a diez minutos, el imputado fue detenido cuando salía de un lote baldío ubicado detrás del local propiedad del ofendido, decomisándole el revolver indicado y dieciocho balas del mismo calibre treinta y ocho, diez cartuchos calibre doce. Que uno de los proyectiles calibre treinta y ocho había sido percutido. Que la pistola propiedad del ofendido fue encontrada en el lote de donde salía el imputado al momento de su captura". De acuerdo con ese cuadro fáctico, queda claro, que el imputado logró su propósito, dispuso de los bienes sustraídos, aunque fuera por unos minutos o, en otras palabras, dichos bienes salieron de la esfera de custodia de su dueño y el imputado estuvo en posibilidad de disponer de ellos, lo que excluye desde el punto de vista jurídico, la posibilidad de configurar una tentativa."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 452-F de las 15,35 hrs. del 8 de agosto.

39- SUMINISTRO DE DROGAS - Ofrecimiento ocasional de droga para consumo excluye riesgo para el bien jurídico tutelado.

"De acuerdo con los hechos que la sentencia tuvo por ciertos, el veinte de febrero de mil novecientos noventa y tres, varios oficiales de la Policía Antidrogas del Ministerio de Seguridad Pública y del Organismo de Investigación Judicial se hallaban en Jacó realizando operativos en mate-

ria de drogas y en horas de la madrugada del día siguiente, estando dichos investigadores en la Guardia Rural de dicha localidad, el imputado J.L.S.B. se acercó al oficial C.O., con quien había hablado antes, y desconociendo que era Policía, entabló conversación con él y le ofreció que fueran a fumar marihuana cerca de ahí. Al observar ese movimiento, el oficial V.Z. se les acercó, por lo que el justiciable sacó un cigarro de marihuana y le dijo: "Tomá compita, hacete uno para la fiesta" (sic); pero al percatarse que eran de la policía tiró en un callejoncillo un envoltorio que contenía seis cigarrillos de marihuana y 0.30 gramos de picadura de esa misma droga. Según lo expuesto, la conducta de S.B. aparece como un acto ocasional, propio de las circunstancias, aislado, que se lleva a cabo en una sola oportunidad, es decir, sin reiteraciones ni insistencia, de manera que no se relaciona con ningún otro comportamiento similar atribuible a esta persona, ni mucho menos con la intención dolosa de distribuir la droga. El imputado no va más allá de la simple acción impremeditada de ofrecer el cigarrillo de marihuana, sin consecuencias de ninguna otra índole, que pudieran atentar contra la Salud Pública. En esas especiales circunstancias, es evidente que no se produjo ningún peligro para el bien jurídico protegido. Ha quedado demostrado que la conducta del justiciable, por haberse realizado en las condiciones de excepción ya señaladas, resulta en sí misma inocua, no produce ningún riesgo para la Salud Pública.

Las conductas propias del tráfico de drogas, como por ejemplo, la distribución o el suministro, son delitos de peligro (Sala Tercera, voto 683-F de las 9:05 horas del 13 de diciembre de 1991), lo cual no exime del deber de analizar en cada caso la conducta acusada, para determinar si representa un peligro para los bienes tutelados por la ley. En el presente caso, vistas las particulares características que presenta el hecho y al excluirse todo riesgo para el bien jurídico protegido, la acción desplegada por S.B. resulta atípica, toda vez que no encuadra en ninguna de las figuras penales propias del tráfico de drogas. Es decir, no constituye suministro o distribución, tampoco estímulo ni promoción del consumo de la sustancia ilícita.

III.- Debe quedar claro que el presente asunto es distinto de aquéllos en que la Policía interviene por medio de un "agente encubierto" para demostrar la actividad ilícita que está realizando una determinada persona involucrada en el tráfico de drogas. En estos casos, el sujeto activo ya ha consumado una conducta delictiva, o sea, la posesión de droga para el tráfico, de modo que el llamado "agente encubierto", quien se hace pasar como comprador de la sustancia ilícita, interviene únicamente para generar prueba de ese hecho consumado. La conducta de dicho agente no es necesaria para que se perfeccione el delito, el cual se ha concretado antes de que aquél interviniere. No obstante, la actuación del agente encubierto resulta importante para darle mayor solidez a los elementos de prueba con que se cuenta para demostrar el hecho. Como ya se ha dicho en oportunidades anteriores "...si a un sujeto se le decomisa gran cantidad de marihuana, un alto número de boletas para enrollar cigarrillos de esa droga, cantidad de billetes de baja denominación, no se le conoce oficio y se constata que al lugar en que se

encuentra llegan frecuentemente conocidos adictos a la marihuana, la "compra" realizada por un agente encubierto, en realidad no es la que le ha determinado en su conducta ilegítima, ya estaba en ella, pero ese hecho puede ser tomado como un elemento más en su contra." (Sala Tercera, voto 189-F de las 14:50 horas del 9 de octubre de 1984).

IV.- El caso bajo examen también debe ser diferenciado de aquéllos en que el sujeto activo ofrece droga en forma reiterada o insistente a una o más personas, pues, aunque su ofrecimiento no sea aceptado, lo cierto es que, por ese medio, está estimulando o promoviendo el consumo de sustancias ilícitas, en los términos del artículo 20 de la Ley sobre Estupefacientes (número 7233 de 8 de mayo de 1991). El sujeto activo ha determinado su conducta para atentar contra el bien jurídico protegido. En efecto, por lo reiterativo e insistente, esta acción tiene entidad para poner en peligro la Salud Pública y puede ser encuadrada sin dificultad en dicha norma. Tampoco debe ser confundido el caso que nos ocupa con la hipótesis en que el acusado pretende dolosamente entregar a otro una determinada cantidad de droga, aunque sea ínfima, cuando existe un acuerdo previo entre ambos y una evidente disposición del destinatario para recibir la droga, pues esa conducta también significa un riesgo efectivo para la Salud Pública y resulta consumativa del delito de Suministro de Drogas, conforme a lo dispuesto por el artículo 18, párrafo primero, de la Ley antes citada (Sala Tercera, voto 683-F de las 9:05 horas del 13 de diciembre de 1991)."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 616-F de las 11,05 hrs. del 13 de octubre.

40- TENTATIVA DE EXTORSION - Necesidad de arrepentimiento activo en los casos de tentativa acabada.

"Con relación al desistimiento, obviamente en casos en que no se ha alcanzado el resultado dañoso, la doctrina relaciona el tema con los conceptos de tentativa inacabada y de tentativa acabada. En la tentativa inacabada, no se ha realizado toda la actividad necesaria para que sobrevenga el resultado dañoso, y éste no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente. No obstante, si el agente decide libre y espontáneamente no consumir el hecho y para ello basta con abandonar la actividad (dejar de hacer), no se da la tentativa, se produce así el desistimiento y el hecho queda impune. En contraposición a lo anterior, la tentativa acabada supone la realización de todos los actos necesarios por parte del agente, para alcanzar la consumación del hecho pero esta no se produce por causas ajenas a la voluntad de aquel. Son casos de tentativa acabada aquellos en que después de la actividad del agente, debe esperarse el resultado dañoso que depende del transcurso del tiempo (explosión de una bomba activada por reloj), o de la decisión de otro (en la estafa -después del ardid- debe esperarse el error y la disposición patrimonial de la persona objeto del delito); sin embargo la lesión no se produce por causas independientes de la voluntad del agente. Pero si éste, en forma libre y espontánea decidiera no realizar el

hecho, no es suficiente para lograr la impunidad la simple cesación o el abandono de la actividad como en el caso del desistimiento, sino que se requiere de una acción eficiente para evitar el resultado (desactivar la bomba, informar del engaño para evitar la estafa), y con ello no se produce la tentativa pero se origina el arrepentimiento activo. (Acerca del desistimiento y del arrepentimiento activo, v.: WESSELS, Johannes: «Derecho Penal. Parte General.» Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 182-189; y MIR PUIG, Santiago: «Derecho Penal. Parte General.» Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1990, pp. 378 ss., especialmente pp. 382 y 383.) En el caso de autos, según lo dicho por el Tribunal en la relación de hechos probados, es claro que el imputado había realizado todo lo necesario para que la extorsión se diera en los términos del artículo 214 del Código Penal, como fue amenazar o intimidar a la persona objeto del delito para obtener con ello un lucro injusto. Para la consumación del delito debía esperarse que la amenaza surtiera efecto en la víctima, para que -sintiéndose obligada por la situación- tomara una disposición patrimonial que la perjudicara. Por la naturaleza del hecho se trata de una tentativa (acabada), que no puede quedar impune por el simple abandono o cesación de actividad por parte del imputado. Si éste decidió, libre y espontáneamente, no alcanzar el resultado, era necesario un hacer eficiente para ello como pudo ser el comunicar al señor M.F.M. su arrepentimiento; es decir, se requería de un arrepentimiento activo y no de un simple desistimiento. Es lógico que debió ser así porque durante todo el tiempo que no lo haga, aunque no presente los cheques a los tribunales de justicia para su cobro, subsiste la amenaza que pesa sobre la empresa ofendida. En consecuencia lleva razón el recurrente, lo procedente es casar la sentencia de mérito, revocar la absolución del imputado y en su lugar se le declara autor responsable del delito de tentativa de extorsión simple, cometido en perjuicio de S.V., S.A."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 249-F de las 10,25 hrs. del 5 de mayo.

41- TRAFICO INTERNACIONAL DE DROGAS - In necesario cumplimiento de totalidad de plan propuesto para tenerlo por configurado.

"[...], de acuerdo con el fallo los imputados transportaron la droga desde Colombia hasta Costa Rica, lo cual es suficiente para producir la consumación del hecho, independientemente de que no alcanzaran a trasladarla al lugar de destino. Nótese que, de conformidad con lo dispuesto en la norma antes citada, toda participación en el tráfico internacional de las sustancias a que se refiere dicha ley, constituye de por sí una conducta consumada, pues se sanciona al sujeto por el solo hecho de intervenir en la ejecución de la conducta ilícita, sin que sea necesario que el autor haya cumplido la totalidad del plan propuesto."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 119-F de las 11,40 hrs. del 3 de marzo.

42- USO DE DOCUMENTO FALSO CON OCASION DE ESTAFA - Contenido volitivo de la acción generalmente

no tiene prueba directa.

"[...], si el imputado se presentó al negocio ofendido para comprar un televisor, el cual pagó con un cheque robado y falsificado, haciéndose pasar por el cuentacorrentista ante los vendedores, resulta claro su conocimiento y voluntad de realizar tal acción (dolo), la cual configura el delito de uso de documento falso con ocasión de estafa, tal como lo estimó el a quo. Sobre este particular ya se ha señalado que el contenido volitivo de la acción, generalmente, no tiene prueba directa, salvo casos de resolución manifestada, por ello la intención normalmente se deduce de la acción misma, y resulta un exceso el exigir prueba directa como lo pretende el recurrente (en este sentido véase la resolución V-603-F de las 9:35 hrs. del 22 de diciembre de 1994)."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 473-F de las 10,05 hrs. del 18 de agosto.

43- VIOLACION - Lo determinante de la intimidación es su idoneidad para reducir la oposición de la víctima y por ello debe analizarse en cada caso.

"En el motivo de fondo, alegando irrespeto a los artículos 156 inciso 3 y 173 del Código Penal, la defensora reclama que las amenazas tenidas por acreditadas según el tribunal, no configuran la intimidación que requiere el delito de violación. No lleva razón la defensora. La intimidación que exige la ley no es una y abstracta, sino relativa a las circunstancias objetivas y subjetivas en que sobrevenga el hecho. Lo determinante para que adquiera o no esa calidad es su idoneidad para reducir la eventual oposición de la víctima. En consecuencia, esa calidad deberá ser apreciada en relación a las condiciones personales del ofensor y ofendido, así como a las condiciones del medio material y humano en que tiene lugar la escena. No es lo mismo la intimidación que se ejerce sobre un niño que sobre un adulto, o la practicada en un paraje desolado que en uno que ofrece posibilidades de ayuda, o bien la amenaza física que profiere alguien que tiene dificultad para llevarla a cabo que quien dispone de las facilidades necesarias para hacerlo. En fin, tratándose de un menor como el ofendido en este asunto, que confiesa tenerle miedo al encausado, ciertamente la amenaza de que procedería en caso de oposición a lesionarlo a él y a su familia, reviste la gravedad suficiente para que el perjudicado deponga cualquier actitud defensiva, como en efecto sucedió. Ello independientemente de que le fuera exhibida o no una arma (que incluso pudo estar oculta o ser simulada), puesto que no resultaba necesario para otorgar carácter intimidante al dicho del encartado, bastando la mera advertencia para que el menor, conducido a la fuerza a un predio solitario, sucumbiera sin resistencia ante la lascividad de su agresor."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 343-F de las 9,30 hrs. del 14 de junio.

B- DERECHO PROCESAL PENAL

44- ACCION CIVIL RESARCITORIA - Excepción de falta de personería es de resolución previa - Innecesario aportar prueba que ya consta.

"Como tercer alegato, señalan preterición de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, al utilizarse la certificación de folio 13 para resolver las excepciones interpuestas y el documento de folio 46 -honorarios de perito- para la imposición de las costas, prueba que no fue admitida, ni incorporada al debate. El reclamo no resulta atendible. Conforme se aprecia a folio 238, los demandados civiles en la contestación de la demanda respectiva, interpusieron las excepciones de: "a) falta de derecho, porque el actor civil carece de derecho para ejercitar la presente acción. b) falta de personería ad causam activa, por la misma razón arriba apuntada". Ahora bien, estiman los impugnantes improcedente la resolución de las excepciones interpuestas con vista en la certificación notarial de folio 13; sin embargo, corresponde aclarar en primer término, que analizada la resolución recurrida se observa que la certificación se utilizó al pronunciarse con respecto a la excepción de falta de personería y no así con relación a la de falta de derecho [...]. Como segundo aspecto, aunque se denomina la excepción como "falta de personería ad causam activa", lo cierto es que esa denominación resulta incorrecta y más bien obedece a la mezcla de dos excepciones en una sola. En efecto, la excepción de falta de personería constituye una excepción previa fundada en la falta de personalidad en el demandante o en el demandado, que integra con dos supuestos: a) falta de capacidad procesal en el actor o en el demandado, y b) insuficiencia de la representación convencional o legal invocada. Esta excepción procede en caso de carencia de capacidad civil para apersonarse en juicio (incapacidad de hecho), por ejemplo: de las personas por nacer, menores de edad, etcétera, mientras que la insuficiencia de representación procesal, consiste en invocar un derecho que no sea propio, lo que debe justificarse a través de los medios probatorios que acrediten esa condición. Por eso, la falta de personería se refiere a la incapacidad de hecho para actuar en juicio en nombre propio o la falta de idoneidad del representante (legal o convencional) para actuar en representación de otro, pero sin que en ninguno de esos supuestos se discuta la procedencia o no de la pretensión incoada (véase en este sentido: Bacre, Aldo. Teoría General del Proceso. Buenos Aires. Editorial ABELEDO-PERROT, Tomo I; págs. 355 y 357). Como tercer aspecto debe señalarse, que no toda excepción debe ser resuelta necesariamente en sentencia, sino que una vez interpuesta corresponde a los juzgadores analizarla y de acuerdo con su naturaleza (procesal o sustantiva), pronunciarse en la forma pertinente, ya sea resolviéndola de inmediato o difiriendo el pronunciamiento para el momento de dictar sentencia.

En el presente caso, se observa que se interpuso excepción por falta de personería referida a la falta de capacidad civil o de representación para estar en juicio; sin embargo, incorrectamente el Juzgador en lugar de analizarla, ya sea rechazándola por improcedente o declarándola con o sin lugar, supuesto el primero en que correspondería prevenir al actor civil para que subsanara el defecto, optó de manera impropia por reservarla para

resolver lo que correspondiera en otro momento procesal. Como en el presente asunto el actor civil actuaba en carácter personal y no representando a otro, el rechazo de la excepción era procedente desde un inicio por esa razón y por no haber fundamentado la gestión. Como el artículo 330 del Código de Procedimientos Penales, dispone que: "Las excepciones se deducirán por escrito y si fuere el caso, deberán ofrecerse las pruebas que justifiquen los hechos en que se basen, bajo pena de inadmisibilidad" y no obstante, conforme se aprecia a folio 238, únicamente se interpuso la excepción, -sin la prueba necesaria-, es evidente que la gestión no procedía. Debe tomarse en cuenta que el actor civil al establecer su acción resarcitoria, debe incluir junto con el escrito de interposición, los documentos que sustentan sus gestiones (artículo 57 del Código ibídem) y consiguientemente, corresponde al demandado civil al establecer la excepción, aportar la prueba -si procede- que desvirtúe lo afirmado por el actor. Así las cosas, estima esta Sala que independientemente de que por razones de orden procesal se disponga resolver la excepción en el fallo, lo cierto es que la cuestión está referida -en este caso- al escrito inicial del actor civil, por lo que el a quo está facultado para pronunciarse con base en el escrito y la documentación aportada por ambas partes, sin necesidad de que nuevamente -como se pretende-, interprete que el actor civil debe ofrecer esa prueba que acredite la condición en que litiga. Se debe destacar también, en cuanto se refiere a las certificaciones emanadas del Registro Civil, que en el presente asunto esta Sala gestionó de oficio las certificaciones correspondientes, conforme se aprecia a folios 295 a 299, con el objeto de verificar la vulneración alegada, o sea la capacidad legal del actor civil, tratándose de un reclamo de índole procesal y con el objeto de constatar hechos del proceso."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 502-F de las 11, 10 hrs. del 25 de agosto.

45- ALLANAMIENTO - Necesario cumplimiento de garantías procesales - Naturaleza espuria de prueba obtenida a través de diligencia ilegítima.

"En la actualidad en gran parte de los ordenamientos modernos, se plantea para sus jueces la disyuntiva entre la búsqueda de la verdad y la necesaria protección de los derechos y garantías fundamentales que, según nuestra Constitución deben aplicarse por igual a nacionales y extranjeros (art. 33 Constitución Política). Este aparente conflicto ha encontrado diferentes interpretaciones dependiendo de la orientación menos o más garantista del sistema que rija en un determinado Estado. En efecto, en un Estado autoritario, el sistema represivo y su policía, por lo general dan muestras de una gran eficiencia a costa de los derechos de sus ciudadanos. El problema es que una vez terminado con los "delincuentes" esos sistemas continúan su "efectivo" trabajo contra todos aquellos que fueren considerados enemigos del Estado. En estos ordenamientos la policía por lo general tiene una amplia esfera de atribuciones. Pueden detener por largos períodos a los sospechosos e interrogarlos sin mayor límite, utilizan inclu-

so métodos coercitivos que les permiten obtener su confesión. Como parte de sus atribuciones se les faculta para ingresar y allanar las vivienda sin previa orden judicial, basta la sospecha para que puedan proceder al registro y decomiso de cualquier tipo de evidencia, y las pruebas son presentadas y admitidas por los Tribunales del Estado y con éstas se condenaban a todos aquellos que eran considerados sus enemigos. En contraposición a esos regímenes, y con mayor fuerza en Europa, después de la segunda guerra mundial, se dio un fortalecimiento de lo que se conoció como "Bill of Right", como una reacción a los excesos cometidos se establecieron una serie de límites a la actividad del Estado para aquellas acciones que fueran en perjuicio de los ciudadanos. Estas prohibiciones se elevaron a rango constitucional en la mayoría de los Estados democráticos. Entre éstas tenemos, la que establece que el domicilio de las personas es inviolable, lo cual implica que a todos los ciudadanos se les reconoce una esfera de privacidad. Sin embargo, esta garantía que también consagra nuestra Constitución en el art. 23, no es ilimitada, sino por el contrario se permite que ceda frente a los más altos intereses de la colectividad en determinadas situaciones. Así por ejemplo, dicha norma establece los casos de excepción cuando ordena que "No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley". De la normativa citada se desprenden a grosso modo, dos supuestos que son desarrollados por dos normas independientes del Código de Rito.

El primer supuesto lo encontramos en el artículo 209 del Código de Procedimientos Penales, que condiciona el registro del lugar a la previa orden motivada del juez. Dicha normativa señala los casos en que es imperativa la autorización judicial, pues el juez se convierte de hecho en garante del cumplimiento de las exigencias de orden constitucional, precisamente para evitar cualquier exceso o perturbación que afecte la esfera de la intimidad que tutela la norma constitucional para cualquier persona que se encuentre en el territorio nacional sea o no costarricense, pero que por el sólo hecho de vivir en nuestro suelo, tiene la garantía de que se le deben garantizar sus derechos independientemente de que él respete o no los nuestros. Aún en este último supuesto, nuestro Código de Procedimientos Penales no hace excepciones, así se desprende cuando establece que el Juez está facultado para ordenar por auto motivado el allanamiento de una morada cuando "hubiere motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas relacionadas con el hecho punible, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechosa", de la comisión de un delito. El segundo supuesto, es desarrollado por el art. 212 que debe, en este caso, verse en relación con el art. 164 inciso 4 del mismo cuerpo legal. En efecto, la policía judicial está autorizada para proceder al allanamiento de morada sin previa orden cuando se esté en presencia de cualquiera de las cuatro causales que desarrolla el primero de los artículos mencionados. Sólo en estos supuestos es factible para un cuerpo policial prescindir de la orden de allanamiento. En consecuencia, cuando cualquier cuerpo policial incumpla o vaya más allá de sus

atribuciones estaremos en presencia de un acto ilícito. La ilegalidad del acto proviene no sólo de la vulneración de una norma de orden procesal o de una simple omisión de una formalidad, sino por el contrario de un comportamiento que compromete el respeto del marco constitucional al vulnerar directamente lo que la Constitución ni tolera ni permite, que se proceda a la entrada y registro de una morada sin el previo control de legalidad del acto efectuado por el juez competente. Cuando esta situación acontece, el acto cuestionado debe ser declarado nulo porque la vulneración de una garantía constitucional acarrea de pleno derecho la nulidad del acto viciado por imperativo constitucional, así lo ha mantenido en reiteradas oportunidades esta Sala al igual que la Sala Constitucional (véase por todos los siguientes votos N° 718-93 de las 14:36 horas del 15 de febrero de 1993, N° 2559-94 de las 15:36 horas del 31 de mayo de 1994 y V-298-F de las 9:05 minutos del 26 de mayo de 1995, los primeros de la Sala Constitucional y el último de la Sala Tercera).

III.- En el presente asunto, como aduce el impugnante, la policía judicial procedió al ingreso de la morada del imputado sin previa orden judicial, así se desprende de las gestiones que hizo ésta Sala solicitando a los diversos despachos judiciales que pudieron autorizar ese acto sin que ninguno de ellos afirmara que había emitido la orden de allanamiento que legitimara la actuación de los cuerpos policiales [...]. Tampoco se menciona en la sentencia, ni en la prueba documental que fue debidamente incorporada, que hubiere existido dicha orden [...]. En todo caso, las autoridades tampoco se encontraban en ninguno de los supuestos para proceder al allanamiento sin previa orden judicial. En el presente asunto tampoco medió una situación de urgencia que justificara de alguna manera el comportamiento de los oficiales, toda vez que con antelación y con base a informaciones confidenciales, según afirman los oficiales J.R.M.M. y V.J.V.H. [...], así como por la dinámica propia de la investigación policial, sospechaban que el autor de los delitos investigados era "presuntamente" el aquí recurrente A.P. Tanto es así que mediante diversos actos de investigación supieron donde localizarlo, como en efecto ocurrió. Las autoridades debieron comportarse respetuosas del ordenamiento vigente y proceder de previo al allanamiento y detención del justiciable a solicitarle al juez competente la respectiva orden de allanamiento, aspecto que en nada obstaculizaba la labor de investigación y sí constituye un imperativo de obligado acatamiento por devenir directamente de lo que manda y ordena en nuestro Estado de derecho la Constitución vigente. Al no actuar conforme lo manda y ordena la Constitución debe declararse la ilegalidad del allanamiento y por ende la nulidad del acto, así como la de los demás actos conexos o consecutivos que de éste dependen directa y exclusivamente (arts. 146 párrafo 2° y 150 del Código de Procedimientos Penales), como lo son el acta de registro y el decomiso de los objetos que fueron encontrados por su medio [...]. Toda vez que la requisita de las armas y objetos es prueba derivada de un acto violatorio de las garantías constitucionales, sin que pueda afirmarse que el acto mediante el que se obtienen las pruebas cuestionadas por el impugnante sean producto de otro elemento autónomo y

anterior producto de la investigación policial. En efecto, las autoridades no sabían qué podían encontrar en la casa en que dormía el imputado, y es como consecuencia del allanamiento y posterior búsqueda de pruebas que se obtienen las evidencias, según manifiesta el oficial M.M., además el acto tuvo una duración aproximada de sólo diez minutos [...]. En estos supuestos la Sala Constitucional ha afirmado "...que de darse el hecho de un allanamiento legítimo, la prueba a través de él obtenida se convierte en prueba espuria y por tanto inválida y sin potencial procesal alguna, imposible de constituir base o fundamento de una sentencia condenatoria" (Voto 0255-95 de las 9:51 horas del 13 de enero de 1995)."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 614-F de las 9,55 hrs. del 13 de octubre.

46- ALLANAMIENTO - Obligación de respetar garantía constitucional - Nulidad de actos dependientes de diligencia irregularmente practicada.

"Como primer agravio del recurso por vicios in procedendo interpuesto por la defensa de la encartada V.D.O., se acusa la inobservancia de los artículos 106 y 400 inciso 4° del Código de Procedimientos Penales, por falta de fundamentación de la sentencia, toda vez que el allanamiento practicado en la habitación de la imputada V.D.O. fue ilegal. Considera esta Sala que el reclamo es atendible, pues no consta en el expediente que se hubiera observado ninguna de las formalidades de ley en el registro de la habitación que ocupaba la encartada. Según lo que indica la sentencia en su acápite de "hechos probados", los policías administrativos, vestidos de civiles, se identificaron como policías (no se dice ante quien) e iniciaron el registro de la habitación asignada a la acusada, "...encontrando en un bolso con documentos de identificación a nombre de V.D., entre ellos su cédula de identidad, una bolsa conteniendo cien pajillas conteniendo polvo blanco que mantenía para su posterior tráfico, razón por la que detienen a la imputada, junto con la evidencia indicada" (sic). Dicho registro se practicó sin que mediara previa orden judicial que lo permitiera y sin que tampoco concurriera ninguna de las circunstancias excepcionales que, según la ley (artículo 212 del Código de Procedimientos Penales), facultan a la policía para proceder sin esa orden. Tampoco consta en autos que se hubiera solicitado el consentimiento de la imputada, ni que se le hubiera invitado a presenciar el registro; ni siquiera se levantó debidamente un acta que diera fe del acto realizado y de su resultado, como lo prescriben los ordinales 97 y siguientes del Código citado. El artículo 23 de la Constitución Política garantiza que: "El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la república son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita del juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley", garantía de inviolabilidad del domicilio que refuerzan los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9 de la Declaración Americana de Derechos y

Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (aprobado por Ley N° 4229 del 11 de diciembre de 1966), 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por Ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970). Además debe relacionarse esta garantía constitucional con la del debido proceso en materia penal y con las normas 144, 145 inciso 3° y 146 in fine del Código de Procedimientos Penales, de donde resulta que el allanamiento aquí examinado es absolutamente nulo, así como son nulos todos los actos consecutivos que de él dependan directa y exclusivamente (artículo 150 del Código de Procedimientos Penales), como lo son el "acta de registro y decomiso" de la droga de folio 3 y el "análisis por estupefacientes y psicotrópicos" de folio 30, practicado en el Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, toda vez que versa sobre la droga que fue supuestamente decomisada a la imputada.

A mayor abundamiento, debe citarse la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, que sobre el tema ha señalado que: «Conforme lo dispone el artículo 23 de la Constitución Política, el domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la república son inviolables. Sólo por excepción y mediante previa orden escrita emanada del juez y conforme lo disponga la ley, pueden allanarse el domicilio y demás recintos privados. Por su parte el artículo 23 ibídem reafirma el derecho a la intimidad. De esta manera, la privacidad del domicilio se encuentra especialmente tutelada por la Carta Fundamental, permitiéndose la intromisión estatal solo por excepción y en los casos que expresamente señale la ley. Por su parte, el Código de Procedimientos Penales, en el Título III, capítulos II y III, desarrollan lo expresamente correspondiente al Allanamiento, Registro, Requisa y Secuestro. Así, el artículo 209 estipula los casos en que procede el Registro, además de las formalidades de la misma. Dentro de esta últimas se encuentra la necesidad de que se haga por medio de juez competente, orden escrita, etc. Además "el juez podrá disponer de la policía administrativa y proceder personalmente o delegar la diligencia en funcionarios de la policía judicial..." Otro tanto sucede con el artículo 216 que se refiere al secuestro. Sin embargo, para nuestros efectos basta con transcribir el párrafo segundo que a la letra reza: "En casos urgentes esta medida podrá ser delegada en un funcionario de la Policía Judicial, en la forma prevista para los registros (209)". De las normas constitucionales y legales expuestas, se desprende claramente el interés del legislador por garantizar la inviolabilidad del domicilio. **Únicamente por vía de excepción se permite que las autoridades puedan allanar el domicilio de una persona. Además debe hacerse con las formalidades de ley y en presencia de autoridad judicial.** En efecto el párrafo segundo del artículo 209 - que autoriza delegar en la Policía Judicial - debe verse estrechamente relacionado con las normas constitucionales dichas y con el numeral 216, párrafo segundo, del mismo Código. De suerte que si este último prevé la facultad de delegar en casos urgentes conforme lo dispone el artículo 209, es porque presupone que es el juez el que debe realizar

el acto y solo por excepción, debidamente motivada, puede delegarse en la Policía Judicial. **El espíritu y contenido de las normas citadas, lo que pretenden es que el juez de Instrucción se constituya en garante del acto a realizarse (sic)**" (el subrayado no es del original, Sala Constitucional, N° 718-93 de las 14:36 horas del 15 de febrero de 1993). A esta cita jurisprudencial debe agregarse otra según la cual: «Dentro de las diferentes interpretaciones sobre la ilicitud o no de una prueba, tenemos la teoría de la prueba espuria o de los frutos del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree doctrine), que supone que cada vez que un medio probatorio originado en una violación constitucional aporte elementos de culpabilidad para el acusado, es nulo el acto productor de la prueba y todo medio probatorio que de él derive. En ese mismo orden de ideas, nos encontramos con la posición relativa, denominada de la "fuente independiente", según la cual, si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida, porque la prueba se desprendió de otro elemento, y no necesariamente del acto violatorio de la Constitución. Esta Sala en el voto 701-91, ya expresó: "...la tesis de la mayoría de la Sala en relación a la validez de la prueba relacionada con prueba ilegítima, puede sintetizarse diciendo que aquella conserva su validez en tanto no tenga como origen la ilegítima", entendiéndose entonces que **debe estudiarse la cadena causal productora de la prueba, siendo espuria y nula la que provenga exclusivamente de una violación a la Constitución**» (el subrayado no es del original, Sala Constitucional, N° 2529-94 de las 15:36 horas del 31 de mayo de 1994). Por las razones expuestas procede declarar con lugar este motivo del recurso, declarando la nulidad de la sentencia impugnada y del debate que la precedió y remitiendo el proceso al competente para la nueva sustanciación que determina la ley."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 298-F de las 9,05 hrs. del 26 de mayo.

47- APELACION CONTRA AUTO DE ELEVACION A JUICIO - Omisión de audiencia al Ministerio Público genera nulidad absoluta.

"En el primer motivo del recurso por la forma la representante del Ministerio Público alega la inobservancia del artículo 41 de la Constitución Política y 5, 145 inciso 2), 150, 469, 470 y 465 del Código de Procedimientos Penales. Se sustentó éste en que en la admisión del recurso de apelación en contra del auto de elevación a juicio [...] se violó el debido proceso al omitirse la audiencia correspondiente al Ministerio Público. La Sala comparte las razones de la impugnante en su reclamo, toda vez que el Juzgado de Instrucción debió obligatoriamente cumplir con la audiencia a que se refieren los artículos 465 y 469 en relación con el 145 inciso 2, todos del Código citado. En el presente caso no se trata de una "nulidad por la nulidad misma"

como lo expone la encartada en su respuesta al presente recurso, sino de la omisión de un trámite esencial que permite al Ministerio Público exponer sus razones en contra de la impugnación que aquélla Interpuso, con el fin de evitar la revocatoria del auto de elevación a juicio que motivó el sobreseimiento que ahora se cuestiona. Tal defecto limitó gravemente la intervención del Ministerio Público, lo cual genera nulidad absoluta conforme al artículo 145 inciso 2) del Código de rito."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 561-F de las 10, 15 hrs. del 22 de setiembre.

48- CASACION POR LA FORMA - Casos en que resulta innecesario el reenvío y la Sala entra a resolver el fondo.

"Por lo general, frente a una falta de fundamentación por valoración prueba ilegal, la casación siempre procede a decretar la nulidad del fallo y disponer el juicio de reenvío. No obstante, en el presente asunto, el reenvío en cuestión resulta absolutamente innecesario, al no poderse tomar en consideración en un nuevo juicio los hechos ocurridos en la vivienda durante la diligencia de allanamiento, de modo que ni aún cuando aparecieran otros elementos de prueba se podría variar la situación fáctica relacionada con el comportamiento atribuido a la acusada. Es cierto que el artículo 483 del Código de Procedimientos Penales establece que tratándose de una nulidad, incluso parcial como en el presente caso, la casación debe ordenar el juicio de reenvío. Sin embargo es lógico que ello se disponga así en la gran mayoría de los casos en virtud del principio de Inmediación de la prueba, que exige que los elementos de constatación oral sean examinados por un Tribunal de Juicio con el fin de que se pronuncie sobre la responsabilidad penal del acusado. Sin embargo, cuando la casación advierte innecesario el juicio de reenvío por economía procesal, aún cuando el recurso sea de forma y aún cuando el vicio afecte la fundamentación y en general el procedimiento, lo propio es que la Sala de Casación proceda a resolver el caso conforme a la ley aplicable, según lo dispuesto en el artículo 482 *ibídem*, pues lo cierto es que no existe una prohibición expresa para que resuelva la situación jurídica de esa manera. Incluso obsérvese que el legislador en el recurso por el fondo también admite, esta vez en forma expresa, que en lugar de resolver el caso conforme a la ley aplicable la casación pueda ordenar una nulidad y el reenvío a un nuevo juicio, como si se tratara de un recurso por la forma (situación a que hace referencia la parte final del artículo 482 citado). Pero también es posible deducir jurídicamente que en un recurso por la forma, y al constatare la existencia de un vicio in procedendo, que la casación resuelva el caso aplicando directamente la ley de fondo, siempre que para hacerlo no afecte los principios de oralidad e Inmediación, ni las garantías acordadas al imputado, en especial en cuanto se establece que tiene derecho a un nuevo juicio para poder ser declarado culpable frente a la sentencia nula del Tribunal de Instancia que lo había condenado inicialmente. En síntesis la Sala de Casación puede resolver el caso conforme a la ley de fondo aplicable aún

tratándose de un recurso por la forma, con las anteriores limitaciones, y esa posibilidad se desprende del propio ordenamiento jurídico, en especial del artículo 41 de la Constitución Política al garantizar el acceso a la justicia y establecer la obligación de los tribunales de realizarla; del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al establecer, entre otras cosas, que "...los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento..."; y del artículo 459 del Código de Procedimientos Penales, en cuanto le atribuye al Tribunal de alzada el conocimiento del proceso (y por ende la competencia para hacerlo) en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios. La casación, no obstante sus limitaciones, debe constituir también una vía para que los sujetos del proceso encuentren reparo frente a los posibles agravios y afectaciones a sus derechos fundamentales, y debe procurar en todo momento evitar el procedimiento inútil. Por ese motivo es que esta misma Sala en dos ocasiones anteriores y por diferentes circunstancias, ya ha procedido a resolver el caso conforme al derecho de fondo no obstante que el recurso se sustentaba en vicios procesales (véanse en tal sentido las resoluciones Nº 579-F, de las 14:30 del 3 de diciembre de 1992, dictada por magistrados suplentes y la Nº 462-F, de las 10:20 del 4 de noviembre de 1994, dictada por los titulares en un recurso de revisión, al que le son aplicables las reglas de la casación). La inutilidad del juicio de reenvío es lo que viene a legitimar que la Sala proceda directamente a resolver la cuestión de fondo en un recurso por la forma.

En todo caso conviene resaltar que la distinción entre motivos de forma y fondo tiende a diluirse, pues como bien lo afirma De la Rúa en su más reciente obra sobre la casación, "...este criterio (el de la distinción) es esencialmente didáctico, y no absoluto. Tiene el valor relativo de la distinción que es necesario hacer por la diversa influencia de una y otra situación. Si asignáramos al juzgando o al procedendo un significado genérico, la sistemática resultaría estéril porque como toda norma de derecho debe ser interpretada y toda interpretación supone un juicio (en sentido amplio), deberíamos concluir que todos los errores jurídicos lo son in juzgando..." (De la Rúa, Fernando, *La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 32). Es por ese motivo que la distinción pierde significado en forma expresa y tajante en nuevas legislaciones, como lo recomienda el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (véanse por ej. sus artículos 342 y 343, edición del Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1990); así como también lo propone el proyecto de Código Procesal Penal para El Salvador (véase el artículo 425, edición del Ministerio de Justicia de El Salvador, San Salvador, 1994). En esos textos aún cuando se estime necesario separar un motivo de casación de otro, adquiere total significado la posibilidad de resolver el caso conforme a la ley de fondo aplicable incluso cuando el vicio alegado sea de procedimiento, pues lo importante para determinar si opera o no el reenvío a un nuevo juicio ante el Tribunal de instancia es que la Casación no esté en grado de pronunciarse, en virtud del principio de Inmediación, pero no el

hecho de que el vicio sea de forma. 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 de los tribunales de instancia en cada caso concreto, 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 y 5 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigen justicia, pero bien cumplida, pronta y obligatoria. En tal sentido se ha afirmado con muy buen tino 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 Hacl-Hoc, Buenos Aires, 1994, pp. 47 y 48). Por todo lo expuesto, procede declarar con lugar parcialmente y conforme se dirá el primer motivo del recurso por la forma, en cuanto condena a la imputada Castro Castillo como autora responsable del delito de favorecimiento real, y en su lugar debe absolversele de toda pena y responsabilidad por ese delito."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 411-F de las 9,50 hrs. del 14 de julio.

49- CITACION DIRECTA - Aplicación a los casos de flagrancia resalta los principios del sistema acusatorio.

"Conviene agregar que la "Citación Directa" constituye un procedimiento que resalta los principios acusatorios del sistema penal, porque la prueba se recibe directamente ante el Tribunal que tomará la decisión, con la presencia de todas las partes y el Ministerio Público, quienes pueden intervenir en el interrogatorio de los testigos, en el examen de los peritos, y con la posibilidad de hacer observaciones y de resaltar aspectos de interés para la valoración de la prueba. Contrariamente, en los juicios orales precedidos por una instrucción inquisitiva, privada y escrita, la posibilidad de defensa no siempre es tan amplia, pues muchas veces la prueba esencial se ha recibido en la instrucción, sin la presencia de las partes, ni siquiera la del juez, como

ocurre con los testimonios recibidos por los escribientes, y cuando la causa se eleva a juicio sólo se introduce al debate mediante lectura, sin que las partes hayan tenido la oportunidad de participar en la recepción. Desde ese punto de vista, la aplicación de la "Citación Directa" a los casos de flagrancia y en los demás supuestos de ley, viene a fortalecer el derecho de defensa, en la medida en que ésta participa y está presente en la recepción de la prueba, con todas las implicaciones que ello conlleva, y con la posibilidad de contradecir o de resaltar aspectos valiosos para la valoración de la prueba que sólo los que estuvieron presentes pudieron observarlos. Ciertamente, los principios de defensa y debido proceso están a la base de todo el procedimiento de admisión, rechazo y recepción de prueba. También es cierto que la arbitraria y sorpresiva inclusión de elementos de juicio inculpativos, podrían lesionar esos principios constitucionales y traer la nulidad de un fallo. Pero en el caso concreto, tales circunstancias no se han dado. El imputado conoció desde un inicio los hechos que se le acusaban, tuvo oportunidad, junto con su defensa técnica, de conocer las probanzas que constaban en su contra."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 702-F de las 9,45 hrs. del 24 de noviembre.

50- CITACION DIRECTA - Casos de flagrancia en que resulta aplicable.

"En el recurso por la forma se acusan como violados los artículos 400 inciso 3), 226 y 393 párrafo 2) del Código de Procedimientos Penales aduciendo que el Tribunal sentenciador violó flagrantemente las normas del debido proceso pues en primer lugar se le priva al enclaustrado que el proceso sea tramitado mediante las normas propias de la Instrucción Formal siendo que en el presente asunto -según el criterio de la recurrente- no nos encontramos en la causal que contempla el artículo 401 inciso 3 del Código de Procedimientos Penales, sea que el delito haya sido cometido en flagrancia, toda vez que si bien es cierto el encartado se presentó ante las autoridades de policía y entregó el arma homicida, es lo cierto también que se abstuvo a declarar en la información sumarial. Sin lugar al reproche. El artículo 270 del Código de Procedimientos Penales claramente indica que existirá la flagrancia -entre otras razones- cuando el autor del hecho punible es sorprendido al momento de cometerlo o inmediatamente después...; o mientras tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito. En el presente asunto podemos percatarnos, al analizar las declaraciones de los testigos T. y G.B.P., J.M.J. y L.R.M.B., que el indiciado fue sorprendido por los testigos antes señalados, en el momento en que el mismo estaba efectuando los hechos por los cuales fue condenado, circunstancia ésta que nos demuestra que el hecho fue cometido en flagrancia. Aunado a lo anterior, podemos observar también que luego de que ocurrieron los hechos, el encausado logró darse a la fuga, siendo que momentos después, éste se presentó al Comandante del Valle de la Estrella y por su propia voluntad se entregó a las

autoridades, poniendo a su disposición el arma con la cual se produjo el homicidio, circunstancia ésta que nos confirma aún más la existencia de la flagrancia en esta causa pues el hecho de entregarse a las autoridades policiales y la portación del arma con la cual se mató a la ofendida, son indicios vehementes que nos indican que el acusado acababa de participar en el homicidio; debiendo por lo tanto tramitarse el presente asunto mediante ese procedimiento de Citación Directa de conformidad con el párrafo tercero del artículo 401 del Código de Procedimientos Penales, como en realidad ocurrió, siendo que este procedimiento se caracteriza por ser más expedito que el de Instrucción Formal, lo cual de ninguna manera causa gravamen alguno al imputado puesto que su derecho de defensa y el debido proceso no se violentan en ningún momento por el solo hecho de instruir la causa mediante ese procedimiento sumario."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 508-F de las 9,50 hrs. del 6 de setiembre.

51- CITACION DIRECTA - Obligación ineludible de notificar requerimiento fiscal.

"En el primer motivo del recurso por vicios in procedendo interpuesto por el defensor del imputado se acusa la inobservancia del artículo 39 de la Constitución Política, 145, 146 y 349 párrafo 3 del Código de Procedimientos Penales. Afirma que el presente asunto se instruyó mediante el procedimiento de citación directa, no obstante, el Tribunal de Juicio omitió notificarle a la defensa la requisitoria fiscal [...]. Afirma que en el momento procesal oportuno interpuso el correspondiente Incidente de nulidad [...]. Al resolver la incidencia el a quo indicó "Efectivamente el tribunal observa que al dictarse la citación a juicio no se pusieron en conocimiento del defensor las conclusiones del requerimiento fiscal" (Sic. [...]), pese a ello la nulidad fue rechazada. Ante ésta situación interpuso revocatoria e hizo reserva de casación.

II.- Al respecto es de hacer notar que la Sala Constitucional ha establecido que cualquier violación grave del procedimiento en perjuicio del reo, aún meramente legal-no constitucional per se-, equivale a la violación de uno de los derechos fundamentales del acusado y de la propia Constitución (Sala Constitucional, V-1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos). Ciertamente en el presente asunto, según reconoce el representante del Ministerio Público [...], a la defensa no se le notificaron las conclusiones del requerimiento fiscal. Sin embargo, aduce que este hecho no le causó perjuicio alguno. Agrega que el defensor siempre tuvo a su disposición el expediente así como la posibilidad de ofrecer pruebas. Este argumento, en su momento, fue resaltado por el Tribunal de mérito [...] para denegar la incidencia de nulidad. Sin embargo la Sala estima que se han afectado derechos básicos de la defensa que lesionan el debido proceso. En los asuntos de "citación directa" la investigación preparatoria al juicio la practica el Agente fiscal mediante la "información sumaria", y la ley

(párrafo final del art. 349 del Código de Procedimientos Penales) establece en esos casos, bajo pena de nulidad, que las conclusiones del requerimiento fiscal deben notificarse junto con la "citación a juicio". El cumplimiento de esa disposición no obedece a un acto meramente ritual o formal, sino que es de carácter sustancial porque constituye la primera y verdadera intimación de la acusación del fiscal. Si bien es cierto que durante la "información sumaria" el Agente Fiscal debe recibir declaración indagatoria al imputado, y para tales efectos se le informa a este último de los hechos que se le atribuyen y las pruebas existentes en su contra, también es cierto que en ese momento no se le impone el contenido de ninguna acusación formal del Ministerio Público porque no existe. Lo anterior difiere de los asuntos de instrucción formal, en los cuales el Ministerio Público formula una primera imputación formal (Requerimiento de Instrucción), que luego es complementada con resoluciones posteriores del Instructor (auto de procesamiento, auto de elevación a juicio) y con actuaciones del Ministerio Público (Requerimiento de Elevación a Juicio), actuaciones que también son notificadas en forma expresa a la defensa, en especial las conclusiones del fiscal al finalizar la instrucción (audiencia a la que se refiere el artículo 342 del Código de Procedimientos Penales). En estos casos el Tribunal de Juicio no debe notificar las conclusiones del fiscal al momento de la "citación a juicio", porque la defensa ya ha sido ampliamente notificada de todas las actuaciones y resoluciones que conforman y perfeccionan la acusación (requerimientos de instrucción y elevación a juicio, autos de procesamiento y elevación a juicio).

Contrariamente, en los asuntos de "citación directa", al producirse la citación a juicio la defensa no ha sido notificada formalmente de ninguna acusación. Esa notificación prevista en el párrafo final del artículo 349 ibidem es absolutamente indispensable y esencial para que el imputado y su defensor se informen del objeto y de los límites del proceso, y así puedan preparar la defensa de sus intereses, y puedan ofrecer la prueba correspondiente dirigida a desvirtuar los hechos de esa acusación o a confirmar los hechos y circunstancias en que sustenten su posición. No se trata de un formalismo meramente ritual, sino de la posibilidad de hacer efectivos sus derechos constitucionales y legales. Afirmar que la falta de notificación del requerimiento fiscal en asuntos de citación directa no produce ninguna nulidad, equivale a sostener que tampoco habría nulidad en asuntos de instrucción formal si no se pone en conocimiento del defensor y el imputado del requerimiento fiscal de instrucción, del auto de procesamiento, del requerimiento de elevación a juicio y del auto que acoge ese requerimiento. Debe recordarse que el derecho de defensa implica que a ninguna de las partes se le puede ni debe sorprender, puesto que nadie puede defenderse de lo que ignora. Desde el momento en que se le informa de la acusación a la defensa, ésta puede preparar los argumentos que le permitirán desvirtuar los hechos acusados por el representante del Ministerio Público, cuestionar la calificación jurídica, presentar incidentes, ofrecer prueba, combatir la prueba de cargo, resaltar situaciones referidas a esos aspectos, etc. En la actualidad se califica al proceso penal de legítimo en tanto sea el cauce que

desarrolle e instrumentalice las garantías de orden constitucional. Esta interpretación del ordenamiento no es ajena a nuestra idiosincrasia procesal, así lo demuestran los artículos 145 y 146 párrafo 2 del Código de Procedimientos Penales, cuando sancionan con nulidad absoluta aquellas situaciones que impliquen la inobservancia de normas concernientes a la intervención del imputado en los casos y formas establecidas por la ley. En el presente asunto la omisión de la notificación del requerimiento fiscal indudablemente lesiona el derecho de defensa y el debido proceso, no sólo porque se prescindió injustificadamente de un acto que la ley procesal considera esencial, sino porque el error no fue subsanado en el momento procesal oportuno pese a las gestiones del recurrente. En consecuencia debe acogerse 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."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 583-F de las 15,15 hrs. del 4 de octubre.

52- CORRELACION ENTRE ACUSACION Y SENTENCIA - Introducción al proceso de circunstancia agravante - Formulación de recurso por el fondo permite resolver sin ordenar el reenvío.

"El segundo punto del recurso acusa la conculcación, por falta de aplicación, del numeral 18, párrafo cuarto, de la Ley de Psicotrópicos N° 7233. Considera esta Sala que la disconformidad de la impugnante es justificada, por las siguientes razones. En primer lugar, la prueba testimonial y documental citada por la recurrente permite racionalmente acreditar que los compradores que llegaban a la casa de los imputados eran consumidores o adictos, pues tanto el indicado perfil de los sujetos como el típico "intercambio de manos" observado son indicios suficientes, conforme a la experiencia, para sustentar esa aseveración. En segundo lugar, no debe perderse de vista que la acusación formulada por el actor penal es el límite objetivo del proceso, y en este caso el requerimiento de elevación a juicio dice que los compradores eran "...sujetos con apariencia de consumidores de crack que llegaban y luego de un intercambio rápido de manos con las personas que se encontraban en la casa, se marchaban en forma apresurada" [...], mientras que el hecho acreditado en sentencia es que los compradores eran "...sujetos que llegaban y luego de un intercambio rápido de manos con las personas que se encontraban en dicha casa, se marchaban en forma apresurada" [...], descartando tácitamente la calidad de consumidores de aquellos, lo cual se declara explícitamente cuando en sus consideraciones dice el a quo que la droga "...estaba almacenada con fines de tráfico y destinada a cualquier persona que quisiera adquirirla, sin que se pudiera tener por demostrado que sólo se vendía para el consumo de adictos, pues... esa circunstancia no se probó, por lo que no es de aplicación el párrafo cuarto del artículo 18 como lo pretende la defensa y todo lo contrario, tiene por demostrado el Tribunal que la droga se vendía a cualquier persona que la comprara, como ocurrió con las compras

realizadas por el oficial C., quien precisamente no es un adicto..." [...]. Como se ve, el Tribunal introdujo al proceso una circunstancia penalmente relevante no contenida en el requerimiento fiscal, la cual es agravante, pues excluye para el imputado la posibilidad de su pena sea disminuida conforme al párrafo cuarto del artículo 18 de la Ley de Psicotrópicos N° 7233, que dice: «El extremo menor de la pena podrá disminuirse hasta la mitad, cuando se demuestre que la venta o el suministro de esas drogas se hace para el uso propio de los consumidores». Este defecto torna incongruente la relación entre acusación y sentencia, afectando el derecho de defensa de los imputados. De lo que se lleva expuesto, en principio podría anularse la sentencia tanto por violación a las reglas de la sana crítica racional, como por la falta de correlación entre acusación y sentencia. Sin embargo se trataría de una nulidad parcial, únicamente relativa a la fijación de la pena, pues la sentencia subsiste válidamente en lo que se refiere a la conducta delictiva de los encartados y los defectos apuntados se refieren únicamente a una circunstancia cuya relevancia jurídica se contrae a la fijación de la pena. Sin embargo, habiéndose formulado en este caso recurso por el fondo resulta innecesario ordenar el reenvío, por lo que se expondrá a continuación sobre el recurso por vicios in iudicando, donde se excluye el error acusado, por lo que carece de interés decretar la nulidad parcial y el reenvío en lo que respecta a la pena, solución que se ajusta al principio de economía procesal que rige la materia y de la cual ya existen precedentes jurisprudenciales (véase, por ejemplo, la resolución V-578-F de las 10:05 horas del 21 de diciembre de 1994). Según la norma legal indicada, «El extremo menor de la pena podrá disminuirse hasta la mitad, cuando se demuestre que la venta o el suministro de esas drogas se hace para el uso propio de los consumidores». Sobre esta norma es necesario hacer dos observaciones, aunque parezcan evidentes. En primer lugar, en atención a las garantías procesales que la Constitución Política y los instrumentos internacionales establecen en favor del acusado en materia penal particularmente el principio de inocencia, resulta evidente que la demostración de esa circunstancia, en tanto integra el tipo penal, no es una carga del imputado, sino del Estado, sobre todo cuando -como en el presente caso- esa circunstancia forma parte de la acusación formulada por el actor penal. En segundo lugar, cuando en el proceso se ha verificado con seguridad que el accionado se dedica a la venta o suministro de drogas que sanciona el tipo penal, pero no existe la misma certeza sobre si los compradores que la adquieren lo hacían para su propio consumo o no (es decir, por otro motivo diferente), ya sea por ausencia de prueba o de indicios al respecto, la incógnita debe despejarse necesariamente en favor del imputado (por imperativo del artículo 393 del Código de Procedimientos Penales), y lo que más favorece al imputado del cual se sabe con certeza que ilícitamente vende o suministra drogas, es interpretar que lo hace para el uso propio de los consumidores, porque en esta hipótesis el extremo menor de la pena podrá disminuirse hasta la mitad. En el presente caso, como se dijo, se acreditó válidamente que los imputados J.C.M.G. y D.A.V. poseían droga (crack y marihuana) en su casa de habitación, lugar al que -según la investigación policial- llegaban sujetos y

luego de un intercambio rápido de manos con las personas que se encontraban en dicha casa, se marchaban en forma apresurada, lo que motivó la intervención de un agente encubierto a efecto de corroborar, como en efecto se hizo, que la droga se vendía, tras lo cual se practicó un allanamiento y registro cuyo resultado fue el hallazgo de la droga y demás utensilios descritos en la sentencia. También se indicó que el Tribunal de mérito, violentando las reglas de la sana crítica racional y el principio de correlación entre acusación y sentencia, concluyó que los compradores no eran necesariamente consumidores o adictos, sino que la droga se vendía a cualquier persona que la comprara.

Como tal aseveración excede el hecho que fue objeto de la acusación, límite objetivo del proceso, esta Sala procede ahora a suprimirla de los hechos probados, para poder así examinar el recurso por el fondo aquí formulado, y aplicando el principio *in dubio pro reo* resulta que debe entenderse que la droga que poseían ambos imputados para vender estaba destinada al uso propio de los consumidores (lo cual, por cierto, resulta congruente con la prueba testimonial y documental supracitada, así como con el hecho de que al agente encubierto -siendo desconocido para los imputados- compró una cantidad muy pequeña de crack, característica de lo que puede considerarse consumo personal: sería absurdo esperar que un vendedor de crack exija a todo comprador que se identifique y demuestre ser consumidor). Por lo tanto procede casar la sentencia y recalificar la conducta atribuida a los imputados J.C.M.G. y D.A.V. como constitutiva del delito de POSESION NO AUTORIZADA DE DROGAS PARA LA VENTA A CONSUMIDORES cometido en perjuicio de la Salud Pública, conforme a los párrafos primero, tercero y cuarto del artículo 18 de la Ley de Psicotrópicos N° 7233."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 366-F de las 9,05 hrs. del 30 de junio.

53- CORRELACION ENTRE ACUSACION Y SENTENCIA - Omisión de señalar contenido de acusación o remisión a citas de folios donde se localiza el requerimiento no siempre provoca nulidad.

"Recurso interpuesto por el Lic. G.S.P., en representación del Ministerio Público. Recurso por la forma: En el primer alegato, reclama violación de los artículos 1, 106, 319, 320, 321, 395 incisos 1) y 397 en relación con el 400 inciso 2) todos del Código de Procedimientos Penales, por haber omitido el a quo enunciar el hecho objeto de la acusación. El reclamo no procede. En cuanto al deber de consignar en el fallo el hecho punible objeto de la acusación, esta Sala ha estimado reiteradamente, (cfr. V-302-F de las 10:28 horas del 23 de octubre de 1987; V-325-F de las 9:10 horas del 19 de agosto de 1994) que esa enunciación -completa o resumida- es un aspecto esencial e indispensable, pues permite constatar la necesaria correlación que debe existir entre acusación y sentencia y el principio *non bis in idem*, de manera que constituye una garantía no sólo para el sujeto sometido al proceso, sino también para el órgano titular de la acción penal; conviene sin embargo, replantear nuevamente el tema y ampliando

ese criterio, considera esta Sala que excepcionalmente -ya que la regla es que los Tribunales incluyan en el fallo mediante transcripción fiel o resumen, los hechos acusados- en aquellos casos en que el Tribunal no señale en su resolución el contenido de la acusación o remita a las partes mediante cita de los folios correspondientes al sitio en donde se localiza el requerimiento formulado por el Ministerio Público, no corresponde de manera necesaria ordenar la nulidad de la resolución, pues las partes están facultadas para que en resguardo de sus intereses, constaten la debida correlación entre lo acusado y lo resuelto, mediante lectura directa de los documentos que contienen esas piezas, con lo que se estimarán parte integral de ella y en ese sentido, cumplida la exigencia legal en cuanto a la correlación de cita. Lo anterior se sustenta, sobre la base de que el requerimiento o auto de elevación a juicio se encuentran insertos en sendos documentos que ya forman parte del proceso, por lo que independientemente de que se proceda o no a citar o enunciar los hechos acusados, el requisito dispuesto por Ley se subsanará con el cumplimiento de lo anterior, al poderse constatar con su lectura, la apropiada correlación. Debe aclararse sin embargo, que la eventual omisión de cita del requerimiento o auto de elevación a juicio, no implica que se pueda omitir la lectura de la acusación al momento de iniciarse el debate, que debe quedar consignada en forma expresa en el acta respectiva. No obstante lo expuesto, corresponde llamar la atención al Tribunal en cuanto a la omisión que motivó el vicio que se alega, para que en el futuro procure consignar lo acusado en el "resultando", pues no existe razón alguna para que no proceda en esa forma, al momento de redactar su fallo."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 112-F de las 9,55 hrs. del 3 de marzo.

54- COSTAS PROCESALES - Validez de fijación basada en prueba no incorporada al debate.

"En otro orden de cosas y continuando con el análisis del reclamo, en cuanto se alude al pago de las costas procesales con vista en el documento de folio 46 del legajo respectivo, deben señalarse tres aspectos: primero, que se trata del cobro correspondiente al pago del peritaje matemático, documento que fue debidamente incorporado al debate; segundo, que al emitir conclusiones el representante del actor civil solicitó expresamente fijarlas y tercero, que la fijación de costas constituye un requisito ordenado por Ley tratándose de resoluciones que pongan fin a la causa, como lo dispone el artículo 543 del Código de Procedimientos Penales y lo ha reiterado esta Sala (cfr. entre otros, V-600-F de las 9:05 hrs. del 5 de noviembre de 1993; V-299-F de las 9:15 hrs. del 5 de agosto de 1994). Lo anterior permite determinar, no sólo la procedencia de la fijación por el Tribunal, sino también la existencia en el expediente de la información adecuada al alcance de los juzgadores y que sin necesidad de ser expresamente incorporada al debate -tomando en cuenta que se reclaman gastos procesales-, permite la fijación a que se hace referencia. Incluso, se observa el interés de la parte al solicitar imposición de costas -aunque para los efectos no era

necesario-, sin que sea indispensable ofrecer prueba específica al respecto, al poder suplirla el a quo."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 502-F de las 11,10 hrs. del 25 de agosto.

55- DECLARACIONES ANTE LA POLICIA - Sentencia basada en versión de la policía sobre supuesta declaración de personas no traídas al proceso es absolutamente nula.

"Ciertamente el Tribunal fundamenta la sentencia en las declaraciones que dieron los oficiales R.C.L. y W.Ch.B. [...]. Estos en su testimonio indican que se presumía que el imputado se dedicaba al tráfico de drogas, utilizando para ello un negocio comercial que tenía en la zona de Paso Canoas. La investigación policial los llevo a la detención de cuatro personas que provenían del negocio del imputado, a las cuales se les decomisó una "cajeta" o pedazo de cocaína base "crack". Afirmaron los oficiales que tanto J.L.O.C., F.P.M., D.O.Q. y P.G.B., declararon espontáneamente que habían sido pagados por los hermanos B.S. para comprar droga al imputado E.C. Por lo anterior, detienen a éste último y le decomisan una "cajeta" o pedazo de crack. Las declaraciones de los oficiales de policía son los elementos probatorios esenciales que el Tribunal de instancia valora para tener por demostrada la compraventa de drogas y la posesión con fines de tráfico (hechos probados 2 y 3). Sin embargo dichos policías no tienen conocimiento directo de que el imputado se dedique a la compra venta de drogas, sino que sólo escucharon el testimonio "espontáneo" de las personas que ellos detuvieron.

III.- Lo anterior obliga a la Sala a analizar dos aspectos que son fundamentales y que están íntimamente relacionados. El primero incide sobre la posibilidad de que el Tribunal de instancia pueda valorar la versión que dan los policías de lo que supuestamente declararon cuatro personas durante un interrogatorio policial, en donde incriminan al aquí imputado, personas que nunca declararon durante el proceso jurisdiccional. Ciertamente, los oficiales podrían informar al Tribunal sobre lo que un testigo les informe en la investigación, pero si el Tribunal desea fundamentar el fallo en los relatos de los cuales da cuenta el policía, tiene el deber de recibirlos conforme lo regula el Código Procesal Penal. Principalmente debe someter esos testigos al interrogatorio de todos los sujetos del proceso durante la audiencia oral, con el fin de que puedan ser preguntados y luego analizados conforme a las reglas de la sana crítica. Debe recordarse que incluso, nuestro ordenamiento procesal sólo admite incorporar al debate por lectura la declaración de un testigo en los supuestos del artículo 384 del Código de Procedimientos Penales, y siempre que se hubiera recibido esa declaración ante Juez competente y cumpliéndose las demás formalidades. En el presente asunto éstas personas (testigos o imputados) no han declarado en la instrucción, y sin embargo se pretende introducir su dicho al debate por medio del testimonio de los policías, lo cual resulta improcedente. La ilicitud no consiste en que el oficial repita lo que escucha del testigo, sino que el dicho del testigo sea tomado en consideración,

introducido al debate y valorado en la sentencia con base en el testimonio del policía. En estos casos las partes, en especial el Ministerio Público cuando se trata de una prueba de cargo como ocurre en este asunto, debió ofrecer esa prueba en las distintas oportunidades procesales que tuvo para hacerlo, incluso para mejor resolver al final del debate. Por su parte los juzgadores también tenían la posibilidad de ordenar esa prueba, pero la omisión no los autorizaba a proceder conforme lo hicieron. La otra alternativa que brinda nuestro ordenamiento, como se expuso supra, es que sólo por vía de excepción se admite su incorporación por medio de lectura (artículo 384 ibídem). Consecuentemente, cuando no se utilizan los instrumentos procesales apropiados para hacer llegar al debate la declaración de un testigo esencial, y se tolera su incorporación por medio de interpósita persona, esta situación conlleva la ilicitud del acto porque implica la posibilidad de encubrir las irregularidades en la obtención de las pruebas y hace planear el espectro del error judicial e indudablemente atenta contra el derecho de defensa que le garantiza a las partes tener la posibilidad de interrogar a los testigos. Por ello, no es admisible que los testimonios de cargo o descargo sean sustituidos por el dicho de los policías que declaran haberlos interrogado. Para que una prueba pueda tomarse en cuenta y pueda ser valorada con el propósito de fundar en ella la culpabilidad de una persona, es necesario que se introduzca legalmente al proceso, y la declaraciones de aquellos cuatro "testigos o imputados" (aspecto que el fallo no deja claro), supuestamente los compradores de droga, no se han incorporado legalmente al proceso, precisamente porque no fueron escuchados en la audiencia, para confirmar o desvirtuar lo afirmado por los oficiales de la policía administrativa. Por las razones expuestas la sentencia es inmotivada al fundamentarse en prueba esencial incorporada de manera ilegal.

IV.- Lo anterior sería suficiente para declarar la nulidad del fallo, sin embargo y a mayor abundamiento resta por abordar un segundo aspecto. Los policías administrativos sostienen que las declaraciones de las cuatro personas que son sorprendidas transportando droga y que comprometen en apariencia al imputado fueron producto de "manifestaciones espontáneas". Sobre esta situación debe indicarse, que lo que se quiere presentar como manifestaciones voluntarias no es otra cosa que la declaración que obtienen los oficiales de la policía, como resultado de la detención y decomiso de la droga a las cuatro personas que sorprenden transportándola. Resulta curioso como todos los detenidos declaran "espontáneamente". Debe recordarse sobre este extremo que los jueces como contralores de la constitucionalidad y legalidad de la actividad de los oficiales de la policía deben en todos los casos verificar si las declaraciones que así se obtienen son respetuosas del marco constitucional y democrático que garantiza nuestro estado de derecho. Del estudio del fallo se desprende que los oficiales C.L. y Ch.B., en ningún momento les hicieron a los "sospechosos" las advertencias de ley, pese a que estaban en una situación muy similar a la del imputado, al ser detenidos y decomisárseles una cantidad de droga. No obstante ello, no consta si se les informó de su derecho constitucional al silencio, o que tenían derecho de hacerlo

en presencia del abogado de confianza y en caso de no contar con uno, que podían solicitar los servicios de un defensor público. La presencia del Juez de Instrucción de Corredores, no subsana las omisiones que comprometen las garantías constitucionales, pues él no recibió la prueba. El Juez es ante todo un contralor de legalidad y pese a que el acto se realizó en la etapa preprocesal debe velar por el respeto de las garantías constitucionales y no convertirse en cohonestador de las irregularidades en que puedan incurrir los funcionarios de la policía administrativa. Así las cosas, el acto es irregular no porque el Juez de Instrucción de Corredores no tenga competencia para intervenir en estos actos como parece desprenderse del alegato del impugnante, sino porque como director de la investigación permitió que las declaraciones se obtuvieran sin las garantías de ley. Nuestro ordenamiento considera imputado a cualquiera que sea señalado como sospechoso desde el primer momento de la investigación, aún en la etapa policial (artículo 3 *Ibidem*). En consecuencia, desde ese instante las garantías constitucionales le deben ser aplicadas. La irregularidad es obvia cuando la sentencia transcribe las declaraciones de los oficiales y hace énfasis en las "manifestaciones espontáneas" que supuestamente les facilitan varias personas a los agentes de la policía administrativa [...]."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 56-F de las 9,50 hrs. del 16 de febrero.

56- DENUNCIA - Valoración como acto procesal - Abstención del ofendido para declarar no implica desaparición de la instancia.

"En el primero de los motivos aducidos por el recurrente, éste reprocha a la sentencia haber tenido como fundamento probatorio la denuncia que dio origen al proceso en el que se produjo el fallo recurrido, siendo que tal denuncia es, en su criterio, nula, por cuanto, al formularla, no se advirtió a la denunciante el derecho que tenía de abstenerse de declarar, "...violando así todas las normas legales y garantías constitucionales al respecto de este tipo de actos procesales y probanzas", según lo alega [...]. No lleva razón el quejoso, tanto porque la prevención constitucional a que se refiere no es requisito legal de esencia en la denuncia -capaz de generar nulidad en caso de ausencia-, cuanto porque de acogerse su tesis se estaría eliminando el acto de voluntad personal capaz de excitar al órgano jurisdiccional para ponerlo en movimiento en averiguación de la posible comisión del ilícito penal denunciado. Esta Sala ya tiene resuelto el punto por sentencia Nº 438-F de las 15 hrs. del 25 de setiembre de 1992, en la que se señaló que "Debe destacarse que la denuncia siempre vale como acto procesal, pues es la manifestación de voluntad para que se de inicio al proceso, sea que como presupuesto procesal, acredita la circunstancia de la comunicación de la noticia criminis por parte del ofendido, no obstante que, con el objeto de salvaguardar el derecho de abstención tutelado por la Constitución Política, no se deberá sustentar la sentencia en el contenido de la declaración brindada, en aquellos casos en que el denunciante

bajo su condición posterior de testigo, esté facultado en razón del parentesco para abstenerse de declarar y haga uso de ese derecho, que es irrenunciable en forma absoluta, de acuerdo con lo dispuesto por la Sala Constitucional de esta Corte (Ver voto 264-91 de las 14 horas 30 minutos del 6 de febrero de 1991). Sin embargo, la abstención del ofendido a declarar no significa que desaparezca la instancia, pues darle los alcances que pretende el impugnante, desestimaría la existencia de la denuncia y equivaldría a eliminar el acto que dio inicio al procedimiento penal. La denuncia de un ilícito de acuerdo con lo expuesto, mantiene su validez en todo momento para acreditar el acto que pone en conocimiento la posible omisión de un delito, no obstante que en cualquier etapa del proceso -al que dio origen-, el denunciante decida no declarar, lo que no podrá hacer el juzgador es considerar el contenido de la denuncia para fundamentar el fallo." En realidad, la Constitución Política tutela el derecho a no declarar que en razón de parentesco tienen algunas personas autorizadas para abstenerse de hacerlo en contra de connotados cercanos suyos; pero ese derecho conlleva el derecho de declarar si esa es la voluntad del deponente.

En el caso, la voluntad de pronunciarse sobre los hechos por parte de la denunciante quedó evidente durante el debate del juicio, momento en que después de haber sido prevenida del derecho de abstención que le asistía optó libremente por deponer como testigo. En tratándose de denuncia, nadie puede denunciar a su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del denunciante (Artículo 155 del Código de Rito Penal), que es el caso "sub examine". Aunque el Tribunal "a quo" incorporó en el debate el contenido de la denuncia que verbalmente había hecho la víctima ante la Agencia Primera Fiscal de Limón [...], es lo cierto que en la sentencia recurrida para nada se le toma en cuenta a pesar del prolijo análisis que hace de la prueba. (Ver Considerando III SUMARIO DE LA PRUEBA, [...]). Además, la víctima directa de los hechos imputados al justiciable declaró en el juicio, repitiendo y aun ampliando el contenido de su denuncia original, ello a pesar de que con toda claridad se le hizo la prevención constitucional del derecho que le asistía para abstenerse de declarar, si esa era su libre voluntad. Por lo que ha quedado expuesto, debe rechazarse este motivo."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 102-F de las 9,05 hrs. del 3 de marzo.

57- DERECHO DE ABSTENCION - Parentesco entre primos hermanos está fuera del privilegio.

"En primer lugar hay que señalar que el parentesco que se dice existente entre los testigos y el acusado -el de ser primos hermanos-, es un ligamen que de conformidad con las disposiciones civiles constituiría parentesco en cuarto grado de consanguinidad, y por lo tanto, quedaría fuera del privilegio consagrado por el numeral 36 de la Constitución Política en relación con los artículos 227 y 228 del Código Procesal Penal, pues éstos cobijan el parentesco hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o

afinidad, de manera que esa sola circunstancia es suficiente para rechazar el motivo y declarar sin lugar el recurso. (Al respecto, véase BRENES CORDOBA Alberto, Tratado de las personas, San José, Editorial Costa Rica, 1974. p.92 y ss.)”

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 409-F de las 9,40 hrs. del 14 de Julio.

58- FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA - Omisión de dar cuenta del contenido de las Indagatorias viola el derecho de defensa y el debido proceso.

“Como primer agravio de los recursos de casación por vicios in procedendo interpuestos por la Licda. M.B.P. y por la imputada J.J.V., se acusa la inobservancia de los artículos 39 de la Constitución Política, 106, 145, 146, 395 y 400 Inciso 4° del Código de Procedimientos Penales, por falta de fundamentación de la sentencia. Estiman los suscritos Magistrados que ambos reclamos son atendibles, pues para que exista una verdadera motivación de la sentencia es preciso, en primer lugar, que en ella se consigne, describa o reproduzca el contenido o dato probatorio de las pruebas en las cuales se asientan las conclusiones a que se llega; y, en segundo término, su consideración razonada. Ambos aspectos deben concurrir simultáneamente para que pueda considerarse que la sentencia se encuentra debida y suficientemente motivada, pues solamente así se satisfacen los presupuestos mínimos para verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez para llegar a determinada conclusión ha sido cumplido con respeto a las reglas de la sana crítica racional. El incumplimiento de esta obligación, según su incidencia en el dispositivo del fallo -como sucede en este caso-, produce por sí misma una nulidad de carácter absoluto, declarable aun de oficio, por violar principios procesales de rango constitucional que tienden a asegurar a los particulares y a la colectividad el control responsable de la recta administración de justicia (en este sentido véanse las resoluciones de esta Sala V-266 de las 10:15 hrs. del 20 de diciembre de 1985, V-530-F de las 11:00 hrs. del 4 de octubre de 1991, así como la resolución de la Sala Constitucional N° 2832-93 de las 9:06 hrs. del 18 de junio de 1993). Según lo evidencia la confrontación del acta de debate con la sentencia impugnada, a pesar de que los tres colimputados C.M.C., J.J.V. y V.B.H. declararon durante el debate, el Tribunal omitió absolutamente dar cuenta del contenido de sus testimonios y del valor positivo o negativo que estas declaraciones pudieran tener en el contexto probatorio, ya que, por provenir de los acusados, son de obligada consideración, pues «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos u obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal» (artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en igual sentido los artículos 14 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), mientras que en el presente caso las versiones que dieron los imputados en su defensa, lejos de

ser oídas, fueron ignoradas con una indiferencia pasmosa, por lo menos esa es la impresión que deja la sentencia impugnada, en demérito del derecho de defensa y de la “necesaria demostración de culpabilidad” exigida por el artículo 39 de la Constitución Política.

Al contestar la audiencia conferida al efecto, la Licda. A.E.S.F., como representante del Ministerio Público, respecto a este defecto acusado, da la razón a los impugnantes, lamentando que: “...no se plasmó tan siquiera un extracto de las declaraciones vertidas por las imputadas.... las que optaron por declarar de viva voz en el debate, según consta en el acta de debate levantada al efecto, que tampoco contiene sus manifestaciones, y mucho menos procedió el tribunal a bastantear tales declaraciones, bien para desvirtuarlas o aceptarlas, lo cual efectivamente viola el derecho de defensa y el debido proceso pues [la declaración de] el imputado resulta ser además de medio de defensa, un medio de prueba, la que debe ser sopesada, circunstancias ausentes en el caso de marras, desconociéndose sus manifestaciones a efecto de contraponerlas frente a la restante prueba, y obtener un resultado acorde a la averiguación de la verdad real de los hechos, motivo suficiente para anular el fallo, aunque la suscrita no comparta los restantes motivos alegados» [...]. Por todas las razones expuestas procede declarar con lugar estos motivos de los recursos indicados, 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.”

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 246-F de las 10,12 hrs. del 5 de mayo.

59- FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA - Requisitos para que la fundamentación jurídica sea completa.

“Como primer agravio de este recurso por vicios in procedendo, se acusa la inobservancia de los artículos 395.2, 106 y 400.4 del Código de Procedimientos Penales y del ordinal 39 de la Constitución Política, por falta de fundamentación de la sentencia en cuanto al derecho aplicado. Estima esta Sala que no lleva razón la defensa, por las razones que de seguido se dirán. En cuanto a la fundamentación de derecho o jurídica, que es la atinente al derecho aplicado para resolver el caso justiciable con arreglo a los hechos que se tiene por probados (por oposición a la denominada “fundamentación de hecho o probatoria” que se da respecto de la prueba de los hechos que se admiten como probados), se tiene que para que la fundamentación sea completa “no es necesario que el Tribunal sentenciador explique por qué razón, teoría o enseñanza jurídica, aplica el precepto o norma o principio legal que sustenta su resolución, sino que para justificar legalmente la calificación jurídica es suficiente con que ese Tribunal mencione concretamente los artículos de ley que aplica a los hechos comprobados” (así, NUÑEZ, Ricardo: Código Procesal Penal, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, Segunda Edición Actualizada, 1986, pág. 393 y DE LA RUA, Fernando: El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía-

Editor, 1968, pág. 163), aunque -debe reconocerse-, la incorporación de tales razonamientos a la sentencia es deseable en todos los casos, no sólo porque se enriquece la motivación de lo resuelto sino también porque de esta manera la jurisprudencia logra un positivo aporte de naturaleza científica en la divulgación de la interpretación jurídica que hace el juzgador de la ley en relación a un caso concreto, a la luz de la doctrina. Esta es la solución que se deriva de nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto el eventual desacierto en que pudiera incurrir el juzgador a la hora de valorar los efectos jurídicos del hecho acreditado daría lugar a un vicio in iudicando que corresponde impugnar por "inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva" (con la adecuación formal del caso, no satisfecha en este acápite del recurso), según la clasificación de motivos por los que puede ser interpuesto el recurso de casación según el artículo 471 del Código de Procedimientos Penales, pero no a un vicio in procedendo (por inobservancia de normas procesales establecidas bajo pena de nulidad, como lo es la ineludible obligación de fundamentar la sentencia). En el presente caso, el Tribunal de mérito, en las partes considerativa y dispositiva de su sentencia, indica expresa y claramente cuáles son las normas legales que estima aplicables al hecho acreditado, los delitos cometidos y la naturaleza del concurso en que ellos se dan, lo cual satisface el deber de motivación invocado (en igual sentido véase la resolución de esta Sala V-164-F de las 14:20 hrs. del 16 de abril de 1993)."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 254-F de las 14,15 hrs. del 5 de mayo.

60- GARANTIAS PROCESALES - Deber de observarlas rigurosamente en cualquier instancia.

"Tampoco consta en autos que al detenerlo se le hubiera informado sobre las razones fácticas y jurídicas que motivaban su detención, garantía procesal que exigen expresamente los artículos 7.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 9.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en desarrollo del derecho de protección contra la detención arbitraria garantizado en los artículos XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 9 de la Declaración Universal de derechos Humanos y 37 de nuestra Constitución Política (en este mismo sentido véase nuestra resolución V-463-F de las 8:40 hrs. del 11 de noviembre de 1994). Las anteriores consideraciones descalifican la legitimidad de esa detención y de la prueba (droga) que se obtuvo a partir de ella, razón por la cual una hipotética sentencia condenatoria no podría haberse apoyado esencialmente en esas probanzas. En segundo lugar, respecto a los hechos acaecidos el día 6 de enero de 1994, la ilegitimidad de la actuación policial resulta más evidente, pues nuevamente se detuvo al imputado por meras "sospechas" y no por existir indicios comprobados o vehementes en su contra de haber cometido delito, como lo exige toda la normativa supracitada. De esta irregularidad da fe el propio Informe Policial de folios 28 a 31, según el cual, en lo que interesa: "El día de ayer al ser las 11:00 horas logramos observar

a J.C.Z. por la casa de "zin pin", deteniendo al mismo por la actitud sospechosa y de acuerdo al gran movimiento que tuvieron el mes anterior, se trasladó a nuestra Oficina donde se le indicó que había sido detenido por asuntos de drogas, a lo que respondió de inmediato que él no tenía que ver nada con drogas, le indicamos todo lo que sabíamos y los datos confidenciales negando aún así ser adicto, ni tener drogas en su casa ni donde su madre. Le hicimos ver que íbamos a allanar las dos viviendas indicando que no importaba ya que no tenía nada de drogas ni nada oculto...". Como se puede ver, J.C.Z. fue detenido por la actitud sospechosa (la cual no se precisa) y de acuerdo al gran movimiento que tuvieron el mes anterior (el cual tampoco se explica en que consistió). También resulta claro que Z. no fue informado al momento de la detención de las razones de su detención ni notificado de los cargos formulados contra él; esto no sucedió sino hasta que la policía lo trasladó a sus oficinas, donde se le indicó, de manera ambigua, que "había sido detenido por asuntos de drogas". También resulta patente que la policía no le advirtió a Z. su derecho constitucional a no declarar en su contra (artículo 36 de la Carta Magna), y del derecho a ser asistido por un abogado defensor, también garantizado por los artículos 8.2.d.g. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.d.g. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según lo dispone el inciso 8º del artículo 164 del Código de Procedimientos Penales, la policía puede recibir declaraciones al imputado en la forma y con las garantías que establecen los artículos 189 y siguientes, pudiendo asistir al acto el defensor de confianza elegido y resulta obvio que esta posibilidad solo resulta viable si se informa al acusado sobre la misma, que es precisamente lo que ordena el artículo 189, de manera que la policía debe necesariamente invitar al imputado a elegir defensor.

Pero aquí no terminan las irregularidades de la actividad policial en este caso, pues no solo procedió a interrogar a J.C.Z. sino que además lo intimidó ante su negativa a aceptar la conducta que le atribuían al hacerle ver que iban a allanar su vivienda y la de su señora madre, como en realidad sucedió, lo cual constituye una flagrante violación a su derecho de defensa. De lo expuesto resulta que respecto a este segundo hecho atribuido al encartado, también resulta ilegítima la actuación policial, razón por la que una hipotética sentencia condenatoria no podría haberse apoyado esencialmente en las resultas de esa actividad. A todo lo anterior cabe agregar una observación sobre los allanamientos practicados el 6 de enero de 1994 en las casas de habitación de J.C.Z.S. y de su madre, doña J.S.T., pues no aparece en el expediente la resolución fundada de la autoridad competente que ordenó esas diligencias. Únicamente aparece una resolución a folio 123 cuyo encabezado dice "Acta Allanamiento Registro y Secuestro", en la cual el Juez de Instrucción ordena el allanamiento de las casas habitadas por O.V.H. y J.S.T., la cual es bastante confusa, no sólo porque en realidad no se trata de una "acta", sino además porque en ella el Juez dice que comisiona a los oficiales de la policía judicial para practicar la diligencia (lo que supone delegación), pero al final dice que él será quien la practique, haciéndose acompañar por el actuario, a lo que debe agregarse lo más grave que no

se extiende en la resolución ninguna fundamentación fáctica ni jurídica que justifique la realización de tales allanamientos, como lo exige la ley (por otra parte, no consta que el Juez hubiera practicado la diligencia). El mismo defecto de motivación lo presenta la orden de allanamiento de la casa de habitación de M.Z.S., [...], y en estos casos la nulidad de la actuación es absoluta, por haberse afectado ilegítimamente el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, nulidad que comprende las probanzas que se obtuvieron a partir de esas actuaciones. Tal como se indicó en el Considerando anterior de esta resolución, el a quo motivadamente optó por absolver al imputado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, porque la prueba sometida a su consideración no le produjo racionalmente la certeza necesaria para acreditar la conducta que fue objeto de la acusación: "Con los elementos de prueba señalados supra no se adquiere la certeza necesaria para fundamentar una sentencia condenatoria en contra de los imputados" [...]; "Dichos oficiales debieron realzar un trabajo más elaborado, científicamente planificado; que le permita al Tribunal hacer afirmaciones, pues a estas alturas del proceso mal haríamos presumir como lo hicieron los oficiales, única forma de concluir al igual que ellos..." [...]. A esas consideraciones del a quo, esta Sala agrega que la policía ni siquiera se ocupó de velar por la legitimidad de sus investigaciones. Los suscritos magistrados consideran necesario subrayar que las garantías procesales dispuestas en la Constitución Política, en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos y en nuestra legislación interna, deben ser rigurosamente observadas en cualquier instancia por todos los funcionarios públicos involucrados en la materia penal, pues ellas rigen desde la investigación policial hasta la finalización del proceso penal, en el más amplio de sus sentidos. No es solamente el imputado o su defensor quien tiene interés en la legitimidad de las actuaciones, sino también la policía (si es que no quiere que se desbaraten sus esfuerzos investigativos, como en este caso), el Ministerio Público (si no quiere que fracase el ejercicio de su acción, como en este caso) y los Jueces Penales (si quieren dictar resoluciones incuestionables por estar ajustadas a Derecho). A cada uno de estos sujetos le corresponde velar por la legitimidad de las actuaciones propias y de los otros, para poder lograr así un proceso jurídicamente válido y eficaz: esta es la actitud que de ellos exige la más elemental inteligencia de nuestro sistema jurídico, y la solución que más se aviene con el principio constitucional de justicia pronta, cumplida y sin denegación, así como con el amplio abanico de derechos y garantías individuales."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 560-F de las 10,10 hrs. del 22 de setiembre.

61- IN DUBIO PRO REO - Aplicación por parte de la Sala frente a duda sobre connotación sexual de tocamiento.

"En el primer motivo del recurso por el fondo se alega la inobservancia del artículo 393 del Código de Procedimientos Penales no obstante que la argumentación y la

norma que se señala como quebrantada corresponden a aspectos formales. En definitiva se sustenta éste en que los hechos por los cuales resultó condenado H.P. no tienen significación sexual, razón por la cual debió tomarse en cuenta las manifestaciones de S.A.G., pues de ellas lo que surge más bien es una duda razonable en ambos hechos. En cuanto al primero -ocurrido en febrero de 1993- el reclamo debe desestimarse por las razones ya expuestas en los dos considerandos anteriores. En éstos se explicó entre otras cosas que los juzgadores de mérito sí apreciaron el testimonio de aquélla con estricta aplicación de las reglas de la sana crítica, a tal punto que sus manifestaciones no dejaron ninguna duda sobre la responsabilidad penal del encartado. Sin embargo, en cuanto al segundo hecho la situación es diferente. No existe razón alguna para dudar de las manifestaciones hechas por la ofendida en el sentido de que el encartado le tocó el ombligo. También tiene cierta lógica que ella pensara que le iba a tocar la vagina puesto que anteriormente le había tocado los senos. No obstante, la credibilidad que los jueces dieron a dicho testimonio - lo que no se pone en duda -, la verdad es que racionalmente no puede sostenerse un juicio de certeza en estas condiciones por cuanto no existen otros elementos de convicción capaces de confirmar o sostener esta presunción o sospecha de la menor. El antecedente ocurrido entre el encartado y la ofendida en febrero de 1993 no puede necesariamente conducir de acuerdo a la lógica y a la experiencia a pensar que cuando H.P. alzó a la víctima tocándole el estómago, su intención era también tocarle la vagina. En el primer hecho no existe ninguna duda por cuanto el resultado se produjo de manera objetiva (tocamiento de los senos). En cambio, en el segundo evento, el tocamiento no aparece con esa connotación sexual, salvo la que subjetivamente le dio la menor.

De esta situación surge una duda razonable sobre cuál era verdaderamente el propósito del encartado. Cabe advertir que el artículo 39 del texto constitucional exige que la culpabilidad sea probada de manera indubitable y cuando la convicción no puede formarse de esta manera se impone aplicar el principio *in dubio pro reo* que consagra el Código de rito en el artículo 393, el cual es una derivación "del principio de culpabilidad en conexión con el de la libre convicción" (ENRIQUE BACIGALUPO, "La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios", Ad-Hoc, 1994, p. 39). Por ello, su inobservancia importaría una lesión al principio de inocencia consagrado en el artículo 39 de nuestra Constitución Política, revisable en esta instancia conforme a la jurisprudencia de esta Sala, la cual ha sostenido que "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 el apartado 2º del artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en cuanto establece que " toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no

se establezca legalmente su culpabilidad"; y, finalmente, en los artículos 1º y 393 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales, normas cuya violación se sanciona en forma expresa con nulidad según lo dispuesto en los artículos 145 y 146 del Código de Procedimientos Penales. Para tales efectos debe recordarse que ya la Sala Constitucional señaló que todas las violaciones a la mera legalidad referidas al debido proceso (entre el cual se incluye el principio de inocencia, del que deriva el in dubio pro reo) se convierten automáticamente en violaciones constitucionales (En tal sentido, el aparte B del Considerando X de la Sentencia Nº 1739-92 de 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992 de la Sala Constitucional) (Sala Tercera Nº 158-F de las 8:55 horas del 20 de mayo de 1994). Debe en consecuencia declararse con lugar este motivo y de conformidad con el artículo 393 citado en relación con el 398 del mismo cuerpo legal absolverse a C.H.P. de toda pena y responsabilidad por el segundo delito de Abusos Deshonestos en perjuicio de S.A.G."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 7-F de las 10,20 hrs. del 9 de enero.

62- IN DUBIO PRO REO - Posibilidad de análisis en casación.

"Es menester señalar aquí que ya se ha pronunciado esta Sala sobre la posibilidad de que en Casación se pueda analizar la lesión o inobservancia al principio del in dubio pro reo (voto 158-F, de las 8:55 del 20 de mayo de 1994). Admitiendo dicha posibilidad, al analizarse el criterio según el cual, si bien tradicionalmente se había considerado que lo atinente a la aplicación de dicho principio no era revisable en casación, lo cierto es que el mismo, al encontrarse plenamente consagrado en el numeral 39 de la Constitución Política, resulta de tutela inmediata. En dicho fallo se señaló que "la posición de la Sala pareciera ser de pura forma, ya que en el fondo, como veremos, no ha negado conocer en ciertos supuestos sobre el estado de duda, aunque para ello haya recurrido a otros fundamentos distintos al principio contenido en el párrafo tercero del artículo 393 del Código de Procedimientos Penales: (a) En primer término, lo ha admitido cuando se alegan vicios relacionados con la falta de fundamentación de la duda supuestamente expresada en sentencia (falta de fundamentación o fundamentación contradictoria). Se trata principalmente de casos en que el Tribunal absolvió al imputado manifestando duda sobre su participación, pero manteniendo como probado (o al menos existiendo prueba que permitía concluirlo con certeza) que el imputado realizó el hecho típico, antijurídico y culpable. (...) (b) En segundo lugar, apreciamos que la Sala ha conocido de la duda y ha controlado la formación del criterio de los juzgadores, pero por otra vía distinta a la violación del principio in dubio pro reo. En efecto, la Sala sí ha entrado a conocer y ha examinado la duda, o mejor, el sustento de los juzgadores expresado en la sentencia y utilizado para valorar los elementos de prueba, en todos aquellos casos en que se ha alegado una violación a las reglas de la derivación racional. En otras palabras, el tema relativo a la

credibilidad que los juzgadores deben darle a la prueba, y en consecuencia los yerros en que se incurra al apreciarla derivando la certeza sobre la culpabilidad del imputado de elementos de prueba que según la experiencia o la lógica no podía ser derivada, sí es posible revisarla en casación en aquellos supuestos en que se alegue la violación a las reglas de la sana crítica (...). Lo anterior significa que si el tema ha sido posible examinarlo en Casación como violación a las reglas de la sana crítica, o directamente como un problema relativo a la fundamentación de la duda (insuficiencia o contradictoriedad), y así lo hemos venido admitiendo, nada impide entonces que ahora el reclamo se plantee como una violación del principio de inocencia constitucional en relación con las normas del 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 1 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 (...).

El cambio no consistiría, entonces, en una verdadera apertura del recurso de casación, sino en una corrección de un criterio meramente formal que expresaba que el principio in dubio pro reo no es controlable en casación, situación que se hace insostenible frente a los criterios de justicia y de apertura del recurso. Desde luego, ello no significa que bastaría con una simple discrepancia con las apreciaciones y las valoraciones de los juzgadores de instancia para creerse legitimado a que prospere la nulidad en casación por violación al principio citado. Para tales efectos el recurrente debe expresar en forma clara y bien precisa la fundamentación de su reclamo, del cual se desprenda que el Tribunal en realidad no podía derivar certeza de culpabilidad o de inocencia con base en la prueba utilizada, sino que ésta racionalmente (de acuerdo con los conocimientos científicos, las leyes de la lógica, la experiencia y la principalmente del sentido común) refleja al menos un estado de duda que deje sin sustento las conclusiones del Tribunal, para lo cual bastaría con alegar como violadas las normas últimamente citadas, en relación con los artículos 145 y 146 del Código de Procedimientos Penales". Manteniendo su vigor los argumentos allí expresados, la Sala entra a resolver el agravio formulado.

II. En el caso sub examine se observa que, si bien el Tribunal de mérito afirma haber alcanzado la plena certeza sobre la comisión del delito de violación atribuido al acusado, basándose para ello principalmente en la declaración de la ofendida, existen aspectos de ese testimonio que no fueron tomados en consideración y que, unidos a otros elementos probatorios, exigen ser tomados en cuenta para

no viciar la fundamentación. Hemos indicado reiteradamente que el testimonio de la víctima puede ser un único elemento probatorio suficiente para acreditar la existencia un delito, sobre todo en los de carácter sexual, porque en este tipo de delitos por lo general el agresor busca el momento más oportuno para atacar a su víctima, sea cuando ésta se encuentra sola, por la naturaleza misma del acto que se propone realizar. Sin embargo tratándose del único medio de prueba que acredite al menos la autoría, ello exige de parte del Tribunal un deber muy riguroso de examinar ese testimonio con sumo detalle y mayor celo, así como también el deber de analizar y valorar las demás circunstancias que rodearon el hecho, en especial las situaciones y relaciones antecedentes entre víctima y victimario, incluyendo familiares y personas cercanas, así como el comportamiento y las situaciones acaecidas con posterioridad a los hechos, con aplicación de las reglas de la sana crítica, en especial el sentido común, la experiencia y la lógica. En otras palabras, el Tribunal viola el principio del *in dubio pro reo* cuando deja de examinar todas las circunstancias y situaciones que anteceden, rodean y complementan la versión de la víctima, así como también debe analizar todos los elementos de prueba esenciales, que tengan relevancia para apreciar aquel testimonio, pues está obligado a señalar las razones por las cuales le otorga credibilidad conforme se lo exige, además, el deber de fundamentar sus decisiones, para evitar cometer o encubrir alguna arbitrariedad. En el presente caso existen algunos aspectos que no fueron examinados por el Tribunal, cuando debieron serlo. A título de ejemplo podemos señalar los siguientes: a) Es necesario examinar si el arribo del imputado con la ofendida al concierto que se cita en sentencia, amén de la ingesta de cerveza por parte de ambos, así como la posterior discusión entre ella y su novio, pueden ser indicios de una aproximación al imputado, o, como dijo ella, una oportunidad y pretexto para que aquel la agrediera sexualmente. b) Es conveniente corroborar las circunstancias en que ambos se retiraron del lugar, para apreciar si hubo conformidad o inconvincencia de la ofendida apreciada por los testigos circundantes. c) También es preciso examinar las posibilidades efectivas de asistencia que, ante la agresión y la presencia de otras personas que los ayudaban a desatorar el vehículo, hubiera tenido la ofendida en el lugar del acceso carnal; o sí, por el contrario, verdaderamente es un paraje, que la llevó a renunciar a cualquier petición de ayuda. d) Asimismo debe examinarse conforme al sentido común si, a pesar del señalado estado de choque emocional de la ofendida, pudo dejar el calzón en el vehículo con el propósito de incriminar posteriormente al imputado, conforme indica. En fin, existen otras circunstancias fácticas que antecieron, rodearon y sucedieron el momento en que ambos estuvieron en el vehículo, que deben ser examinados por el Tribunal con el fin de confirmar o descartar la versión de la ofendida, ya que ese examen lo exigen los presupuestos del debido proceso, particularmente el deber de fundamentar que tienen los funcionarios judiciales al dictar sentencia. En ese examen deben tomarse en consideración las reglas de la sana crítica, el principio del *in dubio pro reo*, y todos aquellos que orientan la labor del juez al momento de apreciar los elementos de prueba. Por lo expuesto, debe declararse con

lugar el primer motivo del recurso. Debe anularse la sentencia y el debate, disponiendo un juicio de reenvío."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 365-F de las 9 hrs. del 30 de junio.

63- INCORPORACION DE INDAGATORIA - Validez por obedecer a un acto propio de libertad del imputado

"Reclama el recurrente que la sentencia cuya revisión se pide "...violenta el derecho constitucional de la Abstención de declarar contra sí mismo consagrado en el artículo 36 de nuestra Carta Magna...", y alega, sobre ese particular, que "La sentencia del Tribunal Superior Penal de Puntarenas...violentó esa norma constitucional al incorporar al debate por lectura la declaración del señor P.P. dada en el Juzgado Segundo de Instrucción de esa ciudad, al negarse a declarar en la audiencia ...Declaración que textualmente dice...ME ABSTENGO DE BRINDAR DECLARACIÓN SOBRE LOS HECHOS..." [...]. El alegato no es de recibo. Consta en el Acta de Debate que el imputado, personalmente y de manera expresa, solicitó al Tribunal de mérito la incorporación de su declaración indagatoria rendida, con todas las formalidades y garantías de ley, en el Juzgado de Instrucción correspondiente. Dice textualmente el acta citada: "Tribunal: se le indica a imputado que puede declarar o no, imputado se abstiene, pide se incorporen declaraciones rendidas, se incorpora f 20 del expediente, se le da lectura." [...]. A tal solicitud personal del acusado no podía oponerse el Tribunal Sentenciador, porque de hacerlo, violentaría la libertad de abstenerse o no de declarar que como una de las garantías individuales consagra el canon 36 de la Constitución Política. Es lo cierto que al formular su petición, el imputado, libremente y por su propia voluntad, hizo una declaración en ese sentido, manifestando su deseo de que tal declaración previa fuera incorporada al debate en los términos en que en su oportunidad fue hecha. Esta Sala ya tiene resuelto ese punto: "III. La defensa también tiene razón al estimar violados los derechos del imputado al negarse el Tribunal a incorporar por lectura la indagatoria rendida en la instrucción. En efecto, es cierto que al declararse inconstitucional la frase..."se negare a declarar o..." contenida en el párrafo segundo del artículo 373 citado (Sentencia No 323-92 de 16 hrs, del 11 de marzo de 1992 de la Sala Constitucional), se eliminó la posibilidad de que el Tribunal, de propia iniciativa y sin el consentimiento de las partes, pudiera incorporar por lectura la indagatoria del imputado rendida en la instrucción, cuando éste se niegue a declarar durante el debate; sin embargo, como bien lo afirma la recurrente, ello no implica que exista una prohibición a que esa declaración se incorpore mediante lectura, máxime cuando la solicitud de incorporación la hace la propia defensa del interesado." (V. 329-F de las 8:55 hrs. de 24 de julio de 1992). Conviene agregar que siendo el derecho de abstención un acto propio de libertad, es a la voluntad individual del imputado a la que cabe exclusivamente decidirlo, sin coacción de ninguna naturaleza, ni siquiera de su propio defensor o consejero, porque nada es aceptable si viene a torcer o a presionar indebidamente sobre su voluntad libérrima, que,

para serlo, no admite vulneración alguna, sin perjuicio, desde luego, que el defensor ejerza su consejo técnico, que el imputado puede acoger o no, prevaleciendo, en todo caso, lo que el justiciable manifieste como expresión de su libre voluntad. Así, todo dependerá de las circunstancias que se presenten, pues el consejo técnico deseable no puede producirse en forma que pueda de alguna manera torcer la voluntad del indagado, aunque resulte admisible una Intervención del letrado nacida de su afán por ejercer de mejor manera la defensa que tiene encomendada, o de consulta que en el momento le haga el justiciable. En el caso, fue el imputado, libremente, quien manifestó su voluntad para que se incorporara la declaración que había rendido ante el Juez Instructor, ejercitando así el derecho que como garantía individual consagra para él el artículo 36 de la Carta Fundamental."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 324-F de las 15,10 hrs. del 8 de junio.

64- INHIBITORIA - Juicio de certeza emitido en procesamiento impide a juez Instructor integrar tribunal de juicio.

"En su tercer motivo del recurso, el defensor C.V. alega violación de los artículos 29, 30, 144, 145 inciso 1 del Código de Procedimientos Penales, 169 y 173 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 42 de la Constitución Política, por cuanto la integrante del tribunal L.F.M. había actuado en este asunto como instructora y dictado Auto de Procesamiento. Ya la jurisprudencia se ha pronunciado indicando que el hecho de haber actuado como juez de Instrucción, no es causal de Inhibitoria para un juez que actuará en el debate. Así, la Sala Constitucional en resolución 1707-90 de las 14:42 horas del 23 de noviembre de 1990, dispuso, en lo que interesa, que: "El artículo 42 de la Constitución Política al disponer que 'Un mismo juez no debe serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto...' utiliza, a criterio de esta Sala el término instancia en su sentido procesal restringido, como etapa o grado del proceso, impidiendo que sobre un mismo punto el mismo juzgador pueda pronunciarse conociendo primero como a quo y luego como ad quem, pues ello atenta seriamente contra las garantías que tienen las partes para un proceso justo". Más adelante agrega la citada Sala que: "El principio que ahora nos preocupa imposibilita que quien haya concurrido con su voto a resolver un determinado punto de la litis, también forme parte del Tribunal que conoce en consulta, apelación o casación, precisamente de ese mismo punto, pero no imposibilita ni siquiera que quien se haya desempeñado como instructor, pueda hacerlo como miembro del Tribunal que conozca en alzada de ese asunto, si no lo es para resolver sobre el mismo punto... En realidad la instrucción no constituye, por sí sola, una instancia del proceso diferenciada de la etapa de juicio y por ello no resulta inconstitucional frente al artículo 42 de la Carta Magna, que el juez que ha hecho pronunciamiento en la instructiva, pueda conocer del asunto en juicio". De tal modo que, normalmente, no cabrá la inhibitoria o recusa-

ción de un juez del debate que haya actuado como instructor, pues a este corresponde realizar únicamente un juicio de probabilidad, pero normalmente no prejuzga sobre la responsabilidad penal del acusado. Si así hubiera sido en esta causa, el reclamo no sería atendible. Sin embargo, vista la resolución que corre a folio 75 y siguientes, se nota que la jueza F.M. no se limitó a emitir un juicio de posibilidad, como corresponde al instructor, sino de certeza, es decir emitiendo criterio sobre el mismo punto, a saber la certidumbre de la autoría y responsabilidad achacada, lo cual es propio del juez de debate. En efecto, en la resolución de procesamiento dijo la citada Juez: "...no existen dudas en cuanto a la suscrita que estamos en presencia de un delito de violación agravada y abusos deshonestos, la niña ha venido deponiendo que desde que ella tenía ocho años el padre ha venido asediándola sexualmente... que aprovechaba que la niña estuviera sola para mantener relaciones sexuales..." [...]. Es evidente entonces, que mal podría constituir el tribunal de juicio una persona que previamente hizo un pronunciamiento de certidumbre, al afirmar en forma categórica durante la instrucción, en el auto de procesamiento, que no tenía dudas de estar en presencia de un hecho delictivo, y luego participar del debate para juzgar a esa persona por ese mismo hecho del cual manifestó antes no tener ninguna duda sobre su existencia. Por consiguiente, procede acoger el motivo y declarar la nulidad del fallo, de conformidad con la normativa arriba citada."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 565-F de las 10,40 hrs. del 22 de setiembre.

65- INTEGRACION DEL TRIBUNAL CON UN ANTERIOR REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PUBLICO - La formulación de requerimiento de instrucción contiene valoración de fondo que amerita inhibitoria como juez.

"El Defensor Público Lic. P.R.Ch.B., formula a favor de su defendido M.A.A.R., un motivo de forma. Alega violación al Debido Proceso por integración ilegal del Tribunal, con quebranto de los artículos 39 de la Constitución Política, 1, 29 inciso 1) y 145 inciso 1) del Código de Procedimientos Penales, ya que, la Licda. A.P.A.U., integró el Tribunal de juicio, pese a que había participado en este proceso en calidad de funcionaria del Ministerio Público, elaborando el Requerimiento de Instrucción Formal [...], donde acusa al encartado de un ilícito más grave. El motivo resulta atendible. Conviene indicar que esta Sala ha estimado que la participación como miembros del Tribunal de juicio de funcionarios que en el mismo proceso han representado al Ministerio Público, no produce en todos los casos la violación alegada, sino sólo cuando la participación ha sido significativa en el dictado de resoluciones de fondo. Al respecto, "El artículo 29, en su inciso 1º) del Código de Procedimientos Penales, impone al juez el deber de inhibirse de conocer en la causa cuando, "hubiera intervenido como funcionario del Ministerio Público". Es conveniente precisar, aunque no de manera absoluta, los alcances de la voz "intervenir" que representa para los funcionarios del Ministerio Público su desempeño en el respectivo proceso.

Es evidente que no es respecto de cualquier intervención de esos personeros en que la causal se aplica, sino que su intervención debió serlo de una forma efectiva, capaz de considerarse como un real despliegue de procederes que incidan sobre el fondo del asunto. Del autor Ricardo Levene (h), acerca del punto en estudio, se lee en su obra "Códigos Procesales Argentinos. Concordados y Anotados", Editora Platense, Argentina, 1974, lo siguiente: "Su intervención como funcionario del Ministerio Público, defensor, mandatario, denunciante o querellante, puede haber sido accidental, pero debe haber sido efectiva. No bastará entonces, la simple notificación de una providencia de mero trámite." (Página 102). "El pedido de cierre del sumario es causal suficiente que posibilita la excusación del agente fiscal posteriormente ascendido a juez en la misma causa. Cám. nac. crim. y correc., sala IV, 16-2-68, Rev. Der. Pen., 1968, v. 1, p. 127." ... Por su parte los doctores C. Vázquez Iruzubieta y R.A. Castro, acerca de la causal en cuestión, comentan: "Si el juez hubiere intervenido anteriormente y en el mismo proceso como funcionario del Ministerio Público. Pero esta norma debe bien interpretarse. No se trata de la mera "aparición" en el proceso como representante del Ministerio Público. Es necesario que haya "intervenido" en el proceso y tomando conocimiento de él.

Puede darse el caso de que sin participar en ningún acto, haya tomado intervención directa; e inversamente, puede ocurrir que "aparezca" en el proceso sin haber tomado efectiva intervención, como cuando sólo se ha notificado de una providencia de mero trámite o ha dictaminado acerca de la competencia." (Procedimiento Penal Mixto. Tomo I. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1968, pág. 173)." (confrontar Sala Tercera, V-311-F de las 10 hrs. del 19 de octubre de 1990). En el presente asunto, conforme se aprecia a folio 7 la participación de la Licda. A.U. se concreta al dictado del Requerimiento de Instrucción Formal. Ahora bien, estima esta Sala que la labor requirente, si contiene valoraciones de fondo, en efecto, tómesese en cuenta que el dictado del requerimiento implica no sólo uno de los actos iniciales del procedimiento penal, sino que plasma el contenido de la acusación, que produce el deber legal y constitucional del juzgador de indagar al imputado, para así definir su situación jurídica acorde con la imputación. No se trata de un mero acto formal o de mero trámite, sino de fondo, en la medida que requiere la previa valoración del funcionario del Ministerio Público de los elementos constantes en ese momento, con la finalidad de determinar si se insta la investigación de los hechos o en su defecto, pedir se desestime la causa (artículo 158 del Código de Procedimientos Penales). Por otra parte, cabe resaltar lo indicado por el tratadista Vélez Maricó, quien estima que: "...desde el punto de vista lógico, la función requirente es similar a la jurisdiccional (en sentido estricto): lo mismo que el juzgador -aunque no siempre cuente con los mismos elementos de juicio, con la misma base, y aun cuando su requerimiento adelanta una hipótesis que aquél ha de verificar- el M. Público aprecia las pruebas recogidas en el proceso conforme al sistema legal vigente y valora los hechos de acuerdo con la ley penal cuya actuación demanda." (Derecho Procesal Penal, Córdoba- Argentina. Editora Córdoba, Tomo I. 3^{ra} edición- 1^{ra} reimpresión; 1982, pág. 253). Por otra parte, no obstante la resolución

de la Sala Constitucional Número 1707-90 de las 14:42 hrs. del 23 de noviembre de 1990, que autoriza la participación del juez de Instrucción como integrante del Tribunal de Juicio, esa interpretación no resulta extensiva tratándose de los miembros del Ministerio Público, ya que en su caso específico existe norma expresa que los desautoriza a actuar en esa forma. Además, la intervención de los funcionarios del Ministerio Público, reviste trascendental importancia en vista de su condición de parte en el proceso, con el objeto de salvaguardar y garantizar la transparencia de la Administración de Justicia, así como los intereses del encartado. De acuerdo con lo expuesto, la Licda. A.U. debió haberse inhibido de participar en condición de Jueza en el debate, y al no actuar de esa forma, su desempeño no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución Política, pues al momento del juicio ya había intervenido activamente como parte en el proceso realizando una diligencia de carácter sustancial, razón por la que debía inhibirse del conocimiento de la causa, y al no hacerlo así resulta ilegítima su intervención en el Tribunal de Juicio. Se incurrió en una nulidad de carácter absoluto, al afectarse la integración y competencia del Tribunal de mérito, y el principio de la imparcialidad del juez. Consecuentemente, se anula la sentencia impugnada y el debate que la precedió y se ordena el reenvío al a quo para que proceda a una nueva sustanciación, conforme a derecho (artículo 483 del Código ibídem)."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 381-F de las 16,05 hrs. del 30 de junio.

66- MANIFESTACIONES EXTRAPROCESALES - Casos en los que resulta admisible su valoración probatoria.

"Reclama el recurrente que al incorporar el tribunal la confesión que hiciera el imputado a los ofendidos, se viola el debido proceso, porque no se le hicieron las advertencias legales y constitucionales. Así las cosas, la prueba obtenida y valorada por el tribunal es ilícita y por ende la sentencia carece de fundamentación y así solicita que se declare. El Tribunal de Instancia, para resolver el presente asunto, analiza las declaraciones brindadas por los ofendidos. De dichos testimonios se desprende como el imputado luego de cometido el delito se presenta a su hogar a explicarles lo sucedido y en ese acto acepta la comisión del delito. De previo a resolver el presente asunto parece necesario hacer algunas distinciones. En general, la doctrina acepta que estamos en presencia de la manifestaciones extraprocesales, cuando el imputado declara espontáneamente fuera del proceso, antes de su iniciación o en cualquier momento de su recorrido. Dicho acto puede llegar al proceso sin que haya razón valedera para rechazarla, sobre la base de que no existe en el procedimiento penal una sola disposición normativa que la prohíba, cuando la prueba se ha obtenido de manera lícita. Estaremos frente a este supuesto, en aquellos casos donde el imputado, sin coacción alguna, libre y espontáneamente, haga algunas manifestaciones auto-incriminatorias, ya sea que las realice frente al ofendido, o ante terceros, pero no cuando se trata de un interrogatorio policial. Cuando esto ocurre, la noticia del hecho

puede llegar al proceso por medio de la declaración del testigo, o por vía documental, desde luego sujeto a la valoración conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, dependiendo del sujeto que recibe las manifestaciones, ya se trate de un oficial de la policía o un particular, los presupuestos de admisibilidad y validez pueden ser diversos. Así por ejemplo, cuando el imputado declara en la policía, ya sea a través de un interrogatorio o de manera "espontánea", esta declaración para que tenga algún valor debe ser rendida de conformidad con las exigencias procesales que tutelan la indagatoria (arts. 3, 274 y ss del Código de Procedimientos Penales). Incluso la jurisprudencia de la Sala de Casación ha ido más allá, en protección de los derechos constitucionales del imputado al exigir que sólo puede producir efectos jurídicos la confesión del imputado rendida en la policía cuando ésta ha sido ratificada ante el juez, con lo cual queda cubierta la garantía de judicialidad del acto (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia V-596-F, de las 8:45 horas del 7 de noviembre de 1991, por todas). Diversa es la situación que se presenta con las manifestaciones que realiza el imputado ante terceros, siempre que éstas sean libres y voluntarias. En estos casos es posible introducir al juicio aquellas manifestaciones por medio del testimonio de quien dice haber escuchado al imputado, que puede ser valorado por el juez de conformidad con las reglas de la sana crítica. En principio, porque los testigos tienen el deber legal de declarar todo aquello que supieren sobre la comisión del delito (artículos 225 y 226 del Código de Procedimientos Penales) salvo los casos en que puedan o deban abstenerse de declarar. Además, al acto no le son aplicables las reglas de la indagatoria porque pese a que tendrá efectos en el proceso, no estamos en presencia de funcionarios públicos que deban cumplir con las exigencias procesales para su validez. Eficacia que la doctrina condiciona sólo a la libertad y voluntariedad de la declaración, y en especial, a la no influencia del interrogatorio policial. Así las cosas, en ninguna irregularidad ha incurrido el Tribunal al valorar, de conformidad con las reglas de la sana crítica, las declaraciones de los testigos que además encuentran sustento probatorio en las restantes pruebas que fueron recibidas en la audiencia oral y pública [...]."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 759-F de las 9 hrs. del 22 de diciembre.

67- MANIFESTACIONES EXTRAPROCESALES - Inexistencia de relación con derecho de abstención - Posibilidad de declarar sobre lo dicho por pariente que se abstuvo.

"Como primer agravio del recurso por vicios in procedendo interpuesto por la representante del Ministerio Público, Licda. C.L., se acusa la inobservancia de los artículos 106, 393 párrafo 2º, 395 incisos 2º y 4º, y 400 inciso 4º del Código de Procedimientos Penales, por falta de motivación de la sentencia, alegándose que la motivación es incompleta, ilegítima y contradictoria. Considera esta Sala que el reclamo es atendible, pues efectivamente se han constatado varias deficiencias en la motivación de la sentencia, las cuales se pueden enumerar de la siguiente

manera. A) En primer lugar, se abstuvo el Tribunal de mérito de analizar la declaración de la Dra. A.L.B.V. en relación con el relato que le hiciera la hermana del encartado, doña L.G., "porque -aduce el Tribunal- ésta tiene la facultad de abstenerse, lo cual hizo durante la instrucción, y tratar de introducir algún indicio o elemento probatorio por éste mecanismo, sería burlar el derecho de abstención y por ende violentar el principio de defensa, como lo ha sostenido la reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera Penal" [...]. Tal criterio es errado, pues, por el contrario, esta Sala ha indicado que la facultad de abstención no se relaciona con el conocimiento que puedan haber adquirido terceras personas acerca de lo manifestado fuera del proceso por quienes gozan de esa facultad (cfr. nuestra resolución V-265-F de las 9:45 hrs. del 12 de mayo de 1995), de manera tal que los testigos como la Dra. B. pueden declarar sobre lo dicho por un pariente que se abstuvo de declarar contra el imputado (así también nuestra resolución V-77-F de las 9:40 hrs. del 17 de febrero de 1995). Por lo tanto, al omitirse el análisis del contenido de la declaración de la Dra. B.V., legítimamente incorporado al debate, la fundamentación deviene ilegítima, a lo cual puede agregarse que el defecto obedece a una errónea interpretación de la garantía procesal en comentario y de la jurisprudencia de esta Sala al respecto."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 472-F de las 10 hrs. del 18 de agosto.

68- NULIDAD DE SENTENCIA - Omisión de firma del fallo integral y ausencia a lectura.

"En su recurso, el defensor alega violación de los artículos 106, 226, 393 y 395, todos en relación al artículo 400 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales, por fundamentación arbitraria. Sin embargo, estima esta Sala que, sin entrar a resolver el reclamo, debe decretarse la nulidad del fallo. En efecto, según es visible a folio 181, la sentencia se encuentra suscrita únicamente por dos de los integrantes del tribunal. Luego, a folio 182, existe una razón del secretario del tribunal, aclarando que el juez G.M., aunque participó en la deliberación y firma de la parte dispositiva, no firmó la integridad del fallo ni se constituyó para la lectura del mismo. En otras ocasiones esta Sala, con el voto salvado del Magistrado Chaves, ha indicado que no cabe declarar la nulidad de la resolución cuando la sentencia no se encuentra firmada al momento de su lectura integral, pero desde luego esa deficiencia se suple con posterioridad, pues ningún perjuicio efectivo se ocasionaría a los derechos de las partes, ni tampoco existirían problemas de autenticidad del fallo (voto 423-F, de las 9:10 del 29 de julio de 1993). Pero en este caso se está ante una situación diferente, que vulnera el artículo 395 inciso 5 del Código de Procedimientos Penales, por cuanto la sentencia en definitiva cuenta únicamente con la firma de dos jueces, sin que pueda estimarse que el tener que laborar en otro sitio es un impedimento insuperable a efectos de cumplir con aquel deber elemental de un funcionario público que actuó como juez en un caso concreto. Aún cuando el juez ausente hubiera participado de la deliberación y hubiere

firmado la parte dispositiva, lo cierto es que los jueces están en la obligación de suscribir también sus resoluciones, ya que ello constituye la forma de garantizar que aceptan y hacen suyas todas las consideraciones y decisiones, máxime tratándose de una sentencia, conforme lo señala la ley, sin que pueda constituir una causa legítima que se lo impida el hecho de que dicho funcionario debía laborar en otra parte. Este defecto, a tenor del artículo 145 inciso 1 y 146 párrafo segundo, es declarable de oficio, como en el acto se hace. Por consiguiente, se anula la sentencia venida en casación y el debate que la produjo.”

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 400-F de las 8,50 hrs. del 14 de julio.

69- PRINCIPIO DE IDENTIDAD FISICA DEL JUEZ - Integración distinta del tribunal para la lectura integral de la sentencia no afecta garantías procesales.

“Se alega en el primer motivo del recurso por la forma la inobservancia de los artículos 39 de la Constitución Política y 396 en relación con el 145 inciso 1° y 146 del Código de Procedimientos Penales. Se apoya éste en una presunta violación del principio de identidad física del juez por cuanto al momento de leerse integralmente la sentencia no estuvieron presentes los mismos jueces que participaron en el debate. En criterio del impugnante este vicio afecta el debido proceso pues señala que el contradictorio se extiende hasta la lectura completa del fallo. Sin embargo el reparo no puede ser atendido porque, independientemente de la etapa procesal en que se estime que conculca la regla de contradicción (como ejercicio de recíproco control, interacción e intercambio de ideas entre los sujetos procesales), lo cierto es que en el presente caso no se quebrantó de modo alguno el mencionado principio de identidad física del juzgador. En efecto, los mismos jueces que participaron en la audiencia oral o debate y leyeron la parte dispositiva de la sentencia, son los que aparecen suscribiendo ésta, una vez redactada en su totalidad, con sus correspondientes firmas (esto es, la Licda. A.R. como Presidenta del Tribunal, y los cojueces M.C. y A.R., [...]). El único acto en que aparecen dos juzgadores que no estuvieron en el debate (los Licdos. Z.Z. y C.M.) es en el de la lectura integral del fallo, que implica formalmente su notificación [...], sin que por ello se haya violentado la regla del debido proceso que garantiza que sea el mismo juez que intervino en el juicio oral quien emite la decisión. Ciertamente se trata de una irregularidad, pero ésta no llega a los extremos de la nulidad absoluta que se reclama, según el criterio de la mayoría de esta Sala, porque el acto de notificación cumplió los fines procesales respectivos. Lo mismo ocurriría en el hipotético caso de un juez que hubiese intervenido en el debate y pronunciado sentencia, siéndole imposible asistir al acto de su lectura integral (por fallecimiento posterior u otra circunstancia que lo imposibilitase de modo absoluto). Debe tenerse presente que la importancia de la identidad física del juzgador deviene del principio del juez natural que garantiza el artículo 35 de nuestra Constitución Política. El juez penal (en particular cuando se desempeña en la etapa de juicio),

debidamente constituido conforme a las leyes, -entre ellas la Ley Orgánica del Poder Judicial- asume una serie de atribuciones y potestades derivadas de la función jurisdiccional, una de las cuales de la mayor relevancia es la sentencia, que es el acto jurídico en virtud del que se deciden de manera definitiva las pretensiones formuladas por las partes (artículos 392 y 393 del CPP). La presencia física del juzgador adquiere entonces un primordial interés, en uno de los principales momentos de la fase de juicio (el debate), durante el cual la ley establece la obligatoriedad de su permanencia hasta el momento en que se dicte el fallo. Esta permanencia obedece a la necesidad de garantizar el respeto de otros principios esenciales como la inmediación de la prueba, a fin de evitar que se rompa la continuidad y se distorsione el conocimiento de los hechos sujetos a su percepción durante esta etapa. Ello es también una consecuencia indirecta del contradictorio en tanto el juez que ha participado en el juicio oral es la única persona apta para resolver las cuestiones surgidas en él; pero sobretudo aquéllas que tienen que ver con la apreciación y valoración de las pruebas, cuya culminación se hará efectiva al momento de dictar sentencia. Esta, como bien se sabe, comprende dos etapas: la deliberación (aspecto sustancial-sentencia acto) y la transcripción de la decisión (sentencia-documento). Producida esta última, sólo queda el acto de la lectura integral para efectos de notificación (art. 396 CPP). De lo dicho se desprende con claridad, que aunque -según se explicó- no es conveniente que el tribunal que dictó sentencia se integre para su lectura de manera distinta, salvo en supuestos inevitables (fuerza mayor, caso fortuito, etc.), la verdad es que una diferente integración en modo alguno afecta las garantías procesales del imputado; en especial aquéllas que se relacionan con el principio de defensa, las cuales fueron ejercidas plenamente durante el debate, además de continuar incólumes con posterioridad a la notificación del fallo, como es la interposición del recurso de casación, lo que efectivamente realiza en este caso el impugnante.

Dentro de este contexto, la Sala no aprecia inobservancia alguna al debido proceso ni considera que el reparo señalado sea constitutivo de un vicio causante de nulidad absoluta conforme a lo previsto en el artículo 142 inciso 1 del Código de la materia. La constitución del Tribunal a que se refiere este inciso contiene tres supuestos: uno referente a la capacidad legal del juez para ocupar el cargo que incluye todos los aspectos relacionados con los requisitos legales y el procedimiento de designación. El segundo se refiere a la integración del tribunal en su aspecto organizativo; por ejemplo número de integrantes, competencias. El tercero comprende aspectos de orden procesal-funcional, es decir, las regulaciones que atañen a las funciones del juez, los impedimentos, las excusas, firmas, procedimientos de votación, etc. Como puede observarse, ninguno de esos aspectos resultó afectado ni incidió de manera negativa limitando los derechos del imputado, por lo que la nulidad gestionada carece de interés y no se trata de resguardar las formas por el simple reconocimiento de ese ritualismo (nulidad por la nulidad misma) razón por la cual el reproche debe ser desestimado, aunque se llama la atención al Tribunal para que evite en el futuro la actuación aquí comentada, apercibido de que si volviere a incurrir en

el mismo defecto se levantará la respectiva investigación disciplinaria con el fin de aplicar las correspondientes sanciones. El Magistrado Chaves salva su voto en este punto.”

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 326-F de las 15,20 hrs. del 8 de junio.

70- PRORROGA EXTRAORDINARIA - Improcedencia de su revocatoria para dictar un procesamiento.

“Como primer agravio del recurso por vicios in procedendo interpuesto por el defensor del imputado C.M.M.P., se acusa la inobservancia de la relación que resulta de los artículos 39 de la Constitución Política, 1, 8, 106, 199, 286, 325, 327, 361, 144, 145 inciso 3º y 400 del Código de Procedimientos Penales, por violación al debido proceso, toda vez que se dictó auto de procesamiento sin haber revocado el auto de prórroga extraordinaria, lo cual era necesario por tratarse de dos resoluciones excluyentes entre sí. El reclamo no es atendible, por las siguientes razones. El auto de prórroga extraordinaria se dicta ante la insuficiencia de prueba para elevar la causa a juicio o para dictar sentencia de sobreseimiento. Si después de haberse dictado ese auto la situación probatoria cambia de manera tal que sea posible dictar el auto de procesamiento, indispensable para pasar a la etapa de juicio, resulta impertinente revocar la prórroga extraordinaria, pues: «si se revoca el auto de prórroga extraordinaria se revocan todos sus efectos, inclusive el de prolongación de la etapa instructiva, de donde devendría la anómala situación de prueba recibida y resoluciones dictadas fuera de la instrucción y fuera de la etapa de juicio, es decir fuera del proceso. Esta situación se podría simbolizar en forma muy gráfica con el caso del leñador que corta la rama del árbol en que se encuentra subido... cuando pretendía seguir cortando el árbol» (TIJERINO PACHECO, José María: Tres temas controversiales de nuestro proceso penal, Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, Año X, Núm. 35, p. 80). Esto es así porque, en términos generales, el principal efecto del auto de prórroga extraordinaria es hacer posible que el proceso continúe en la etapa de instrucción para que durante la prórroga se pueda recibir nueva prueba y dictar nuevas resoluciones incluyendo un auto de procesamiento, una elevación a juicio (mediante providencia o auto, según corresponda) o una sentencia de sobreseimiento (si se hubiera recibido prueba a favor del imputado). Luego, si se cumple la prórroga extraordinaria sin haberse modificado la situación que la determinó, debe dictarse el sobreseimiento obligatorio del imputado. En el presente caso, durante la prórroga extraordinaria se recabó un dictamen psicológico practicado a la ofendida, que permitió apuntalar la credibilidad de su declaración la cual además fue ampliada, sirviéndose entonces el Juez de Instrucción de estos elementos para revocar el auto de falta de mérito y dictar en su lugar el auto de procesamiento contra el encartado, resolución que apeló la defensa pero que fue confirmada por el Tribunal Superior, sin que en ello se note defecto alguno.

Por todo lo expuesto se declara sin lugar este reclamo.”

1995, SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 536-F de las 15,05 hrs. del 14 de setiembre.

71- PRUEBA - Necesaria evacuación de toda la ofrecida salvo manifiesta impertinencia - Presencia de testigo en sala de debate no excluye su declaración.

“Debe indicarse que conforme al artículo 284 del Código de Procedimientos Penales, y con base en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuyos efectos son vinculantes erga omnes, la prueba ofrecida por la defensa, aunque sea en forma irregular o extemporánea, debe ser evacuada a menos que resulte «manifiestamente impertinente». De no actuarse dentro de estos límites se violaría el «principio de amplitud de la prueba», integrante del debido proceso de acuerdo al tribunal constitucional. (V. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Nº 1739-92, de 11:45 hrs., 01-07-1992.) Debe recordarse además el criterio emitido por esta Sala de Casación, cuando afirmó que el tribunal de juicio está en el deber de evacuar la prueba ofrecida por el imputado durante su indagatoria, a menos que resulte impertinente. En concreto se afirmó en aquella oportunidad: «... De conformidad a lo establecido por el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales, el Juez de Instrucción -y se aplica al tribunal de juicio de acuerdo al artículo 378 del mismo ordenamiento- debe evacuar “los hechos y circunstancias pertinentes y útiles” que refiera la defensa. De manera que el rechazo de la prueba ofrecida como descargo, solamente podría hacerse mediante auto fundado en su impertinencia o inutilidad...» (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Nº 518-F, 9:10 hrs., 14-09-1993). En el presente caso se resolvió el rechazo de prueba ofrecida por la defensa, que debió -de oficio- evacuar el tribunal por desprenderse de la declaración del imputado, sin valorar su pertinencia y utilidad, lo que resulta violatorio del debido proceso. Posteriormente sin hacer valoración alguna en el mismo sentido, ante el ofrecimiento de otros dos testigos por parte del defensor, el tribunal exige hacer una escogencia de uno solo de ellos, sin justificar la razón por la cual realiza esa reducción, tomándose a falta de fundamento expreso en arbitraria. Estas son violaciones al debido proceso que acarrearán necesariamente la nulidad del fallo. Cabe hacer la observación en punto a la presencia de los testigos ofrecidos en la sala de debates, pues no es una causa de exclusión del testimonio; si el testigo presenció el juicio antes de comparecer, su declaración pasa como un acto irregular con relación al artículo 380 del Código de Procedimientos Penales, pero sin sanción procesal alguna, y su valor probatorio debe determinarse a posteriori mediante la respectiva valoración de acuerdo a la sana crítica. Desde luego, el ideal es que el testigo no esté presente en la Sala de Debates antes de rendir declaración, pero si ya estuvo esto no obsta para que declare, aunque debe apreciarse esa prueba tomando en cuenta la incidencia que tuvo el hecho de haber estado presente en la Sala de Juicio.”

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 122-F de las 8,50 hrs. del 10 de marzo.

72- PRUEBA DOCUMENTAL - Posibilidad de ordenar prueba en casación para constatar documento que no reúne formalidades legales.

"En el único motivo del recurso por la forma se alega la inobservancia de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 106, 198, 400 inciso 3 del Código de Procedimientos Penales y 369 párrafo 2 del Código de Procedimientos Civiles. Este se sustenta en que la motivación de la sentencia impugnada es ilegal por haberse incorporado prueba ilegítima como es la fotocopia de folios 5 y 6. Según el recurrente se ha producido una "transgresión al debido proceso y por ende al principio de inocencia, ya que el tribunal a quo se basó en un medio probatorio (fotocopias) que adolece de credibilidad probatoria en virtud de que no está probado su autenticidad a través de una certificación" según lo exige el artículo 198 del primer Código citado [...]. Este reparo obliga a la Sala a examinar si tal reclamo es admisible por el solo hecho de no haberse certificado dicho documento o si por el contrario ésta puede ejercer una función de control de la legalidad de la actividad procesal desplegada por el a quo. Como ya se ha resuelto en un caso anterior, sí se puede ordenar la recepción de esta clase de prueba únicamente para efectos de constatar el contenido de un documento que no reúne las formalidades legales. En este sentido se ha sostenido que 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" (650-F de las 15:50 horas del 23 de noviembre de 1993).

Así, pues, tratándose en la especie de un caso de omisión de prueba en el trámite procesal, necesaria no solamente para establecer una eventual calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, sino también para determinar la edad de la ofendida, 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 la fecha de nacimiento de A.L.A.S. Y es que aparte de las razones anteriormente esbozadas, debe tomarse en cuenta que de no practicarse esta constatación, podría llegarse a una situación absurda -contraria a los principios de economía y celeridad procesal-, pues se anularía la sentencia y el debate únicamente para efectos de constatar la edad de la víctima, la cual, queda acreditada con la certificación expedida por el Registro Civil [...] que confirma el contenido de la fotocopia de folio 6. Por todas estas razones debe declararse sin lugar el presente recurso."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 161-F de las 10,45 hrs. del 12 de abril.

73- PRUEBA DOCUMENTAL - Posibilidad de que la Sala solicite cualquier certificado que pretenda aclarar los términos de un documento público.

"Como ya se indicó en el considerando I de la sen-

tencia dictada por esta Sala a las nueve horas con veinte minutos del 7 de octubre de 1994, el Tribunal actuó correctamente al considerarlo como delincuente no primario, dado que efectivamente registró una condena del año 1986 y otra de 1992, razón por la cual no se le han computado aquellas otras. Tampoco existen razones válidas que conduzcan a pensar que la Sala ha lesionado los principios del debido proceso por haber solicitado una certificación al Registro Judicial de Delinquentes con el objeto de aclarar una fecha. Cabe advertir que uno de los principios esenciales que orientan el proceso penal en materia probatoria es la búsqueda de la verdad real, lo que implica en este caso que una decisión judicial no puede sustentarse en un error material, todo lo cual le permite al Tribunal su corrección. La prueba judicial tiene como finalidad llevar la certeza al juez para que éste pueda fallar conforme a la justicia y a la ley. Hay pues, un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña el juez en el proceso penal y ello es lo que lo autoriza para que ciertas pruebas (documentos públicos) puedan ser aclarados a fin de establecer adecuadamente su contenido, su objeto. En este proceso, la Sala en modo alguno asumió una función instructora ni rebasó los límites de su competencia, sino que, en aras de ese interés público, se limitó a verificar el contenido correcto del documento. Por otra parte, en la búsqueda de esa verdad real, los jueces se guían por el principio de libertad de la prueba, que si bien no opera en esta instancia en los mismos términos que en la Instrucción ni del Tribunal de mérito, sí es un principio general que sirve de sustento a esta Sala para solicitar cualquier certificado que conduzca a aclarar los términos de un documento público, como efectivamente se hizo en el presente caso.

No se trata pues de un problema de interpretación como lo alega el recurrente, cuyo método tiene otra finalidad: aclarar los términos oscuros de una norma jurídica "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas" (artículo 10 Código Civil). Por ello, no se ha hecho ninguna interpretación limitativa de las garantías del encartado conforme al artículo 3 del Código Procesal Penal. Se trata simplemente de errores materiales que necesariamente debieron ser corregidos, como igualmente es posible corregir una sentencia en cuanto a sus fundamentos y cómputo de pena (art. 484 CPP). Este tipo de errores "no tienen la suficiente trascendencia conforme a la ley como para ser motivo de anulación de la resolución, aunque ellos hubieren sido invocados como motivos por el impugnante" (JORGE A. CLARIA OLMEDO, Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, 1968, t. VII, p. 209)."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 389-F de las 16,45 hrs. del 30 de junio.

74- PRUEBA SOBRE ESTADO CIVIL DE EXTRANJERO NO INSCRITO - Aplicación del principio de libertad probatoria.

"Tratándose de un extranjero, resulta aplicable el artículo 46 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, que establece que "No hallándose registrado los actos referentes al estado civil o

no estándolo en la debida forma, se admitirá cualquier especie de prueba conforme lo disponga la ley". Es decir, en lo referente a aquellos actos no inscritos o que no lo estén debidamente, aunque componentes del estado civil, decae la limitación prescrita por el artículo 198 del Código de Procedimientos Penales y entra a regir la libertad probatoria. En el presente asunto, no estando inscrita la fecha de nacimiento del menor en el Registro Civil por ser nicaragüense, puede constatarse la misma por otras pruebas, cuales son su misma declaración y la fotocopia certificada de su pasaporte en que consta su fecha de nacimiento [...], según dispone el artículo 369, párrafo segundo, del Código Procesal Civil."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 236-F de las 10,20 hrs. del 28 de abril.

75- RECURSO DE CASACIÓN - Efectos de interposición subsidiaria respecto de incidente de nulidad de notificación.

"En su memorial de folio 93, el Lic. F.M.S, defensor del imputado J.K.D., interpuso incidente de nulidad de notificación y recurso de casación en subsidio, contra la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de mérito y el acta de notificación de dicha resolución, [...]. Al respecto, esta Sala de Casación dispuso devolver el asunto al Despacho de origen, a fin de que el a quo se pronunciara sobre el incidente de nulidad mencionado [...], lo cual ese Despacho hizo ordenando que, para no causar indefensión a los imputados, se les notificara personalmente la sentencia por medio de cédula, de manera tal que a partir de la última notificación empezara a correr el término para recurrir en casación [...]. Así, consta que los imputados S.O.S. y J.K.D. fueron personalmente notificados de la sentencia [...], como también fueron notificados los señores defensores y el fiscal de juicio [...], satisfaciéndose de esta manera el objetivo de la incidencia interpuesta por la defensa, cuya pretensión expresa y principal era la de que se notificara personalmente la sentencia a su patrocinado K.D. [...]. En vista de la solución dada por el Tribunal a quo a la incidencia, el recurso de casación -por el carácter subsidiario que le asignó el gestionante- debe rechazarse, pues la expresa voluntad del impugnante condicionó la competencia de esta Sala al resultado de la incidencia formulada. A esta última consideración cabe agregar, a mayor abundamiento, que el hecho de que el Tribunal de mérito repusiera la notificación de la sentencia, incluso concediendo un nuevo plazo para la interposición de un recurso de casación, sin que se formulara ninguna reclamación, evidencia la falta de interés en impugnar en casación por parte de los imputados y su defensa, razón por la cual, en este caso concreto cualquier defecto de la notificación ha sido subsanado al tenor del artículo 149 del Código de Procedimientos Penales, pues las partes han aceptado tácitamente los efectos del acto, el cual, no obstante su irregularidad, consiguió su fin con respecto a los interesados."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 77-F de las 15,15 hrs. del 7 de marzo.

76- RECURSO DE CASACION - Constitucionalidad de las condiciones de interposición - Imposibilidad de adionar nuevos motivos.

"Debe advertirse que ni la jurisprudencia de la Sala Constitucional, ni la de esta Sala de Casación, ni la doctrina citada por el recurrente, permiten desaplicar lo dispuesto en el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales, que indica: "El recurso de casación será inter-puesto ante el tribunal que dictó la resolución, en el plazo de quince días de notificada y por escrito autenticado donde se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la pretensión. Deberá indicarse separadamente cada motivo con sus fundamentos. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse ningún otro motivo" (el subrayado es suplido). Esas fuentes citadas por el quejoso tampoco permiten obviar el artículo 452 ibidem, según el cual: "Los recursos deberán interponerse, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, con específica indicación de los puntos de la decisión que fueron impugnados", sanción procesal que reitera el artículo 458 de ese mismo texto legal, al referirse a la inadmisibilidad y rechazo de los recursos. La sentencia de la Sala Constitucional citada por el recurrente lo que dice es que: "No obstante, la inconstitucionalidad encontrada por la Sala, del artículo 474 del Código de Procedimientos Penales, tanto la alegada concretamente de su inciso 2º, como la del inciso 1º por la misma razón, no resulta extensible, como lo pretende el recurrente, a los artículos 454, 458 y 472 del mismo Código. En efecto: 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 477, siempre que, como ahora se resuelve no se restrinja respecto de la sentencia; tampoco contraviene ese derecho fundamental el que... se prevea su rechazo cuando sea inadmisibile o manifiestamente improcedente (artículo 458)... En cuanto a este último punto, la Sala considera 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" (el subrayado no es del original). Como se puede ver, aunque el Tribunal Constitucional dispone que el criterio de la Sala de Casación debe ser muy amplio, no menos cierto es que admite la constitucionalidad de las condiciones de interposición del recurso de casación expresamente establecidas por la ley y por ello las mantuvo incólumes. Luego, ninguna de las resoluciones de esta Sala citadas por el recurrente dan lugar a sus pretensiones. La primera de ellas dispone que: "La mayoría de la Sala estima 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 costarricenses 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 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 fomule 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". (el subrayado no es del original). La otra sentencia citada no viene al caso, pues no versa sobre la cuestión de admisibilidad de los motivos de impugnación, sino sobre la cuestión de las reglas de la sana crítica racional. Resulta claro que la más restrictiva de las interpretaciones que se puedan hacer al artículo 477, párrafo segundo in fine citado, no faculta a admitir al recurrente la adición de nuevos motivos de impugnación a los que fueron objeto de su propio recurso de casación. Finalmente, la misma doctrina citada por la defensa avala esta solución. Dice Fernando de la Rúa que: "Pueden ampliarse los fundamentos de los motivos, pero no los motivos mismos. Estos quedan definitivamente limitados con el vencimiento del término para recurrir; las razones o argumentos que los sustentan, sí pueden ser completados, ampliados, y aún reemplazados por otros, si se considera oportuno, siempre que no se altere el motivo por el cual se impugnó... una cosa es la ampliación de fundamentos y otra la de motivos.

Por ello son inadmisibles los motivos introducidos por vía de ampliación de fundamentos..." Todas estas consideraciones permiten aseverar que el "nuevo" reclamo aducido por el impugnante resulta inadmisibles. A pesar de ello, no está de más señalar al impugnante que esta Sala oficiosamente verificó el cumplimiento por parte del Tribunal de mérito de todas aquellas formas procesales que le vienen impuestas por la ley, particularmente sus obligaciones de observar las reglas de la sana crítica racional y de fundamentar la sentencia, sin que se observe omisión o yerro alguno, tal como se indicó en el Considerando I de esta resolución, pues en la sentencia impugnada se consigna expresamente el material probatorio en el cual se asientan las conclusiones del a quo, describiendo o reproduciendo el contenido o dato que arroja cada elemento de prueba, a la vez que se demuestra su correspondencia racional con

las afirmaciones o negaciones que se enuncian en el fallo, a través de una consideración razonada que permite verificar la lógica de las inferencias o determinaciones de hecho a las que el Tribunal de mérito llega. En cuanto al fondo del asunto, [...]."

1995. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 473-F de las 10,05 hrs. del 18 de agosto.

77- SENTENCIA - Omisión de firma - Necesario cumplimiento de las obligaciones que competen al juez.

"En reiteradas oportunidades esta Sala ha afirmado que no procede la nulidad de la sentencia cuando estemos en presencia de una firma tardía (así, por ejemplo sentencias de la Sala Tercera, número 337-F de las 9 hrs del 14 de junio de 1995, V-423-F de las 9:10 hrs del 29 de julio de 1993, V-449-F de las 8:15 hrs del 2 de octubre de 1992, entre otras). El actual pronunciamiento no debe entenderse como un cambio de criterio. En efecto, como consta en esas resoluciones, con el voto salvado del Magistrado Chaves, hemos interpretado que carece de interés procesal decretar la nulidad de la sentencia cuando ha sido firmada extemporáneamente, porque no produce ningún perjuicio a los derechos de las partes, y que ante esa irregularidad lo que debe investigarse disciplinariamente al funcionario para establecer la razón por la cual faltó a su deber, pero no sancionar al proceso y a las partes exigiendo un nuevo juicio. Sin embargo, ese criterio anterior de la mayoría de la Sala (del cual siempre ha salvado su voto el magistrado Chaves) no puede interpretarse como una autorización para que los jueces de instancia omitan cumplir con sus obligaciones conforme lo ordena el artículo 395 inciso 5 del Código de Procedimientos Penales. En efecto, según consta a folio 313, la sentencia sólo fue suscrita por dos de los integrantes del tribunal. Es obligación de los integrantes del tribunal no sólo proceder a intervenir en la votación de cada una de las cuestiones de relevancia de la sentencia, sino de suscribirla, de esta manera dan fe que aceptan y hacen suyos cada uno de los aspectos medulares del fallo. Como es fácilmente comprensible, no es posible subsanar el vicio con la sola firma de la parte dispositiva. En efecto, la condición de juez lleva implícita una serie de obligaciones que le son inherentes, entre ellas, el proceder a firmar las resoluciones que dicta, al no haber actuado de esta manera se incurrió en un vicio esencial. Este defecto, según lo ordena el artículo 145 inciso 1 y 146 párrafo 2 del Código de Procedimientos Penales, constituye una nulidad declarable de oficio. Por consiguiente se anula la sentencia y el debate que la produjo. Se le llama la atención tanto al juez A.M.D. como al resto del Tribunal para que en lo sucesivo no vuelvan a incurrir en las omisiones que han ocasionado la nulidad del fallo (falta de firma, falta de entrega del expediente para que sea firmada la resolución)."



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**