

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

DICIEMBRE 1996

AÑO 8, Nº 12

DOCTRINA EXTRANJERA

Política Criminal y Estado

Juan Bustos Ramírez

La impugnación del acusador:

¿un caso de ne bis in idem?

Julio B.J. Maier

El agente encubierto. ¿Un nuevo
protagonista en el procedimiento penal?

Fabrizio Guariglia

DOCTRINA NACIONAL

La causalidad y la nueva teoría
de la imputación objetiva. Análisis y crítica.

*Mario A. Houed, con la colaboración de
Hannia Soto Arroyo y Patricia Vargas González*

El tribunal (penal) internacional
para la ex-Yugoslavia

Jorge Rhenán Segura

Sobre la enseñanza del Derecho Penal

Henry Issa El Khoury

La acción civil como acción delegada
en el Ministerio Público.

(Alcances y Limitaciones de la delegación)

Fernando Cubero Pérez

La actividad investigativa del
Ministerio Público en la citación directa

Alberto Porras González

Ejercicio de la defensa técnica
en la citación directa

Lic. Alexander Rodríguez Campos

LEGISLACIÓN COMENTADA

El proyecto para introducir
la prisión perpetua en Costa Rica

Elías Carranza

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente

Cecilia Sánchez Romero



DICIEMBRE DE 1996 AÑO 8, N° 12

**ASOCIACIÓN DE CIENCIAS
PENALES DE COSTA RICA**

Cédula Jurídica N° 5-002-109059-14
Registro Nacional

CONSEJO EDITORIAL

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

DIRECCIÓN POSTAL

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

**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 Garita 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 Director,
del Consejo Editorial
o de la Asociación.**

ISSN 1409-0643

Diseño de portada e ilustraciones
interiores: Gerardo González

CIENCIAS PENALES
Revista de la Asociación de
Ciencias Penales de Costa Rica

DOCTRINA EXTRANJERA

Política Criminal y Estado 10
Juan Bustos Ramírez

La impugnación del acusador:
¿un caso de *ne bis in idem*? 10
Julio B.J. Maier

El agente encubierto. ¿Un nuevo
protagonista en el procedimiento penal? 16
Fabrizio Guariglia

DOCTRINA NACIONAL

La causalidad y la nueva teoría de
la imputación objetiva. Análisis y crítica. 34
*Mario A. Houed, con la colaboración de
Hannia Soto Arroyo y Patricia Vargas González*

El tribunal (penal) internacional para la ex-Yugoslavia 45
Jorge Rhenán Segura

Sobre la enseñanza del Derecho Penal 58
Henry Issa El Khoury

La acción civil como acción delegada en
el Ministerio Público. (Alcances y Limitaciones
de la delegación) 72
Fernando Cubero Pérez

La actividad investigativa del
Ministerio Público en la citación directa 83
Alberto Porras González

Ejercicio de la defensa técnica en la citación directa . 94
Lic. Alexander Rodríguez Campos

LEGISLACIÓN COMENTADA

El proyecto para introducir la prisión
perpetua en Costa Rica 102
Elías Carranza

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente 106
Cecilia Sánchez Romero

EDITORIAL

Recientemente varios de los miembros de la Asociación de Ciencias Penales realizaron una excelente labor de investigación sobre el nuevo Código Procesal Penal, que fue recogida en una obra de más de ochocientas páginas, titulada "REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL", que editó la Corte Suprema de Justicia junto con la Asociación.

La obra es prologada por el tratadista argentino Julio B.J. Maier, y en ella participaron jueces superiores penales; jueces superiores de casación; letrados de las Salas de Casación Penal y Civil; magistrados de la Corte Suprema de Justicia; exministros de justicia; el Fiscal General, fiscales y exjefes del Ministerio Público; defensores públicos; el Jefe de la Defensa Pública; abogados litigantes; la Directora del Centro Electrónico de Documentación Jurisprudencial; la Decana de la Facultad de Derecho; profesores de la Facultad de Derecho y de universidades privadas; en fin grupo de operadores del sistema penal.-

Consta de seis partes generales: Los Principios Procesales; La Acción Penal; Los Sujetos del Proceso; Las Medidas Cautelares; La Actividad Procesal Defectuosa; y Las Etapas del Proceso; las que a su vez se subdividen en capítulos, donde se abordan y se desarrollan, desde diversos ángulos, las instituciones jurídicas del nuevo proceso penal.-

La obra ha tenido una profunda acogida en el foro nacional, y ha recibido una cantidad de críticas favorables. Es distribuida entre los operadores judiciales del sistema penal: defensores, jueces, letrados, magistrados, policías judiciales, y ya se está trabajando en una segunda edición para la venta a los abogados litigantes, estudiantes de derecho y otros funcionarios interesados.

En su prólogo afirma el Profesor Maier lo siguiente:

"...La reforma ofrece, con este libro, su primer fruto intelectual. En él colaboran los principales operadores jurídicos de esa reforma, varios de los cuales son amigos dilectos míos, quienes permanentemente me han acercado a Costa Rica para hacerme conocer, gozar de su país y hasta sufrir por él -y no precisamente como extranjero,

sino como uno de sus integrantes-, y varios de los cuales han sido operadores directos de esta reforma global del enjuiciamiento penal. Ellos encaran ahora con ahínco la primer exposición de la reforma y de sus problemas principales. Por encima de las diferencias parciales, que, como todo crítico, tengo -valga la ya advertida-, el intento constituye una primera aproximación, antes de que la nueva ley entre en vigencia y produzca su impacto en la rutina judicial, en la propia organización de los tribunales y en los otros operadores de la administración de justicia, antes de que muestre, en la práctica, sus puntos conflictivos y su resultado. Mi primer deseo consiste en que la práctica les permita verificar los efectos benévolos pensados ex ante y queridos al proyectar la nueva ley. Mi segundo deseo consiste en "asegurar la descendencia", esto es, en prohijar una nueva generación de juristas costarricenses en materia penal, que pueda seguir la obra de la generación precedente y comience ya a sucederla en deberes y trabajos, un deseo que la anterior reforma hizo realidad palpablemente. Mi tercer deseo, casi unido al anterior, consiste en que la reforma no se "burocratice", esto es, que no se anquilose en las manos de sus operadores corporativos, según rutinas que, seguramente, creará, sino que, por lo contrario, traslade sus posibles beneficios a quienes cualquier reforma legal debe ir destinada, a los ciudadanos y habitantes costarricenses, a los eventualmente justiciables, en forma de una administración de justicia penal más humana, más personalizada y, en fin, más equitativa y más "justa", por una parte, y, por otra, continúe, en los ámbitos académicos y profesionales, la tradición analítica y crítica que ya inauguró su predecesora y que, a juzgar por este libro, parece continuar la reforma.

Costa Rica es el único país de América Latina cuya sociedad política confía en su justicia institucionalizada y en sus juristas, al menos en una medida inconmesurablemente mayor que aquella que se puede observar en los países hermanos, incluido el mío, o, si se quiere, el único país en el cual ser juez o jurista es un motivo de distinción, que uno luce con orgullo y que no esconde..."-.

DOCTRINA EXTRANJERA

POLÍTICA CRIMINAL Y ESTADO

JUAN BUSTOS RAMÍREZ¹

I. INTRODUCCIÓN.

Al plantearse la cuestión criminal desde la política, se está significando que dice relación con el poder, esto es, con la capacidad de definir dentro de la estructura social y, por tanto, consecuentemente de dirigir y organizar. Es por eso que en ese sentido Estado y política criminal aparecen como consustanciales, si bien es evidente que puede haber muchas políticas criminales dentro de un Estado, en la medida que el poder esté repartido y en cuanto haya la posibilidad de diferentes movimientos de expresión.

Luego, política criminal es poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y, por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal.

Esto implica varias consecuencias, que para definir los procesos criminales necesariamente la política criminal ha de tener en cuenta a la criminología, en la medida que ésta representa un análisis sociológico de los procesos de criminalización y, por tanto, de cuáles son los instrumentos y mecanismos a través de los cuales el poder va definiendo y construyendo lo criminal. Y, consecuentemente en qué medida ellos a su vez son formas criminógenas y de criminalización.

Pero, a su vez en cuanto la política criminal **informa todo el sistema legal** en relación a la cuestión criminal y este es el instrumento formal de definición, la criminología aparece indisolublemente ligada a la política criminal, sin ella no tendría razón de ser.

Por otra parte, la **dogmática está traspasada por la política criminal, pues no es más que la derivación conceptual del instrumento formal de definición.** Por eso y en forma más precisa, la dogmática penal no puede pensarse como algo autónomo y válido en sí mismo, sino sólo desde la política criminal. Más aún su sentido desde la política criminal es hacer transparente y con fundamentación racional el proceso penal, en cuanto el proceso es uno de los ámbitos básicos en que se ejecuta la política criminal.

Ahora bien, como la política criminal dice relación con la cuestión criminal dentro del sistema, necesariamente ello implica comprender como un todo los diferentes aspectos que implica el proceso de criminalización, esto es, considerarlos como un sistema de control penal. Esto es, no sólo las leyes (penales, procesal penales, etc.), sino las instancias concretas en que actúan los operadores sociales, esto es, la policía, el proceso penal, el sistema penitenciario, los diferentes organismos auxiliares (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, médicos, etc.). Luego, mirada la cuestión criminal desde la política ello implica que no hay estancos separados o independientes, sino

¹ Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile.

que todos forman una unidad, de modo que el hecho de tener la mejor ley todavía no significa nada y, menos aún, si sólo es en un determinado ámbito (penal o procesal penal). Se requiere tener un cuerpo coherente de leyes, instancias e instituciones y operadores sociales. Nada se saca con tener una excelente ley policial, si la formación de la policía sigue manteniendo el autoritarismo y militarismo, y *tampoco no es* suficiente con tener la mejor ley penal si el proceso penal es inquisitorio. En otras palabras una política criminal exige también considerar líneas concretas de acción, es decir, cómo actúan los operadores sociales.

Pero, también hay que convenir que pueden haber diferentes políticas criminales y lo que nos interesa a nosotros analizar es aquella propia a un Estado de Derecho social y democrático. Luego, cómo ha de ser el poder de definición de los procesos criminales en un Estado que tiene como fundamento la libertad y la igualdad.

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE UNA POLÍTICA CRIMINAL DE UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO.

1. Una política criminal en cuanto tiene que partir del mundo real y por tanto utilizando metodología y técnicas propias al estudio de los fenómenos sociales, necesariamente tendrá que llegar a la conclusión que **el principio de igualdad en que se funda El Estado no es una realidad, sino sólo un programa.** Esto es, que hay discriminación, que se da una desigual distribución de la criminalización, del poder de definir lo criminal, por tanto no sólo de bienes e ingresos. Luego, un primer aspecto a considerar es la necesidad de redistribuir el poder de criminalización, de modo entonces de ir descendiendo las cuotas de discriminación. A su vez ello significa que tal redistribución ha de abarcar todo el sistema

criminal, las leyes, la policía, el proceso, etc. Por eso, aunque parezca paradójal no es extraño que, por una parte, se descriminalice comportamientos (delitos de bagatela, hechos que no afectan a un bien jurídico, etc.), más al mismo tiempo se criminalice otros (así hechos contra el medio ambiente, contra la calidad del consumo, etc.) De ahí también que no puede sorprender que a los jóvenes se les excluya del sistema penal de los mayores, pero al mismo tiempo se configure un derecho penal juvenil.

Ahora bien, precisamente esta desigual distribución de la criminalización, obliga a considerar al propio sistema de control penal como criminalizador y criminógeno, esto es, con un abuso o exceso de violencia, y, por tanto, ello requiere llevar a cabo su constante revisión.

Se trata, por otra parte, si se es coherente con el principio de igualdad, de asumir que en una sociedad hay diferencias culturales y sociales, lo que obliga a su vez a una mayor profundización crítica de la desigual distribución del poder de definir, en cuanto éste tiende a no considerar dichas diferencias y en tal sentido a operar como opresor. El caso más claro de ello es la forma como el poder penal se ha relacionado con las culturas indígenas o autóctonas, desconociendo y subyugando su cultura y por tanto su lengua y sobre todo sus formas jurídicas. También ha sido otro ejemplo relevante en nuestros países la forma de relacionarse del poder penal con los jóvenes, a los cuales se les ha aplicado una legislación propia al positivismo naturalista, que ha desconocido su carácter de personal.

2. Por otra parte, una política criminal que tiene como fundamento la libertad, no puede partir desconociéndola y convirtiendo a las personas en meros instrumentos o sujetos a tutela. De ahí que el punto de partida no puede ser una separación entre buenos y malos, entre determinados al crimen y otros que no, sino de una relación libre de las personas con el sistema. Desde esta perspectiva lo fundamental es la relación entre la persona y

el Estado, en el sentido que el Estado está al servicio de la persona y para su felicidad, es el reconocimiento de la persona como ente autónomo y por eso mismo de sus derechos y garantías. La historia de esta relación la podemos dividir en tres momentos: el de la Carta Magna, en el cual sólo hay el reconocimiento de los pares, el de la Revolución Francesa en que se amplía a los ciudadanos y el posterior a la Segunda Guerra Mundial en que se extiende a todas las personas (también los niños, los jóvenes, los que no son ciudadanos).

Es decir, el programa político criminal ha de estar dirigido a establecer el máximo de espacios de libertad de las personas con el sistema. Por eso no se puede partir de la premisa que las normas son imperativos ni que motivan a las personas, ello contradice el principio de libertad, simplemente instruyen o informan sobre determinados modelos de comportamiento. Luego, no sólo la fuerza, la tortura, contradicen la libertad, sino también la manera como se concibe la relación entre el sistema y las personas. Esto es, el poder penal no puede ser configurado de tal manera que excluya el ejercicio de los derechos de una persona o lo elimine en cuanto tal. En este contexto se inscribe la discusión sobre las formas de legalización del aborto y también del consumo de drogas.

Es por eso que una política criminal en relación a la seguridad ciudadana, en cuanto la seguridad no es sino la condición básica de la libertad, no puede servir justamente para afectar la libertad. La seguridad ciudadana no se puede convertir a pretexto de situaciones de emergencia en una violación constante de los derechos fundamentales o en una informadora de una política criminal destinada a su afeción. No hay pues una equivalencia entre seguridad (u orden) y libertad; la seguridad (o el orden) son sólo presupuestos para una mayor amplitud de la libertad y, por tanto, en caso alguno pueden ser configuradas de modo que la restrinjan.

De ahí que hoy, dado que las formas de control están repartidas, que cada vez hay más organismos de seguridad de todo tipo más allá de los aparatos públicos, las garantías a la libertad han de ser más profundas e intensas. La relación persona Estado, no es sólo con la sociedad política, sino también con la civil. El poder de control cruza a ambas y no sólo en un control blando, a través de los controles informales, sino a través de controles duros o fuertes.

3. Pero también se trata de una política criminal de un Estado social, luego ello exige que haya una socialización del poder de definición. Esto es, una efectiva participación de todos, no sólo en el sentido representativo (esto es, a través de la elección de representantes) sino también mediante la descentralización real; lo cual, por una parte puede implicar formas plebiscitarias, pero también un aumento de la desproblematización de la cuestión criminal, en el sentido de devolver a las partes la resolución de los conflictos sociales. Si la cuestión criminal no es más que un conflicto social muy intenso que se ha problematizado y definido desde el poder que lo asume y controla, se trata entonces de devolver a las personas lo que les es propio y que ellas mismas lo superen, de ahí la necesidad de intensificar las formas de mediación o reparación.

Es por eso que tampoco necesariamente puede asustar la cifra oscura de la criminalidad, pues ello en gran medida puede significar que la sociedad está en capacidad de asumir que una gran cantidad de conflictos intensos tengan otra solución o no la tengan. Otra cosa diferente, como ya hemos señalado, es el de la discriminación y que en general en las cárceles de cualquier país la mayoría de la población penitenciaria pertenezca a un determinado estrato social, al más desfavorecido.

Una socialización del poder de definir implica a su vez un control del control, esto es, propiciar instancias comunitarias participativas que ejerzan un control de los poderes de definición, tanto públicos como privados. De

ahí que no sólo han de darse agrupaciones de consumidores, ecologistas y otras, sino sobre todo de defensa de los derechos fundamentales o humanos.

Una socialización del control significa partir reconociendo que dentro del sistema predominal existen de todos modos tendencias autoritarias, centralistas y mesiánicas.

4. Por último se trata de una política criminal de un Estado de Derecho; simplemente se trata de la organización jurídico social del sistema, no hay pues una fundamentación absoluta o categorial, no se trata de una cuestión de fe ni de carácter científico puro, sino de algo relativo en cuanto está destinado sólo a una mejor organización del sistema para la felicidad de las personas. De ahí que el sistema de control penal sólo es una cuestión de extrema y estricta necesidad, pero sin que ello tenga capacidad para legitimarlo, sino simplemente para hacerlo explicable desde una política criminal cuyo sentido tiene que ser el que los conflictos sociales se resuelvan por vías no violentas. De ahí que en la base misma del sistema reside su propia deslegitimación, en la medida que siempre implica una determinada violencia sobre las personas y, por tanto, una contradicción con la finalidad perseguida, que es la no violencia. Es por eso que la violencia ejercida ha de ser la mínima necesaria en sí misma, no en relación a otra, no reactiva. Luego, ello excluye violencias duras, como la pena de muerte, el presidio perpetuo, las penas largas privativas de libertad, pues así se contradice en forma sustancial la finalidad perseguida. Por el contrario, hay que privilegiar formas alternativas al control penal.

III. LOS DIFERENTES PLANTEAMIENTOS POLÍTICO CRIMINALES EXISTENTES EN LA ACTUALIDAD.

Aunque no se explicita, a pesar que se señale que sólo la dogmática es válida, es evidente que siempre nos encontramos con una determinada política criminal. Después de la Segunda Guerra Mundial junto a la subsistencia de la retribución, tuvo un gran auge la prevención especial (la obra más trascendente, por su repercusión internacional, fue la "Nueva Defensa Social" de Mark Ancel² sobre la base de la idea de la resocialización, que aún se plasmó en textos constitucionales. Pero pronto se levantaron las mismas críticas que tuvo a principios de siglo, a pesar de la trascendencia que tuvo entonces el positivismo naturalista que la propiciaba, esto es, que implicaba el desmonte de todas las garantías de la persona frente al Estado y en definitiva la pérdida de su autonomía ética y su tutelaje por parte de éste. Es por eso que en los últimos tiempos han renacido las posiciones preventivo generales, con las cuales nació el Derecho Penal Moderno, pues hay que recordar que la primera gran obra sistemática y garantista fue la de Feuerbach, quien la elaboró desde un planteamiento político preventivo general, que precisamente lo plasmó en el principio de legalidad de los delitos y las penas.

1. De la posición preventivo general con retribucionismo de Welzel a la prevención general radical o fundamentalista de Jakobs.

No resulta discutible que Welzel también adoptaba un criterio preventivo general, a pesar que él defendiera una posición retribucionista. En efecto, si se considera su planteamiento "el Derecho Penal tiene una función

² Véase de Ancel, Marc: *La Défense sociales Nouvelle*, 3a. edición, Cujas, Paris 1981.

ético social"³, que está para proteger los valores éticos sociales y no en primer lugar los bienes jurídicos, lo cual sólo sería una consecuencia de lo primero", es evidente que se coloca en una situación preventiva, en que la norma está destinada a motivar respecto a la no afección de esos valores éticos sociales y no a evitar la lesión de bienes jurídicos. Coherentemente, entonces, se adelanta la punibilidad y basta para ejercer la coacción penal el desvalor de acto.

En suma hay en ello, más allá de la adscripción al retribucionismo, una posición preventivo general de tendencia radical, cuyo objetivo es integrar a través del sistema penal a las personas en determinados valores ético sociales. Pero ciertamente tampoco se puede pasar por alto que Welzel pone un límite, en cuanto reconoce que esos valores éticos sociales surgen desde los bienes jurídicos y por tanto en referencia ineludible a ellos y en que la pena conforme al retribucionismo se medirá por la importancia del valor ético social y la gravedad de su afección.

Luego, no es extraño entonces que Jakobs, al continuar hasta sus últimas consecuencias esta variable existente en la teoría finalista, globalizara la posición preventivo general radical. La motivación de la norma ya no tiene que ver con los bienes jurídicos⁴, sino sólo con su propia validez y, por tanto, tampoco con valores éticos sociales, sino simplemente con lo que dice el sistema, una pura cuestión procesal formal, esto es, con la existencia de deberes impuestos por el poder penal. Las normas motivan a integrar a las personas en el deber, si no lo hacen van a ser infieles al deber, en cuanto ellas son parte del sistema, más allá del sistema sólo la nada, el vacío. Si en Welzel había la posibilidad de un límite, en Jakobs ya

no existe, pues la medida político criminal estará simplemente en la motivación al deber de integración al sistema; quizá el único límite será la coherencia y racionalidad del propio sistema, aunque es dudoso que pueda darse un sistema fundamentalmente coherente y racional si partimos negando la legitimidad de éste.

En general, en mayor o menor medida, las posiciones preventivo generales positivas, hoy dominantes, tienden a tener esta radicalidad, en la medida que su objetivo es la integración de las personas al sistema y para ello construyen un deber de integración y ello implica adelantar y aumentar la punibilidad con el fin de ser consecuentes con el punto de partida, que no hay nada más allá del sistema, que las personas son tales en cuanto están en el sistema, que éste está por encima de ellas. Nuevamente se invierte la relación persona-Estado, ya no se trata de las garantías de aquélla frente a éste, sino de recalcar y acentuar la subordinación de la persona frente al Estado, la pérdida de su autonomía y, al mismo tiempo, ya no se trata de la violencia mínima necesaria, sino de la violencia adecuada para someter o integrar.

Un esfuerzo para evitar estas consecuencias es partir desde el bien jurídico⁵ y que la motivación de integración surge desde los bienes jurídicos, pero con ello no se avanza más allá de Welzel, pues de todos modos el bien jurídico como base político criminal garantista y deslegitimadora queda mediatizado frente al deber de integración.

Es por eso que con una política general positiva se vuelve al retribucionismo, pero sin los límites que éste impone; en tal caso sería preferible retomar el retribucionismo, en el cual por lo menos se establece el límite.

3 Cfr. Welzel, Hans: *Derecho Penal Alemán* (traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez), Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993, p. 1ss.

4 Véase la crítica de Jakobs, Günther al bien jurídico: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2a. edición, Walter de Gruyter, Berlin-New York 1991, p. 35ss.

5 El autor que más ha contribuido en esta tendencia ha sido Roxin, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, München 1992, p. 9ss.

2. El retribucionismo.

Detrás del retribucionismo, aunque no se lo diga, hay una política criminal, sólo que se la oculta sobre la base de que sólo se atiende a la dogmática y que aquella sólo dice con el surgimiento de la legislación, pero nada tiene que ver con el sistema punitivo mismo. Se pretende, por una parte, hacer creer que el poder de definir nada tiene que ver con lo definido y con los procesos de implementación de éste. Por otra, que lo definido es fundamentalmente justo y por tanto que hay un merecimiento absoluto entre hecho y pena aplicable. Es una política criminal de la autoridad intocable e inmutable, no sujeta a crítica, de ahí que encontrara su mejor expresión fundante en el positivismo del siglo XIX y que en la base de la dogmática tradicional se colocara siempre una categoría científica, aparentemente indestructible y ajena a toda discusión, la causalidad.

3. La prevención general negativa o intimidatoria.

El antecedente de la prevención general positiva o integradora es ciertamente la prevención general negativa o intimidatoria. Ahora bien, una política criminal destinada simplemente a intimidar a las personas, de partida implica rebajar su dignidad de tal, en cuanto estima que todas ellas configuran sus relaciones sólo con base en la amenaza, en la violencia. Por otra parte, su punto de partida resulta tan falso que tampoco logran empíricamente comprobar que ello es cierto o por lo menos que la amenaza de la pena tiene tal cualidad en relación a las personas. En otras palabras, las personas reivindican su carácter de tal y no de animales, con lo cual echan por tierra el presupuesto básico de esta política criminal, que además para ser coherente tiene necesariamente que llegar al terror estatal y aún a trastocar la jerarquía de los derechos fundamentales de la persona en cuanto sólo

tiene que guiarse por la frecuencia de los hechos delictivos (o por su pretendida gravedad puntual, la llamada alarma pública) y no por la trascendencia del bien jurídico afectado.

IV. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL DEMOCRÁTICA.

Aparece de suyo que las políticas criminales preventivo generales y sobre todo las positivas radicales tienden a convertir el sistema penal en prima ratio y no en última ratio o extrema ratio como siempre se ha sostenido y en especial en los últimos tiempos. En efecto, si consideramos el planteamiento finalista, la política criminal se va a preocupar sólo de los desvalores de acto cuando todo el resto del ordenamiento jurídico se preocupa sólo de los desvalores de resultado, esto es, en la medida que un derecho subjetivo ha sido efectivamente violado. El sistema penal se convierte no en el vértice último del sistema de control o de sanciones, sino en la base misma de él. En ese sentido Jakobs lo lleva hasta las últimas consecuencias, pues lo esencial será la fidelidad al sistema, lo cual entonces estará en el fundamento mismo de él y sirviendo de tal a todos los demás sectores del Derecho.

Una tal concepción es propia del más marcado autoritarismo, de la creencia en la inmutabilidad fundamental del sistema y en la anticipación del mundo feliz de Huxley. Todo lo contrario de una concepción de un Estado social y democrático de Derecho, que por su esencia reconoce la existencia de desigualdades, asume las diferencias culturales, reivindica la libertad de las personas y su participación en él.

De ahí que una política criminal democrática tiene que partir reconociendo que el poder de definir no es más que una facultad del Estado, su autoconstatación, y que por tanto no hay una cuestión de legitimidad, sino sim-

plemente que las propias personas le han otorgado un poder para ponerlo al servicio de las personas. Pero sin desconocer al mismo tiempo que tal servicio a través del ejercicio del control penal implica a su vez siempre violencia y que si la finalidad de un sistema democrático es resolver los conflictos sociales a través de la no violencia, ciertamente hay entonces una ilegitimidad de origen en el control penal, que necesariamente ha de estar considerada en la base de una política criminal democrática. De ahí que el ejercicio del control punitivo ha de estar basado en argumentos tan fuertes (extrema ratio) que justifiquen tal servicio y por eso mismo, por esencia, sujeto a crítica y revisión constante.

Es por eso que desde un comienzo aparecen como esenciales los principios limitativos de ese poder de definir, en cuanto su transgresión implica desconocer su origen y su finalidad. Tales principios pedagógica y metodológicamente se pueden dividir en: de carácter material y formal, pero sin perder de vista que conforman una unidad inescindible. En ese sentido, desde un punto de vista material, la dignidad de la persona aparece coherentemente como el primero, en cuanto se ha de partir de su autonomía e indemnidad personal (es decir, no tutelada o absorbida por el sistema), el segundo la protección de bienes

jurídicos, en cuanto ellos son propios a la persona (es decir, el reconocimiento que el control penal está al servicio de ella) y tercero la necesidad de la intervención (que recuerda la ilegitimidad de origen del control penal), en la medida en que ella puede que no sea indispensable, no sea la mejor forma o provoque mayores males. La perspectiva formal no es sino la plasmación procesal de estos principios y así hay que entender el llamado principio de legalidad de los delitos y las penas, y por eso en su base esté el **principio de conocimiento**, esto es, que las personas conozcan qué es lo que está prohibido, la norma sólo tiene un sentido **instructivo o informador**.

Estos principios hay que entenderlos no sólo aplicables al derecho penal, sino al sistema penal en su conjunto, entendiéndolo por tal tanto a todos los sectores legislativos de él, como a todas sus instituciones y operadores.

Ellos, a su vez, han de plasmar las exigencias básicas de un sistema democrático, que son las de redistribución del poder penal, de favorecimiento a las libertades de las personas, de devolución a los propios participantes del poder de definir y de propiciar un control del propio poder penal.

Sólo así podremos configurar una política criminal de un Estado social y democrático de Derecho.



LA IMPUGNACIÓN DEL ACUSADOR: ¿UN CASO DE NE BIS IN IDEM?¹

Julio B.J. Maier²

I. La posibilidad de que el acusador recurra la sentencia de los Tribunales de juicio, ¿significa un *bis in ídem*? En el Derecho procesal penal europeo-continental, de cuño inquisitivo originario, por lo tanto, también en nuestro Derecho, ya la pregunta en sí significa menos que una extravagancia. En efecto, los principales códigos europeos, que siempre constituyen referentes para nuestro Derecho procesal penal y su desarrollo, conciben al recurso contra la sentencia, fundamentalmente al recurso de casación, de modo "bilateral": se trata de remedios contra las resoluciones judiciales consideradas injustas por y para alguno de los protagonistas del procedimiento, legitimados para intervenir en él y a quienes la resolución alcanza, bajo la condición básica de que ella les provoque un "agravio", esto es, decide en contra de sus intereses expresados en el procedimiento, concediéndoles algo menos que aquello que pretenden de ella o algo distinto de aquello que pretenden.

Esa concepción "bilateral" de los recursos es aún más clara en presencia de la sentencia definitiva: Ley de Enjuiciamiento Criminal (España), 847, y 854; OPP (RFA), 296,312 Y 333; CPP Italia, 568, III, 593, 1, 607 y 608; CPP Portugal, 401, 1, a y b CPP Costa Rica, 472 y 473; CPP Nación, 457, 458 y 460; CPP Tucumán, *ídem*.

Frente a una sentencia emanada de un juicio público tanto el acusador, como el acusado, tienen, en general, la facultad de impugnarla, cuando ella, en su dispositivo,³ perjudica el interés de quien se recurre o el interés de aquél en nombre de quien se recurre⁴: todo depende de aquello que decida la sentencia, de su signo—absolución o condena— y, en el último de los casos, incluso de la consecuencia jurídica quien impone la decisión.

II. Otra es la inteligencia del problema en el Derecho anglosajón. Allí, en general, una interpretación más estricta de la prohibición de la múltiple persecución penal—*ne bis in ídem*—, principio formulado como la prohibición de someter al imputado a un riesgo múltiple de sufrir una consecuencia jurídico-penal

1 Este trabajo es una versión parcial y sintética del punto "Posibilidad de impugnar la sentencia de condena", desarrollo en el S 6, H, del libro *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto de Buenos Aires, 1996, segunda edición, Tomo I.

2 Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires

3 No pretendemos, ahora, debatir acerca de la parte de la decisión judicial de la cual debe emerger el "agravio"; universalmente triunfa la tesis que, de manera general, indica a la parte dispositiva, a la decisión en sentido estricto, como lugar de radicación del perjuicio que la sentencia judicial provoca: cf. Ayán Manuel N., *Recursos en materia penal*, De. Lerner, Córdoba, 1985, cap. III, A, 2, ps. 87 y ss.; Roxin, Claus *Strafverfahrensrecht* (23a. edición), De. Beck, Múnich, 1993, S 51, B, II, 2, c ps. 366 y siguiente.

4 Tampoco interesan aquí ciertas desviaciones parciales de esta regla, en homenaje a otros principios, como el de *objetividad* de actuación del ministerio público, que permite a los fiscales, por ej., recurrir "a favor del imputado", es decir, por un "agravio" ajeno.

(*double jeopardy*), auxiliada por la inteligencia que reciben otros principios básicos del procedimiento penal, el juicio público ante jurados y la concepción del recurso del imputado contra la condena como una garantía procesal penal, impide conceder al acusador más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr la condena, oportunidad sintetizada en el juicio ante el jurado. Tal circunstancia implica, básicamente, negación del recurso para obtener un nuevo juicio, por “injusto” que puede ser presentado, en “apelación”, el veredicto final del primero.

El jurado representa, políticamente, una condición básica para la utilización de la coerción estatal, sobre todo en materia penal, debido a que la pena estatal significa, a su vez, la autorización más vigorosa para la utilización de la fuerza por parte del Estado, en perjuicio de un habitante sometido a su soberanía, la injerencia más grave en sus derechos básicos como persona. El jurado funciona así políticamente, a la manera de clave para que los funcionarios estatales (jueces) utilicen la pena en la solución de un conflicto social: la absolución del jurado impide la utilización de esta herramienta, cualquiera que sea la valoración del veredicto (justo o injusto frente a la ley); la condena del jurado abre paso a que los jueces profesionales y permanentes, en una instancia posterior, fijen la consecuencia jurídica a sufrir por el condenado. La necesidad del *juicio por jurados* (CN, 24, 75, Inc. 12 y 188) se puede resumir, entonces, en la condición que su autorización final representa para la aplicación de una pena estatal: a manera de compuerta abre o cierra la posibilidad de aplicar una pena. Conforme a esta inteligencia política

de la institución, el juicio por jurados es, jurídicamente, una garantía procesal y un derecho para el imputado, en materia penal (excepción hecha de infracciones penales muy leves: contravenciones).

Debido a que ésta es la forma básica que nuestro constituyente pensó para el enjuiciamiento penal, el Derecho de los EE.UU., de donde la exigencia procede para nosotros, es un buen ejemplo para decidir el problema aquí planteado. Allí el fiscal sólo tiene una oportunidad de lograr la condena, en el juicio público ante el jurado; si durante el juicio, el caso resulta sobreesido, porque, al presentar su caso, el juez resuelve que ningún jurado razonable podría condenar con la evidencia presentada y disuelve al jurado, o, a su terminación, el jurado declara inculpable al imputado, el caso termina definitivamente. Cualquiera que sea el grado de acierto o desacierto, o de “justicia” de estas decisiones (*acquittal*), el acusador no posee remedio alguno contra ellas: se trata de la decisión estatal emanada del órgano competente –judicial– sobre el caso y de la única persecución penal admitida (prohibición del *double jeopardy*)⁵. El derecho de “apelar” el fallo condenatorio, en procura de un nuevo juicio, fundado en la descalificación del veredicto, precisamente por los errores graves ocurridos durante el juicio o reflejados en el veredicto, sólo le corresponde a quien es declarado culpable y, por tanto, en riesgo máximo de asumir una consecuencia jurídico penal, único que además puede generar una nueva (doble) persecución penal, sin duda, el recurso contra el fallo de culpabilidad resulta concebido, en este sistema, como una garantía procesal⁶. El fiscal, en cambio, como el imputado, cuando ha

5 Green v. U.S., 1957, U.S. v. 355, ps. 184 y ss. (“... es uno de los principios elementales de nuestro Derecho penal que el Estado no puede obtener un nuevo juicio por medio de una apelación aun cuando la absolución pueda aparecer como errónea”); North Carolina v. Pearce, 1969, U.S. v. 395, ps. 711 y ss.; Smalis v. Pennsylvania, 1986, U.S. v. 476, ps. 140 y siguientes.

En algún Estado federado se conoce una variación de esta concepción: existen tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes que se llevan a cabo y sentencian el juicio en primera instancia, que puede ser seguido, sólo por recurso del condenado, por un juicio ante el jurado, al que únicamente él tiene derecho, recurso que no puede ser utilizado por el fiscal, según lo ha declarado conveniente la jurisprudencia suprema en los EE.UU. (Ludwing v. Massachusetts, 1976, U.S. v. 427, ps. 618 y ss.).

6 Idéntica es la concepción del Derecho inglés: cf. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, S 73, III, 4, ps. 478 y siguiente.

existido una declaración de culpabilidad firme, puede recurrir la consecuencia jurídico-penal determinada en un procedimiento posterior al veredicto –regularmente en la audiencia para la determinación de la pena (sistema de “censura” entre el debate sobre la culpabilidad y el debate sobre la pena⁷)– y su decisión (sentencia penal).

III. Esta es, a mi juicio, la solución correcta del problema planteado, desde varios puntos de vista. En primer lugar, el principio *ne bis in ídem*, correctamente interpretado por su solución más estricta para la persecución penal, debería conducir, por sí mismo, a impedir que el Estado, una vez que ha decidido provocar un juicio contra una persona ante sus propios tribunales de justicia, pueda evitar la decisión adversa del tribunal de juicio, mediante un recurso contra ella, que provoca una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave, con lo cual somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y eventualmente, a un nuevo juicio.

Pero, además, a esa conclusión se debe de arribar en conjunción con el sistema integrado de garantías procesales previsto por nuestra Constitución nacional para quien soporta una persecución penal. Si se repara en que el juicio público ante un tribunal que, como mínimo, se debe de integrar con participación de ciudadanos, es una de esas garantías (CNN, 24)⁸, y, más allá de ello, en que con la incorporación del PIDC y P (Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U.), 14, n° 5, y de la CADH (Convención americana sobre derechos humanos), 8, n° 2, h, al texto de la Constitución Nacional, CNN, 75, Inc. 22) el recurso

contra la condena se ha transformado también en una garantía procesal para el condenado por un tribunal de juicio, no parece existir otra forma de interpretar estas garantías⁹, al menos desde el punto de vista práctico y político. Para llegar a esa conclusión basta advertir que, si se permite al ministerio público buscar renovadamente la condena con un recurso, al menos ello conduce, necesariamente, a que, cuando la consigue en última instancia o en un nuevo juicio, todavía debe ofrecerse al condenado –por primera vez o por primera vez respecto de esa condena específica– un recurso para atacarla ante el tribunal superior. Se advertirá, al menos, que ello resulta prácticamente imposible desde el punto de vista de la organización judicial y que, en verdad, conduce a un infinito recursivo y procesal, pues siempre es posible pensar, en el sistema del recurso “bilateral”, que el acusador conseguirá la condena ansiada ante el Último tribunal y contra ella todavía resulta necesario garantizar un recurso al imputado a quien esa condena afecta. Con alguna perspicacia, se advertirá también, más allá de ello, como queda a la vista la múltiple persecución penal provocada por el Estado, el sometido múltiple al riesgo de una consecuencia jurídico-penal. El único que puede provocar esta persecución penal múltiple es el propio perseguido penalmente, pues el riesgo múltiple queda eliminado si, además, la segunda sentencia de condena eventualmente no puede superar la consecuencia penal que propone la primera sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*¹⁰).

Hemos advertido varias veces acerca de la utilización de las garantías “en contra del im-

7 U.S. v. DiFrancesco, 1980, U.S. v. 449, ps. 117 y ss.; Pennsylvania v. Goldhammer, 1985, U.S. v. 474, ps. 28 y siguientes.

8 Nino, Carlos, *Fundamentos del Derecho constitucional*, De. Astrea, Buenos Aires, 1992, SS 48 y 49, ps. 451 y 5, y 476, respectivamente.

9 El “derecho al recurso” contra la condena de los tribunales de juicio, en procura, incluso de un nuevo juicio, consiste, básicamente, en someter a la condena penal y a su consecuencia jurídica a la prueba matemática de la “doble conforme”, según lo ha explicado con acierto Ferrante, Marcelo, *La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria* en AA. VV., *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*, De. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995, S 1, p.17.

10 Ayán, *Recurso de materia penal*, cap. V, 12, ps. 166 y ss.; Maier, Julio, *DPP*, De. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, S 6, D, 4, a, ps. 362 y siguientes.

putado" que realizan a diario nuestros tribunales de justicia. En buena medida este riesgo de interpretación desviada se produce por la posibilidad del recurso del acusador, que logra la anulación de una sentencia favorable al imputado o consentida por él, sobre la base de las mismas garantías que lo amparan.

Ese riesgo se eleva aún más cuando se sostiene que el acusador está amparado por estas garantías. Precisamente, el hecho de que esas garantías sólo estén previstas en razón de quien sufre la persecución penal –al menos ello es claro para la garantía del recurso contra la condena– autoriza a extender la interpretación arriba indicada al mismo acusador privado, quien también carecerá de recurso contra la sentencia: su única oportunidad de arribar a una condena contra el imputado es el juicio público originario.

Tampoco puede existir duda en afirmar que nuestro sistema constitucional de enjuiciamiento penal deriva, al menos parcialmente, de la comprensión que, al respecto, ofrecen las instituciones jurídicas de principio de los EEUU (juicio por jurados).

IV. Para compaginar adecuadamente todas estas reglas de principio, en especial el

derecho al recurso del condenado establecido por las convenciones internacionales, (hoy parte de nuestra Constitución nacional) he propuesto sintéticamente¹¹.

- a) Considerar suficiente, para cumplir la garantía de conceder el recurso al condenado por los tribunales de juicio, a nuestro recurso de casación, básicamente idéntico al "derecho de apelación" para el condenado de Derecho estadounidense, si se lo reforma adecuadamente.
- b) Estas reformas deben de tender, en primer lugar, a garantizar el acceso al recurso sin trabas formales excesivas para su procedencia, que pueden ser superadas mediante el auxilio judicial para el recurso interpuesto tempestivamente¹².
- c) Corresponde también, en segundo lugar, ampliar el objeto del recurso por la admisión de motivos que no son tradicionales para él en nuestra legislación: incorporación de todos los motivos del recurso de revisión, posibilidad de demostrar que, por acción o por omisión, la sentencia contiene un grueso error de apreciación de los hechos (*judicium rescindens*)¹³.

11 Cf. Maier, Julio B.J., *El recurso contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?*, inédito, enviado para publicar en el libro Homenaje al Prof. Dr. Ricardo C. Núñez, a cargo del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y C. S. de la Universidad Nacional de Córdoba.

12 Hasta aquí me acompaña la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 24/92, sobre varios casos tratados con relación a la legislación costarricense, básicamente idéntica a la nuestra "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 el debido proceso". La Corte Interamericana de Derechos humanos, sin embargo reclama por una opinión consultiva del gobierno de Costa Rica, con el texto de un proyecto de ley que pretendía cumplir con la exigencia impuesta por la Comisión, no resolvió el tema, precisamente porque formaba parte de casos litigiosos pendientes en los que, eventualmente, debía intervenir (OC-12/91 del 16/12/1991), no se resolverá más esos casos, pues el proyecto costarricense, que deroga toda limitación al recurso de casación del imputado contra la condena penal y estatuye un tribunal de casación para condenas de menor importancia, se convirtió en ley y cumplió la exigencia de la Comisión (previamente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica había declarado inconstitucional esas limitaciones *erga omnes*). Nos acompaña también, actualmente, nuestra Corte Suprema nacional, en "Giroldi, David y otro S/ recurso de casación -causa 32/93- (recurso de hecho)", caso C. 342, XXVI, sentencia del 7. 4. 1995, que atendió a esa jurisprudencia internacional y, en su consecuencia, aclaró la contrariedad constitucional de las llamadas "limitaciones objetivas" -por la gravedad del agravio- a la facultad del imputado de recurrir las sentencias condenatorias por la vía de casación, considerada adecuada para cubrir la garantía.

13 Con ello, el recurso de casación se aproximaría a la "apelación" del derecho anglosajón –también a la casación española– en tanto, si bien trata fundamentalmente motivos jurídicos –especialmente pone en crisis la conducta del Tribunal durante el procedimiento y en la obtención del veredicto frente a la reglas del procedimiento–, contiene también la posibilidad de demostrar que el veredicto contiene gruesas fallas que lo alejan de la realidad del acontecimiento juzgado. Para acceder a este pensamiento, que, sin duda, altera el sistema tradicional de concebir la casación, es útil pensar en nuestro sistema actual, en especial en el recurso de revisión,

- d) Ello implica aceptar, además, que el procedimiento en casación admite la incorporación de prueba pertinente a la verificación del motivo, algo que ya pertenece al recurso, bien interpretado¹⁴.
- e) Implica también comprender que el sentido del recurso, salvo absolución directa por el tribunal de casación en los casos de excepción en que ello resulta permitido (casación material que conduce a la absolución), consiste en el derecho del condenado a tornar plausible el error del juicio o la sentencia—prueba ahora a su cargo¹⁵— para intentar lograr un nuevo juicio sin fallas.
- f) Por último, el acusador no estará facultado a intentar recursos contra la sentencia absolutoria o de condena, circunstancia que permitirá reducir los casos que arriban a los tribunales de casación racionalmente—sin utilizar el recurso odioso (jurídicamente apreciado) de la limitación de la impugnación de condenas por parte del imputado— y que logrará que la condena originaria sea, además, el límite máximo

de la consecuencia jurídica que se pudiera establecer en un nuevo juicio y una nueva condena (prohibición de la *reformatio in peius*), provocados sólo por recurso del condenado o de su defensor.

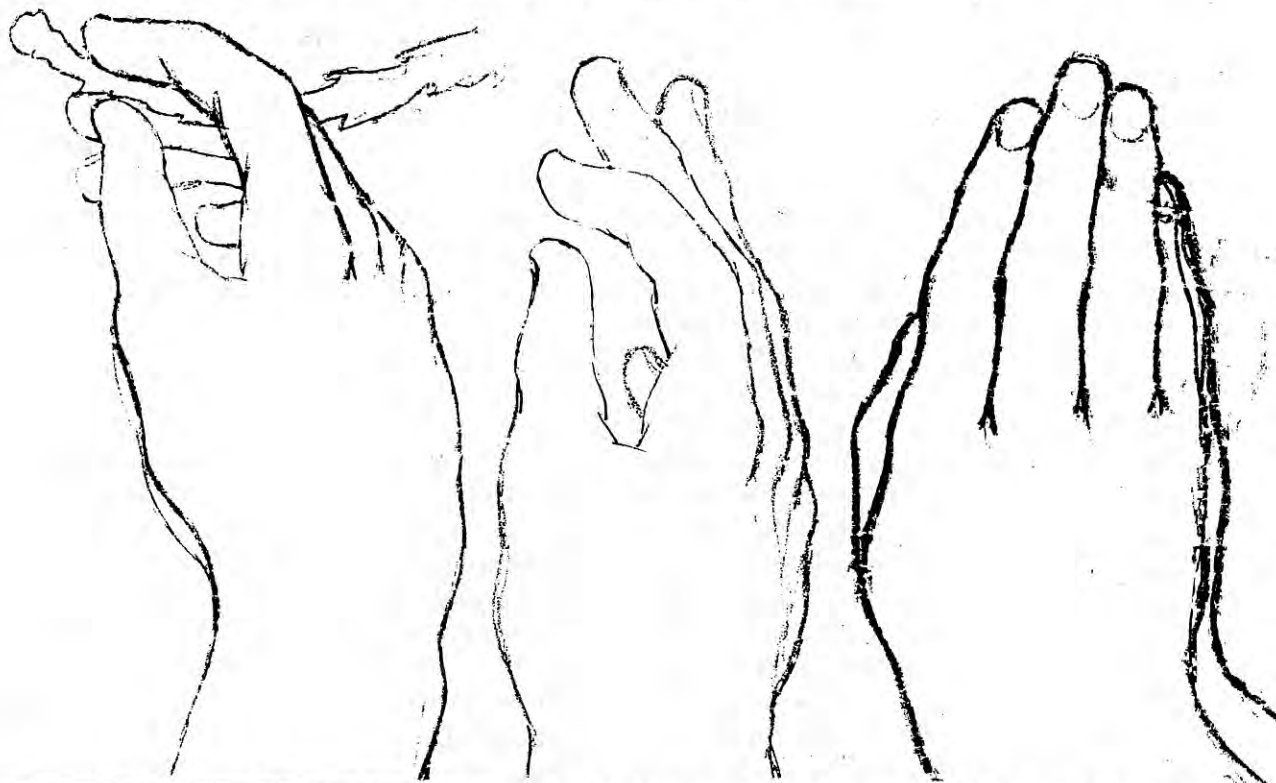
- V. La conclusión respecto del título es clara. La concepción del recurso del imputado contra la condena como una de las garantías procesales en su persecución penal, según lo proponen las convenciones internacionales sobre derechos humanos, es incompatible con la concesión del acusador de un recurso contra las sentencias de los tribunales de juicio—sistema “bilateral” de recursos—, precisamente porque implica la renovación de la persecución penal fracasada, esto es, en estricto sentido, someter al imputado—absuelto o condenado a una consecuencia jurídica menor a la pretendida— a un nuevo (doble) riesgo en relación a la aplicación de la ley penal. Debido a ello, el recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio representa un *bis in idem* y nuestra legislación, que lo autoriza, constituye una lesión al principio del Estado de Derecho que prohíbe la persecución penal múltiple¹⁶. Este

que, precisamente, pretende atender actos casos una vez que la sentencia quedó firme: no existe argumento racional alguno que impida anticiparlo, mediante la inclusión de sus motivos en la casación, pues si alguno de esos motivos son verificables (*iudicium rescindens*) nada justifica postergar un tratamiento para después de la sentencia quede firme.

- 14 Cf. De la Rúa, Fernando, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, n° 34, p. 126; hoy, nuevamente y más extenso, en *La casación penal*, De. Depalma, Buenos Aires, 1994, n° 18, ps. 69 y ss.; y Maier, Julio B.J., *La Ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, p. 282, S 337, p. 287 y S 351, p. 297 donde se halla la bibliografía alemana al respecto, toda coincidente en el principio enunciado.
- 15 Frente a la sentencia y a su presunción de acierto, no rige más aquí, en relación a la verificación de los motivos del recurso para rescindir del fallo, el *in dubio pro reo*. Antes bien, es el imputado recurrente, o aquél que recurre en su nombre, quien sabe tornar plausible el motivo: se trata de proporcionar un juicio de probabilidad suficiente acerca de que, precisamente por la realidad del motivo, la concesión de un nuevo juicio variaría la decisión, al menos el fallo de culpabilidad y punibilidad—excluida quizás la determinación concreta de la pena—, de modo favorable para el imputado. Ciertamente, ésta es tarea del recurrente. Cf. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, S 55, C, II, ps. 407 y s.: “serias dudas sobre la corrección de la sentencia en relación a los hechos determinados”. Por supuesto, el *in dubio pro reo* renace si el *iudicium rescindens* consigue su propósito, esto es, ya no en relación al motivo que precipita la duda sobre la corrección de la sentencia, sino al hecho, objeto material del procedimiento, razón por la cual él permanece en el fondo de la apreciación, como principio de referencia; por ej.: si se lograra demostrar que el juicio rescindió de una información esencial, un testimonio, conocido después del debate, o que uno de los testigos que determinan la condena cometió falso testimonio, enseguida se preguntará acerca de si la inclusión del elemento omitido o la exclusión del aceptado y decisivo para la solución pueden crear la hipótesis de la falta de certeza que habilita la absolución.
- 16 Cuando criticó la legislación alemana, que autoriza el recurso de revisión del ministerio público en disfavor del absuelto o condenado (*Rechtsstaatliches Denken und Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten*, en *Festschrift für Armin Kaufmann*, De. Karl Heymann, Köln—Berlin—Boon—München, 1989 ps. y ss.), no sospeché que los argumentos que esgrimía eran extensibles a cualquier recurso contra la sentencia. Repárese en que nuestra legislación procesal más moderna, a saber, los nuevos códigos del Córdoba y Tucumán, insisten con el sistema “bilateral” del recurso contra la sentencia y en que los autores que han tratado el tema del “derecho al recurso del condenado” afirman esta necesidad como reclamo de justicia (cf. Sagües, Néstor Pedro, *La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, La Ley, Buenos Aires, t. 1988, E, III, p. 160), no advierten el

principio, como cualquiera que emerja del Estado de Derecho, no depende, para su observancia y respeto, de argumentos formales relativos, por ejemplo, a la conclusión procesal del procedimiento o al momento en que la sentencia adquiere calidad de cosa juzgada; antes bien, es dependiente de argumentos materiales que cierren la puerta a un segundo intento estatal de lograr una condena determinada: cuando el Estado, por intermedio de sus órganos de persecución penal, condujo a una persona a soportar un juicio público sobre la imputación que le dirige frente al tribunal competente para juzgarla, ésa es la única oportunidad que tiene para lograr la autorización que permite someter a esa persona a una consecuencia jurídico-penal (el único título que justifica la aplicación de una

pena o de una medida de seguridad y corrección penal) y carece de otra oportunidad, que siempre implica una renovación de la persecución, un nuevo riesgo de condena. Precisamente, aquello que la prohibición de perseguir más de una vez significa, no se agota en impedir dos o más condenas contra una persona para un solo hecho punible, sino, además, se extiende a la necesidad de evitar que una persona sufra, por un mismo hecho punible, más de una persecución penal, más un riesgo de ser condenado¹⁷. El principio prefiere hasta la burla del transgresor, que, por ejemplo, confiesa públicamente su crimen con posterioridad a su absolución, que el riesgo de un ejercicio excesivo y arbitrario —para él— del poder penal estatal, en homenaje a la seguridad jurídica de las personas.



problema o dudan frente a él (Bidart Campos, Germán J., *La doble instancia en el proceso penal (La Convención sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*, El Derecho, Buenos Aires, t. 118, n° 7, p. 879).

17 Ricardo C. Núñez, *La garantía del "non bis in idem" en el CPP de Córdoba*, en "Revista de Derecho Procesal", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1946, SS 3 y 4, ps. 314 y ss.; Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de Derecho procesal penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960, t. n° 181, p. 248; de la Rúa, Fernando, *Non bis in idem*, en *Proceso y justicia*, De. Lerner, Buenos Aires, 1980, II, 3 ps. 309 y ss.; Maier, DPP., S 6, E., 1, II, ps. 371 y siguientes.

El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?

Fabrizio Guariglia.¹

I. Introducción.

La crítica a la capacidad del sistema penal tradicional para reaccionar frente a la así llamada "criminalidad organizada" se ha expandido notoriamente en los últimos tiempos. En efecto, ya no se trata de un reclamo en todo caso equilibrado por la existencia de un discurso alternativo, más moderado -y consciente, en definitiva, de sus propias limitaciones-, que operaba como muro de contención de estas aspiraciones, a menudo no exentas de irracionalidad, de "eficiencia absoluta", sino que se ha instalado firmemente -y a veces pareciera que hasta hegemónicamente- en la discusión político-criminal de fin de siglo. Los primeros frutos de este proceso ya están a la vista: nuevos tipos penales, elevación de las penas previstas en varios de los ya existentes, reformas al procedimiento penal con el fin de tornarlo "apto" como herramienta para la lucha contra nuevas formas de delincuencia cuya complejidad, se afirma, excedería su capacidad funcional actual.

Este trabajo pretende analizar, precisamente, uno de estos nuevos métodos adoptados por la reacción penal estatal: la introducción en el esquema clásico del procedimiento penal

del *agente encubierto*, es decir, del miembro de las fuerzas policiales que, ocultando su verdadera identidad, busca infiltrarse en organizaciones delictivas con el fin de recabar información, y su compatibilidad con los postulados básicos del derecho procesal penal en su formulación europeo-continental. Para ello, se tratará fundamentalmente la regulación de dicha actividad policial en la ley procesal penal alemana (*Strafprozeßordnung-StPO*), y la discusión dogmática en torno a ella (II). Seguidamente, se analizará, en forma más breve, la reciente recepción del agente encubierto en la legislación argentina (III), para finalmente intentar algunas conclusiones (IV).

II. La regulación en la StPO.

La "Ley para el combate del tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada" (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität-OrKG*)² -y las correspondientes modificaciones que ella ha producido en la StPO- ha introducido la figura del *agente encubierto* (*Verdeckter Ermittler*), y, por primera vez, ha regulado expresamente los presupuestos de su utilización y los límites a los

¹ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Buenos Aires.

² 15.7.1992.

que su actividad se halla sujeta. De este modo, una práctica policial habitual, convalidada jurisprudencialmente, aunque sin fundamento consistente³, encuentra ahora apoyo normativo explícito.

Es posible afirmar que la reforma a la StPO ha arrojado un poco de luz en un panorama sumamente difuso, cuya imprecisión se extendía, incluso, a los conceptos utilizados⁴. A la poca claridad reinante en el tema han contribuido, sin duda, los erráticos intentos por justificar la utilización de estos métodos de investigación a pesar de la ausencia de toda norma potestativa correspondiente en la legislación procesal penal. Ejemplo claro de esto último es la tendencia de la jurisprudencia alemana a admitir dentro del procedimiento penal las prácticas policiales de provocación (Lockspitzelpraxis) mediante una aplicación desmesurada del § 34 StGB (artículo del Código Penal alemán regulatorio del estado de necesidad justificante)⁵, utilizado aquí como norma de autorización en el procedimiento penal⁶.

La reforma, sin embargo, presenta al mismo tiempo una serie de problemas dogmáticos todavía pendientes de una respuesta. En las siguientes páginas se intentará una descripción de la regulación prevista en los §§ 110a y ss., StPO, y de la discusión en torno a ellos, profundizando el análisis en ciertos puntos particularmente críticos, en donde las nuevas reglas chocan con postulados básicos de la StPO, e, incluso, con principios consagrados en la Ley Fundamental alemana.

II.1. El § 110a StPO.

a) El § 110a II define a los agentes encubiertos (AE) como "miembros del servicio policial que indagan bajo una identidad alterada (*Legende*, "leyenda"), otorgada por un período limitado de tiempo". Quedan excluidos de este círculo, por consiguiente, miembros de la policía que se hayan infiltrado sólo como producto de la ocasión (es decir, sin "leyenda"), al igual que los así llamados "Hombres-V" (*V-Leute*)⁷.

3 Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2da. ed., De Gruyter, Berlin/New York, 1991, p. 685, nota 20.

4 Los términos habitualmente empleados en la discusión sobre el problema "Lockspitzel", "V-Männer", "Verdeckter Ermittler", "V-Leute", "agent provocateur", son a menudo confundidos entre sí, como si todos designaran al mismo objeto. Sólo recientemente se ha establecido una diferenciación terminológica relativamente clara. Cf. Lüderssen, Klaus, Prólogo a V-Leute. *Die Falle im Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1985; Weßlau, Edda, *Vorfelddermittlungen. Probleme der Legalisierung "vorbeugender Verbrechensbekämpfung" aus strafprozessrechtlicher Sicht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 86 y ss.

5 Ya en forma expresa, ya implícitamente, recurriendo a la ponderación de valores, inherente a dicha causa de justificación, para sustentar la actividad policial.

6 Dencker, Friedrich, *Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung*. En V-Leute cit., p. 247. La solución intentada (también para la fundamentación de la actuación de los agentes encubiertos) confunde los planos en los que actúan, respectivamente, las normas de deber (como lo son las normas penales, sean mandatos u omisiones), las normas de permiso (causas de justificación) y las normas potestativas (las reglas de procedimiento). El § 34 StGB sólo puede tener relevancia en cuanto a la determinación de la antijuridicidad de la conducta individual del agente policial que durante su actuación "encubierta" comete un hecho típico. Nada dice -ni puede decir- en cuanto a la admisibilidad procesal de su actuación, tarea privativa de las normas de procedimiento. Cf. Maier, Julio, *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 114 y ss.; 129 y ss. Es claro que la relación inversa conduce a otro resultado: la norma procesal que autoriza, por ejemplo, un ataque directo en la esfera de derechos de los ciudadanos, opera como norma de permiso (causa de justificación), y, por consiguiente, neutraliza la eventual infracción a una norma de deber descrita en el tipo penal.

No han sido pocas las críticas a este abrupto traslado al campo del procedimiento penal de normas de derecho penal material -dirigidas fundamentalmente a los ciudadanos- con el único fin de fundamentar un ataque estatal al ámbito de las garantías individuales. Cf. por todos, Amelung, Knut, *Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?*. En "Neue Juristische Wochenschrift" (NJW), 1977, Nr. 19, C.H. Beck, München/Frankfurt a.M., 1977, p. 833 y ss., añadiendo una dimensión política a la crítica: la determinación de normas autorizando injerencias estatales en la esfera de derechos de los individuos es una cuestión política trascendental que, en un Estado de derecho, sólo puede ser decidida por el legislador (p. 835); tb. Amelung, Knut/Schall, Hero, *Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis*. En "JuS", 1975, Nr. 9, C.H. Beck, München/Frankfurt a.M., 1975, p. 565 y ss.; ; el mismo, *Nochmals: § 34 StGB als öffentlich-rechtlicher Eingriffsnorm?*. En "NJW", 1978, Nr. 13, p. 623 y s.

7 Kleinknecht, Theodor/Meyer-Goßner, Lutz, *Strafprozeßordnung*, 41a. edición, C.H. Beck, München, 1994, p. 386, n° 4. Por "Hombres-V" se comprende aquellos particulares que colaboran habitualmente con la policía, y son utilizados por ella para sus

Esto último, advierte la literatura, tiene gran importancia, ya que los órganos encargados de la persecución penal no deben intentar evitar las limitaciones a las que se encuentra sujeto el agente encubierto mediante la utilización de Hombres-V o "informantes", los cuales no son, en principio, miembros de la policía⁸. La consecuencia inmediata de ello sería la imposibilidad de valorar judicialmente la información recogida mediante la utilización -no amparada por el § 110a- de estas prácticas, cuando el caso se subsuma en alguno de los supuestos establecidos en el catálogo de delitos previsto en la norma (ver infra (c)). Ello, sin embargo, es objeto de discusión: se ha argumentado que la prohibición de valoración probatoria se encuentra limitada al caso en que personas no legitimadas por el § 110a ingresen en alguna vivienda privada, ya que ellas tampoco pueden ampararse en la autorización comprendida en el § 110c (ingreso domiciliario, en principio, sólo bajo aquiescencia del juez del procedimiento preparatorio)⁹. En contra de esta última postura, se puede afirmar que ella pasa por alto el hecho de que las nuevas normas autorizan una incursión secreta y directa en la esfera íntima del ciudadano bajo sospecha, la cual puede asumir múltiples formas (entre ellas -y sin duda, de gran importancia-, la del ingreso en el domicilio particular); con tal fin estas normas regulan una serie de requisitos, entre los cuales se encuentra la exigencia de que la

persona que realice dicha actividad sea miembro regular de la policía, y, por ello, se vea limitado por ciertos principios básicos inherentes a su función. Esto último no sucede, como resulta obvio, en el caso de los Hombres-V¹⁰, a pesar de su íntima vinculación con las fuerzas policiales.

Se debe remarcar, de todos modos, que la tesis que considera a los Hombres-V como "simples testigos", y, por consiguiente, propugna como única regulación de su actividad a las reglas procesales destinadas a la prueba testimonial -implícita en la decisión del legislador alemán de ignorar el problema¹¹- resulta también criticable: a partir de ella, lo único que las fuerzas policiales deben hacer para sortear exitosamente los "obstáculos" previstos en la ley procesal es utilizar a particulares; la información recogida por estos mediante métodos inadmisibles para los órganos de la persecución penal (ingresos domiciliarios irregulares, interrogatorios "informales", etc.) será plenamente aprovechable en el procedimiento. Ello conduce, en definitiva, a la *relegitimación* de la actividad estatal contraria a las normas que regulan el procedimiento penal¹², incompatible con la máxima del "proceso justo" (fairen Verfahren, Due Process), postulado fundamental de todas las legislaciones procesales modernas, y garantía universalmente reconocida en todos los pactos internacionales en materia de derechos humanos. Si bien es indu-

tareas de investigación; los "informantes", por el contrario, son sólo colaboradores ocasionales, que, por lo general, intervienen cuando han tenido noticia de la comisión de un delito.

8 Cf. Nack, Armin. En *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, C.H. Beck, München, 1993, p. 421, n° 6. La afirmación de que los Hombres-V no integran las fuerzas policiales puede, y debe ser relativizada, ya que su actuación es guiada y controlada por la policía, y sirve directamente a sus tareas (Weßlau, p. 88). Por ello, no resulta admisible considerar a dicha actividad como "privada", y por ende, libre de todas las limitaciones que el Estado de derecho le impone a la persecución penal.

9 Kleinknecht/Meyer, p. 386, n° 4.

10 Cf. Hilger, Hans, *Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG*. En "Neue Zeitschrift für Strafrecht" (NStZ), 1993, Nr. 11, C.H. Beck, München/Frankfurt a.M., 1993, p. 523, nota 129.

11 Velten, Petra, *Befugnisse der Ermittlungsbehörden zu Information und Geheimhaltung. Zur Kontrolle daraus resultierendes Macht*, Tesis doctoral (en prensa), p. 53; elípticamente, Hilger, p. 523 nota 129.

12 Ejemplo claro de esto último es la decisión del BGH del 21.7.94, en "Strafverteidiger" (StV), 1994, Nr. 11, Luchterhand, Neuwied, 1994, p. 521 y ss., en la que se limita la aplicación de la prohibición de incorporar al debate oral el testimonio de la persona que haya escuchado la declaración (Verhörsperson) en el caso previsto por el § 252, StPO (inadmisibilidad de la introducción por lectura en el debate de la declaración testimonial prestada durante el procedimiento preparatorio si el testigo utiliza en dicho estadio procesal, por primera vez, su derecho a no declarar), exclusivamente al círculo de los funcionarios de la persecución penal, admitiendo, por consiguiente, el testimonio de Hombres-V cuando el testigo haga uso de su derecho a rechazar el testimonio.

dable que las reglas del procedimiento penal, en general, y, dentro de ellas, las normas que establecen los métodos admisibles de recolección de prueba, tienen como destinatarios a los “órganos estatales de la justicia penal”¹³, y no abarcan, por consiguiente, a los particulares, es también claro, como ya se ha indicado¹⁴, que en el caso de actividad investigatoria dirigida por el Estado, dichas reglas son de absoluta aplicación, ya que ella es, precisamente, su objeto de regulación, por más que el Estado se sirva de particulares para llevarla a cabo.

b) Siempre que ello resulte necesario para la construcción y mantenimiento de la identidad falsa (Legende), se admite la confección, modificación y utilización de los documentos respectivos (§ 110a III). De este modo, queda contestada la pregunta¹⁵ sobre la punibilidad, conforme al § 348 StGB (falsa autenticación o certificación de documentos en la Administración pública), o eventual justificación de dichas acciones¹⁶. La norma no detalla los documentos comprendidos; la literatura circunscribe el concepto a los documentos habitualmente utilizados para la certificación de identidad (identificación personal, pasaporte, licencia para conducir, etc.), y excluye expresamente la posibilidad de alterar libros públicos y registros¹⁷.

c) El § 110a establece, como presupuesto necesario para la intervención de un AE, un catálogo de delitos. La ley se ha apartado del proyecto originario, que establecía un nu-

merus clausus de delitos, para incorporar, como números 3 y 4, cláusulas generales que posibilitan la ampliación de su aplicación a otros ilícitos¹⁸. Según el texto definitivo del § 110a la actuación de un AE es admisible en los siguientes supuestos: a) cuando alguno de los hechos punibles enumerados en los Nros. 1 a 4, “de considerable significado”, haya sido cometido, o exista sospecha de su comisión; b) para el esclarecimiento de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima de 1 año, o superior (Verbrechen), siempre que sobre la base de hechos determinados exista el peligro de reiteración. Para ambos supuestos rige la condición de que el esclarecimiento por otra vía aparezca como imposible o sumamente dificultoso (*cláusula de subsidiariedad*, idéntica a la prevista en el § 100a StPO -intervención de las comunicaciones a distancia); c) para el esclarecimiento de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima de 1 año, o superior, *sin peligro de reiteración*, “cuando el especial significado del hecho exija la intervención y otras medidas resultarían inútiles”¹⁹ (segunda *cláusula de subsidiariedad*).

Los hechos punibles descritos en los Nros. 1 y 2 son aquellos cometidos “en el ámbito del tráfico de estupefacientes y de armas, de la falsificación de dinero o valores” (Nr. 1), y “en el ámbito de la protección del Estado” (remisión a los §§ 74a, 120 de la Ley de Organización de los Tribunales). Los Nros. 3 y 4, como ya se dijo, no se refieren a tipos penales concretos,

13 Dencker, Über Heimlichkeit, *Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren*. En “StV”, 1994, Nr. 12, p. 671.

14 Nota 8.

15 Dencker, *Zur Zulässigkeit...*, p. 238, nota 3.

16 Nack, p. 421, n° 7.

17 Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 387, n° 8; Nack, p. 421, n° 7.

18 El ya mencionado fallo del BGH (nota 12) permite desde el inicio entrever una gran generosidad en la aplicación de la norma. En efecto, el tribunal ha utilizado, para la fundamentación de su decisión, no sólo distintos precedentes en los que se ha admitido la utilización de Hombres-V o “Kontaktpersonen” para casos de “criminalidad especialmente peligrosa y difícil de esclarecer”, sino que también ha echado mano a la nueva OrgKG, al afirmar que “...el legislador, a través de las nuevas reglas para la intervención de un agente encubierto, ha expresado que él considera al enmascaramiento, necesariamente unido a investigaciones encubiertas, justificado en el interés del esclarecimiento de graves delitos”, todo ello en un caso típico y ordinario de homicidio, completamente desvinculado de la “criminalidad organizada”. Semejante amplitud debe ser confrontada con la sumamente restringida aplicación del § 252 StPO adoptada en la misma decisión por el BGH.

19 Nack, p. 422.

sino que abarcan *modalidades de ejecución*: así, permiten la utilización de agentes encubiertos aquellos hechos cometidos “en forma profesional o habitual” (Nr. 3), o, “por el miembro de una banda o grupo de otro modo organizado” (Nr. 4). Según la jurisprudencia del BGH, actúa en forma *profesional* quien desea procurarse a través de una actividad reiterada una continua fuente de ingresos, de cierta duración temporal y cierta cantidad; en forma habitual, quien a través de una inclinación adquirida con el ejercicio, tal vez incluso inconsciente, se dedica a la comisión reiterada de delitos²⁰. En cuanto al concepto de banda (Nr. 4) basta para su conformación “que dos personas se hayan unido para la comisión reiterada de delitos”²¹. Más problemático es determinar a qué se refiere la norma con la fórmula “o grupo de otro modo organizado”. En principio, y teniendo en cuenta los mismos fines de la ley que introdujo en la StPO el § 110a (lucha contra la criminalidad organizada), es plausible la interpretación que sostiene que dicho elemento implica la formación de una determinada estructura con cierta vocación de permanencia en el tiempo, consolidada aun independientemente de la pertenencia de algunos de sus integrantes²², aunque con ello, en verdad, tampoco se ha avanzado mucho. La vaguedad de la fórmula permite múltiples interpretaciones posibles. Sin embargo es posible afirmar, en favor de dicha tesis, que el concepto de *banda* comprende ya el *mínimo* de posibilidades de aplicación de la regla. En consecuencia, la fórmula “...grupo de otro modo organizado...” debería dirigirse a un grupo de casos que

vayan *más allá* de aquel concepto. Quedarían excluidos, por lo tanto, los meros casos de coautoría y participación que no puedan ser subsumidos ni en el concepto de “banda”, ni en la fórmula mencionada. Ello tiene consecuencias importantes, ya que si ab initio existen suficientes elementos para inferir, en un caso concreto, que no se trata ni de una banda, ni de otro tipo de organización, entonces la introducción del AE pierde todo apoyo en el § 110a Nr. 4 StPO.

Otro punto a dilucidar es a qué se refiere el legislador con el concepto “hechos punibles de considerable significado” (referido al primer grupo de casos que autorizan la intervención de un agente encubierto)²³. La escasa literatura que se ha ocupado del tema no consigue establecer una frontera clara: se ha recurrido a la múltiples veces empleada fórmula “criminalidad particularmente peligrosa”²⁴, o se ha sostenido que el concepto abarca aquellos hechos punibles “que afectan sensiblemente la paz jurídica, o que son idóneos para perjudicar considerablemente el sentimiento de seguridad jurídica de la población”, para luego concluir que el hecho que de lugar a la actuación de un AE “debe ser, por lo tanto, un delito que al menos se incluya en la criminalidad media”²⁵. Existe acuerdo sobre la necesidad de respetar el *principio de proporcionalidad* en la aplicación del concepto a cada caso particular²⁶.

Ultimo presupuesto necesario para la intervención del AE, según el § 110a, es la existencia de la *sospecha de un comienzo de ejecución* del delito (Anfangsverdacht). No es

20 BGH, “NSTZ”, 1992, p. 86; BGHSt, 15, 377, entre otros.

21 BGH, fallo del 9.7.1991, en “NSTZ”, 1991, p. 535.

22 Nack, p. 423.

23 La norma también habla, en el caso de delitos castigados con pena mínima de un año, de “especial significado del hecho”. No existe, sin embargo, elemento alguno que permita establecer una diferencia entre ambos conceptos, por lo que deben ser tratados de idéntica manera. también utilizan fórmulas similares -sin precisar su contenido- los §§ 24 I Nr. 3 (competencia del *Amtsgericht*-tribunal de distrito) y 74 I Nr. 2 (competencia del *Landgericht*-tribunal de provincia) de la Ley de Organización de los Tribunales (GVG).

24 Nack, p. 423, n° 16.

25 Hilger, p. 462 nota 94.

26 Hilger, p. 462; Nack, p. 423 n° 16.

posible, en consecuencia, la intervención en el campo previo a dicha sospecha²⁷.

d) La introducción de un AE mediante la vulneración de los presupuestos establecidos en el § 110a conduce, en principio, a una *prohibición de valoración* (*Verwertungsverbot*) de los conocimientos adquiridos por su actividad. Este es el caso, por ejemplo, si ya al momento de decidir la intervención existían suficientes indicios que demostraran que no se estaba frente a un hecho de los incluidos en el catálogo de la norma, o cuando la cláusula de subsidiariedad ha sido ignorada²⁸. El alcance de la prohibición de valoración, sin embargo, es poco claro. Al remitir a las reglas referidas a las intervenciones telefónicas (§ 100a StPO), Kleinknecht y Meyer-Goßner parecen rechazar la vigencia general de un *efecto extensivo* (*Fernwirkung*)²⁹, que excluya también aquellos elementos probatorios adquiridos en forma mediata, a través de la aplicación analógica de la jurisprudencia del BGH en la materia. Ella limita la posibilidad del *efecto extensivo* al caso en que las declaraciones de testigos e imputado se originen en forma inmediata en la utilización durante el interrogatorio del acta (no admisible) de la intervención telefónica, pero no a las declaraciones en sí mismas, no obstante ellas hayan sido el producto -mediato- de una injerencia estatal irregular³⁰. Es claro, sin embargo, que ya las mismas diferencias prácticas entre ambos supuestos (en el caso del agente encubierto la información no es protocolizada, y *no existe*, por lo tanto, acta alguna) no permiten que ambos sean tratados de manera idéntica.

El problema, en verdad, no es más que una manifestación concreta de la discusión dogmática alemana en torno a la extensión de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Aquí sólo se señalará que si se admite como correlato de la ignorancia o vulneración de los presupuestos de la intervención de un AE una prohibición de valoración probatoria -mínima garantía del ciudadano, en definitiva, frente a ataques desproporcionados o injustificados a su esfera privada-, resulta al menos contradictorio negar el efecto extensivo de dicha prohibición, si es que no se desea reducir enormemente su función protectora. Por lo tanto, la prohibición debería abarcar también a aquellos elementos probatorios mediatos que tengan su origen en la intervención irregular³¹.

II.2. Desarrollo de la intervención.

Según el § 110b, la intervención es admisible si cuenta primero con el *consentimiento* de la fiscalía. Las facultades del ministerio público son, sin embargo, limitadas: sólo puede consentir o rechazar la intervención, pero no se encuentra autorizado para ordenarla en contra de la voluntad de la policía³². Ello ha llevado a afirmar que el dominio del proceso de intervención de un AE se encuentra fundamentalmente en manos de la policía³³, ya que es ella, en definitiva, la principal portadora de la iniciativa. En caso de "peligro en la demora", y siempre que la decisión del ministerio público no pueda ser obtenida a tiempo, la policía se encuentra autorizada a ordenar la interven-

27 Hilger, p. 523, nota 135; Nack, p. 422, n° 10.

28 Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 358, n° 21.

29 p. 358 n° 23.

30 Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, C.H. Beck, 23a. ed., München, 1994, p. 164, n° 42.

31 Sobre la discusión en torno al efecto extensivo, cf. Dencker, Friedrich, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1977, p. 76 y ss.; se debe aclarar que lo que se discute aquí es la existencia misma del efecto extensivo, y no su alcance, o sus excepciones, como sucede con aquellas tesis que procuran restringir el efecto extensivo de la prohibición de valoración mediante la utilización de criterios de causalidad hipotéticos (la llamada doctrina del "descubrimiento inevitable" adoptada por la Corte Suprema federal de los EEUU a partir de *Nix v. Williams*, 1984).

32 Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 389 n° 1; Nack, p. 424, n° 1.

33 Velten, p. 56.

ción³⁴. El ministerio público debe, sin embargo, prestar su conformidad dentro de los 3 días, y en caso de que ello no suceda, la actividad investigativa debe cesar, aunque puede ser nuevamente ordenada más adelante. El plazo comienza a correr a partir de la decisión³⁵. La pregunta surge automáticamente: ¿qué sucede con los conocimientos adquiridos durante la intervención en el caso de que el ministerio público no la convalide dentro del plazo correspondiente? Nack se manifiesta a favor de su aprovechabilidad, ya que “la policía hasta ese momento era competente para la decisión”³⁶. Ello, sin embargo, requiere de algunas precisiones: si la determinación del ministerio público se basa en meras consideraciones de oportunidad, pero no discrepa con la modalidad de la intervención, la tesis es plausible. Sin embargo, si el rechazo se apoya en que los presupuestos del § 110a han sido ignorados por la policía al momento de ordenar la intervención, entonces dichos conocimientos no pueden ser valorados en un procedimiento penal, por aplicación de las reglas generales. Si, por otro lado, la conformidad del ministerio público ha sido irregular, ello debe conducir también a una prohibición de valoración probatoria³⁷.

El control judicial *ex ante* sobre la intervención se reduce a los supuestos en que ella se dirija “contra un imputado determinado”, o cuando se pretenda el ingreso del agente encubierto en una vivienda “que no sea accesible a la generalidad”

(§110b II, Ns. 1 y 2). En cada uno de estos supuestos se requiere de autorizaciones individuales. En el primer caso, es condición necesaria que el imputado sea, al menos, “identificable”³⁸. Fuera de estos casos, el control jurisdiccional se limita a su actividad “normal” de contralor durante el curso del procedimiento penal³⁹, es decir, a un control *ex post*. Queda abierta la pregunta acerca de si con este régimen se satisface la exigencia de “control judicial efectivo” formulada por la dogmática⁴⁰.

II.3. Actividades permitidas.

Hasta aquí se han analizado brevemente los presupuestos establecidos por el § 110a, StPO para la intervención de un AE. Debemos ocuparnos ahora de las distintas actividades que éste se encuentra facultado a desarrollar durante su función.

a) Durante su actividad, puede tomar parte en el tráfico jurídico bajo su falsa identidad (§ 110a, 2), es decir, realizar todo tipo de actos jurídicos, demandar y ser demandado en juicio, fundar sociedades, etc.⁴¹, ya sea en relación a su misión, ya en forma individual. Puede, también, como ya hemos dicho, ingresar a viviendas particulares bajo ciertos presupuestos (§ 110b). Para ello se exige, además de la conformidad del juez⁴², el consentimiento del afectado (§ 110c). Este, sin embargo, no se debe encontrar viciado por engaño alguno que so-

34 Hilger, p. 524.

35 Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 389, n° 1.

36 p. 424, n° 2.

37 Nack, p. 424 n° 2; Hilger, p. 457 nota 67. Se ha sostenido que el eventual *error* sobre el peligro en la demora, o sobre el hecho de que la decisión de la fiscalía no pudiera ser obtenida a tiempo, permite el aprovechamiento de los conocimientos adquiridos (Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 391, n° 11). Ello significa, nuevamente, la inclusión de elementos ajenos al ámbito en el que operan las reglas de prueba: el eventual error sólo puede tener algún significado en cuanto a la punibilidad del AE que creía obrar “regularmente”, si es que su acción se subsume en algún tipo penal; en nada puede modificar el hecho de que su actuación *fue realmente irregular*, y, por lo tanto, inadmisibles desde el punto de vista procesal.

38 Nack, p. 425 n° 5; Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 389 n° 3; Hilger, p. 524 nota 148.

39 Por ej., será tarea del juez determinar si la conformidad de la fiscalía fue regular, según el § 110b (Nack, p. 424 n° 2).

40 Dencker, *Zur Zulässigkeit...*, p. 251 y nota 76.

41 Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 387 n° 7; Nack, p. 421 n° 8, quien señala el eventual conflicto que esta potestad del AE puede acarrear con relación a terceros de buena fe que resulten perjudicados.

42 Aquí se admite nuevamente la intervención sin orden alguna: en el caso de peligro en la demora, basta la conformidad de la fiscalía; si ella no puede ser obtenida a tiempo, se debe seguir adelante. La intervención del AE debe cesar, sin embargo, cuando el juez no presta su conformidad dentro de los tres días.

brepase el mero uso de la "leyenda", y el consecuente ocultamiento de la verdadera identidad (y actividad). Con ello se quiere decir que el agente encubierto no debe utilizar otros medios para ocultar su identidad, y favorecer su ingreso en el domicilio, como, por ejemplo, hacerse pasar por empleado de la administración de la casa de departamentos⁴³.

La compatibilidad de dicha norma con el Art. 13 de la Ley Fundamental alemana (Grundgesetz-GG) ha sido puesta en tela de juicio⁴⁴. La crítica parte de considerar al Art. 13 como una fuente de protección de la "integridad espacial de la vivienda como manifestación de la esfera privada"⁴⁵, excluyendo incursiones irregulares o arbitrarias del Estado. El engaño subyacente al mismo uso de la identidad falsa, mediante el cual el ciudadano desconoce que, en definitiva, le está permitiendo la entrada al Estado a su propia morada, impide, según este razonamiento, que este particular "consentimiento" pueda tener algún efecto en cuanto a la vulneración del Art. 13 GG: "dado que el Art. 13 GG fundamenta en primera línea un derecho de exclusión contra el Estado, protege al ciudadano sobre todo contra la indagación estatal de su vivienda, un ataque en el ámbito de protección del Art. 13 GG sólo puede ser excluido cuando el ciudadano desea permitirle al Estado el ingreso en su vivienda"⁴⁶. La crítica señala, además, la necesidad de dividir claramente el tratamiento del problema en el

plano del derecho penal material (la eventual infracción al § 123 StGB -violación de domicilio), y en el de la admisibilidad del ataque al Art. 13 GG: mientras que el consentimiento del afectado, aun viciado por el uso de la "leyenda", puede tener efecto para excluir la aplicación del § 123 StGB⁴⁷, ello resultaría indiferente en relación al ataque al derecho fundamental consagrado en el Art. 13 GG. La norma constitucional no admitiría, por otro lado, más limitaciones que las previstas en los apartados II (registro, en principio sólo realizable por el juez) y III, (posibilidad de restricción del derecho para evitar un peligro común o para la vida humana, o con otros fines preventivos), ninguna de las cuales puede abarcar el caso del § 110c: en el primer supuesto, porque la actividad del agente encubierto no podría ser considerada como "registro", dado su carácter subrepticio⁴⁸; en el segundo, porque un derecho fundamental con una "reserva legislativa calificada", como lo es el art. 13 GG, no toleraría una limitación complementaria mediante la apelación a un (no escrito) límite de un "derecho constitucional en pugna", como sería el caso frente a una eventual invocación a la "capacidad funcional de la administración de justicia penal" (Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege) como valor concurrente, y también de rango constitucional⁴⁹. Por otro lado, las limitaciones previstas en el Art. 13 III GG tienen todas carácter *preventivo*, y no podrían,

43 Hilger, p. 525 nota 161.

44 Frister, Helmut, Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG, en "StV", 1993, Nr. 3, p. 151 y ss.

45 Frister, p. 152.

46 Frister, p. 153.

47 El consentimiento, para excluir al tipo penal, sólo debe encontrarse "libre de coacción", por lo que aun un consentimiento "obtenido por medio de engaño", pero voluntario, conduce al mismo resultado. Cf. Wessels, Johannes, Strafrecht. Besonderer Teil/1, 18a. edición, C.F. Müller juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, p. 117 y s., n° 578 (destacado en el original).

48 Esta actividad del AE se revela sólo cuando, según el § 110d, se les informa de la intervención a los titulares de la vivienda a la que el AE ha ingresado, siempre que "ello pueda realizarse sin peligro para los fines de la investigación, para la seguridad pública, para la vida o integridad de una persona o para la posibilidad de ulteriores empleos del agente encubierto" (es decir, ex post). Todo ello lleva a Frister a concluir que, en verdad, "las injerencias encubiertas en la inviolabilidad del domicilio tienen en su totalidad un efecto de inseguridad mucho más fuerte que las injerencias abiertas, ya que el particular -cuando tienen lugar las injerencias encubiertas- nunca llega a saber si su vivienda no ha sido, ya desde hace tiempo, objeto de la investigación estatal". No es admisible, por ello, una argumentación a maiore ad minus para fundamentar la autorización del § 110c (p. 154).

49 Valor que el BverfGE (Tribunal Constitucional federal) infiere, desde hace tiempo, del principio del Estado de derecho (E 33, 367, 383).

por lo tanto, ser aptas para fundamentar una actividad represiva como es la del AE.

b) Particularmente complejo es el problema en torno a las “*conversaciones similares a un interrogatorio*”⁵⁰ que lleve a cabo el agente encubierto durante su actuación, sobre todo con el imputado, y su eventual colisión con los §§ 136 y 136a StPO⁵¹. Quienes se han ocupado del tema coinciden en que -como resulta autoevidente-, el AE se encuentra en principio liberado del deber de advertencia consagrado en el § 136⁵². Se ha sostenido, de todos modos -casi ingenuamente-, que el agente encubierto debe observar el principio “*nemo tenetur se ipsum accusare*” en las conversaciones que realice⁵³. Se señala también, sin más, que él debe durante su actividad atender al § 136a, StPO⁵⁴, aunque sin analizar, precisamente, la compatibilidad de dicha norma con la posibilidad misma de que el AE lleve a cabo interrogatorios.

La principal pregunta a responder se refiere a la aprovechabilidad de los conocimientos adquiridos por el AE mediante un “diálogo similar a un interrogatorio”, llevado a cabo sin la previa advertencia prescrita por el § 136 párr. 1, StPO. Una opinión se inclina por la *plena aprovechabilidad* de dicha información, apoyándose exclusivamente en el hecho de que el AE se encuentra liberado del deber de advertencia⁵⁵. La tesis contraria propugna la aplicación de una *prohibición de valoración probatoria*⁵⁶. Según este razonamiento, si se

desprendieran de la omisión de la advertencia, en el caso de investigaciones encubiertas, consecuencias distintas a las establecidas en el caso de “indagaciones en descubierto”, entonces el interés del imputado a un procedimiento en su contra acorde con el Estado de derecho, en el que no tiene que actuar como testigo contra sí mismo⁵⁷, se vería vulnerado: “el debido proceso quedaría por debajo de la investigación encubierta”. Para reafirmar la concurrencia de una prohibición de valoración probatoria se sostiene, a su vez, que si el legislador hubiera deseado una modificación de dichas reglas, sería de esperar que él la hubiera regulado expresamente⁵⁸.

Cualquier tesis que pretenda dilucidar el problema tiene que comprender, necesariamente, una toma de posición determinada no sólo en relación al significado y alcance de los §§ 136 y 136a StPO en el procedimiento penal, sino también en cuanto al *rango* de dichas normas. Para decirlo más claramente: si se considera, en el caso que se discute aquí, que el § 136 StPO es una norma de carácter ordinario, entonces su eventual colisión con las normas que regulan la actividad del AE es sólo un problema de *conurrencia de normas*, y, como tal, solucionable a través de los principios *lex posterioris* y *lex specialis*, y nada modifica, en este sentido, el hecho de que el legislador no haya regulado expresamente semejante excepción al campo de aplicación del § 136⁵⁹. Esta argumentación, sin embargo, contradiría no

50 Nack, p. 427 n° 7.

51 La primera de dichas normas regula el primer interrogatorio del imputado, y prescribe, entre otras cosas, la advertencia de su derecho a no declarar, y de consultar a un defensor antes de la declaración (Belehrung); la segunda se refiere a los métodos prohibidos de interrogatorio, proscribiendo la coacción física y psíquica sobre el imputado, al igual que el engaño.

52 Así, Nack, p. 427 n° 7; Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 392 n° 2.

53 Hilger, p. 525 nota 162.

54 Hilger, p. 525 nota 162; Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 392 n° 2.

55 Kleinknecht/Meyer-Goßner, loc. cit. Esta tesis ya ha sido adoptada por el BGH (fallo del 21.7.1994 cit. nota 12).

56 Nack, p. 427 n° 8.

57 BGHSt, 25, 225, 331.

58 Este mismo argumento, inversamente formulado, utiliza el BGH para negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria a partir del § 252 StPO, extensiva a la declaración de Hombres-V en el debate oral: “si el legislador hubiera deseado introducir una nueva prohibición de valoración probatoria más allá del § 252...sería de esperar, en vista de las nuevas reglas en la materia en la OrKG del 15.7.1992, y atendiendo al carácter excepcional de las prohibiciones de valoración probatoria, que la hubiera regulado expresamente” (fallo del 21.7.94 cit. nota 12).

59 Esta parece ser la posición de Kleinknecht/Meyer-Goßner, aunque ello no se admita expresamente; como se puede apreciar, la

sólo la opinión dominante de la dogmática⁶⁰, sino también la última jurisprudencia del BGH al respecto -producto de la crítica sostenida de la doctrina⁶¹-, según la cual el deber de advertencia se vincula directamente al principio de que nadie se encuentra obligado en el procedimiento penal a declarar contra sí mismo (Schweigerecht)⁶², principio que el tribunal deduce de la dignidad humana, del derecho a la personalidad, y de la máxima del debido proceso. Si se considera al “nemo tenetur” como un principio rector del procedimiento penal, que limita el marco de actuación de los órganos encargados de la persecución penal -fundado en premisas constitucionales y en el respeto a disposiciones internacionales en materia de derechos humanos-, entonces el eventual desplazamiento parcial implícito del § 136 StPO por las reglas referidas al agente encubierto no puede ser sostenido, ya que es precisamente esta norma la que regula la aplicación práctica de la máxima, reforzada, a su vez, por el § 136a (métodos prohibidos para el interrogatorio)⁶³.

Una segunda argumentación posible sería sostener que aquellas “conversaciones” que el AE lleve a cabo con el imputado (o con testigos), no constituyen “interrogatorio”, y, por lo tanto, no les son aplicables las disposiciones del § 136. El BGH⁶⁴ ha dejado la puerta abierta para ello, al limitar el ámbito de aplicación del § 136, excluyendo de él los, así llama-

dos, “cuestionarios informales” llevados a cabo por la policía, tesis que entraña el grave peligro de que, con el fin de evitar la prohibición de valoración, “se intente expandir el ámbito de los cuestionarios informales aún más allá que hasta el presente, a costa del interrogatorio”⁶⁵. Esta ha sido, de algún modo, la solución adoptada por la Corte Suprema de los EEUU para negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria en el caso de declaraciones frente a un “undercover agent”, obviamente sin la previa advertencia (Warning) exigida por la Corte a partir del ya célebre fallo *Miranda v. Arizona*⁶⁶ con el fin de garantizar la vigencia del principio “nemo tenetur...” consagrado en la V Enmienda (privilege against self-incrimination): según la Corte, “Miranda...” sólo es de aplicación al caso de “custodial interrogation”, lo que significa un interrogatorio llevado a cabo por oficiales de la policía sobre una persona que ha sido detenida o privada de su libertad de acción de un modo significativo⁶⁷. Sobre esta base, la Corte rechazó la aplicación de la regla de exclusión probatoria en un caso en el cual el imputado, detenido, le confiesa y describe a su compañero de celda (en verdad, un AE) el homicidio que había cometido⁶⁸. Según la Corte, el fundamento de la exigencia de advertencia previa establecida en “Miranda...” radica en que el imputado se sentirá compelido a hablar si se encuentra

solución propuesta no dista demasiado de la tesis que consideraba al § 136 como una mera “disposición de orden” (Ordnungsvorschrift), cuya vulneración no podía conducir a una prohibición de valoración (BGHSt 22, 170).

60 Cf. por todos Roxin, p. 161 n° 33 y ss.

61 Struensee, Eberhard, La prueba prohibida, en “Justicia Penal y Sociedad”, N° 3/4, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Guatemala, 1993, p. 115.

62 BGHSt, 38, 220. La máxima, como el mismo tribunal advierte, se encuentra positivizada en el Art. 14 inc. 3g del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos del 19.12.1966. También el “Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal” (“Reglas de Mallorca”) hace suyo el principio en su regla 8a. (1).

63 Sobre la relación entre el principio “nemo tenetur” y los §§ 136 y 136a, cf. Degener, Wilhelm, § 136a StPO und die Aussagefreiheit des Beschuldigten, en “Goldammer's Archiv für Strafrecht” (GA), Nro. 10, octubre 1992, R.V. Decker's Verlag, G. Schenk, Heidelberg, 1992, p. 455 y ss.

64 BGHSt, 38, 227.

65 Roxin, Claus, comentario a dicho fallo, en “Juristen Zeitung”, 1992, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, p. 924.

66 384 U.S. 436 (1966).

67 Se debe advertir, no obstante, que la jurisprudencia de la CS de los EEUU en la materia posterior a “Miranda...” es sumamente confusa en cuanto a la definición y alcance del término. Cf. los distintos, y a veces incluso contradictorios, criterios adoptados en *Mathis v. U.S.*, 391 U.S. 1 (1968), *Orozco v. Texas*, 394 U.S. 324 (1969), *Berkemer v. McCarthy*, 468 U.S. 420 (1984), entre otros.

68 *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292 (1990).

en una "police-dominated atmosphere"; ello no sucede cuando él, aun si se encuentra encarcelado, habla libremente con alguien a quien -erróneamente- cree un compañero: la "atmósfera coercitiva" no se encuentra aquí presente.

Esta tesis, sin embargo, no es compatible con la estructura normativa vigente de la StPO⁶⁹. Como señala la dogmática procesal penal alemana, el único proceso comunicativo entre un órgano procesal y un particular que la StPO admite, y regula, es el interrogatorio y éste es, por definición, un proceso regido por la transparencia: "el derecho procesal penal clásico no conoce casos de 'interrogatorios encubiertos'..."⁷⁰. Sólo un proceso comunicativo que respete las reglas establecidas por la StPO puede ser considerado un interrogatorio admisible, y sólo entonces es posible la valoración de la información de este modo obtenida. Una "conversación similar a un interrogatorio" llevada a cabo (sin advertencia previa) por el AE sólo podría conducir, entonces, a una prohibición de valoración probatoria⁷¹.

c) Existe consenso -de lege lata- en cuanto a que el AE *no puede* cometer delitos durante la intervención⁷². En el caso de que esto suceda (por ej., debido a la llamada "prueba de fidelidad"), se ha admitido la posibilidad de que la acción se vea justificada según el § 34 StGB (estado de necesidad justificante), o eventualmente disculpada conforme al § 35 StGB (estado de necesidad disculpante), aunque se advierte que la aplicación de cualquiera de estas normas sería admisible sólo en casos excepcionales⁷³. El problema excede el marco

de este trabajo; sin embargo, resulta necesario formular algunas observaciones. En primer lugar, es importante advertir sobre el peligro que entrañaría admitir dentro de la ponderación de valores inherente ya al estado de necesidad justificante, ya al disculpante, otros valores distintos a los representados por los bienes jurídicos (individuales o colectivos) en juego, como sucedería si se propugnara la aplicación del § 34 StGB en un caso en que el AE sacrifica un bien jurídico "x" para evitar ser descubierto, colocando como factor en colisión no ya un peligro concreto para un bien jurídico vinculado al autor, a terceros o a la colectividad, sino a la mucho más abstracta "capacidad funcional de la administración de justicia penal". Ello sería de dudosa compatibilidad con un derecho penal aún hoy orientado, fundamentalmente, a la protección de bienes jurídicos. Por otro lado, el carácter de miembro de la policía del AE restringe sensiblemente las posibilidades de aplicación tanto del § 34 como del § 35 StGB, sobre todo en el ámbito de la *omisión* del deber de actuar en defensa de bienes jurídicos: en el primer caso, porque, según la tesis dominante, los integrantes de las fuerzas policiales deben "para la protección de bienes tomar riesgos para su vida e integridad, y no pueden apelar al estado de necesidad" si vulneran este deber⁷⁴. En el caso del § 35, la existencia de un *deber institucional*⁷⁵ colindante, conduce también a una restricción de las posibilidades de subsunción, por aplicación de la cláusula de *exigibilidad*⁷⁶.

69 Ni -me animaría a decir-, con la de ninguna legislación procesal europeo-continental de cuño iluminista, o de las que son producto de su influencia.

70 Dencker, *Über Heimlichkeit...*, p. 674.

71 Weßlau, p. 211 y ss., circunscribe la eventual prohibición de valoración probatoria al caso en que la declaración haya sido "provocada" por el AE (o por un Hombre-V), fundando su tesis, principalmente, en la lesión a la "prohibición de engaño" (Tauschungsverbot) contenida en el § 136a StPO que ello supondría.

72 Nack, p. 427 n° 4; Hilger, p. 525 nota 161; Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 392 n° 2.

73 Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 392 n° 2; Hilger, p. 525 nota 161.

74 Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, p. 323.

75 En la terminología de Jakobs, p. 573.

76 Cf. el comentario a la restrictiva jurisprudencia del BGH sobre el tema en Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 2° ed., C.H. Beck, München, 1994, p. 814.

d) Otro punto a dilucidar es si las reformas introducidas a la StPO a través de la OrKG abarcan a las "Locksptizelpraxis", es decir, a la provocación de delitos por parte de miembros de la policía, y si, por consiguiente, las nuevas normas brindan algún punto de apoyo a estas prácticas. La cuestión no es clara: las modificaciones a la StPO se han limitado a regular los presupuestos de la intervención del AE, pero, salvo unos pocos casos, no se han extendido a determinar las acciones que son admisibles en el marco de su actividad⁷⁷. Existen, sin embargo, argumentos para rechazar dicha posibilidad: la intervención de un AE requiere que "un hecho punible de considerable significado *haya sido cometido*", según el § 110a StPO. Ello supone, al menos, la existencia -o la sospecha de- un *comienzo de ejecución*. En el caso del agent provocateur, el delito, antes de su intervención, no existe en el mundo: es él -como inductor-, el que lo "crea". Es por ello correcta la afirmación de que "el agente provocador no es idéntico al agente encubierto o a los Hombres-V"⁷⁸, aunque con ella se persiga reducir la práctica de provocación exclusivamente a un problema del § 26 StGB (instigación). A este argumento hay que agregarle la elección del legislador acerca del catálogo normativo apropiado para regular la actividad del AE (StPO): en efecto, las reglas de procedimiento penal presuponen, *necesariamente*, la existencia de la sospecha de un hecho punible a investigar (del mismo modo que el derecho

procesal penal presupone la existencia del derecho penal material (*carácter secundario*), y se limitan a determinar cómo dicha investigación debe ser llevada a cabo. La reforma a la StPO nada nuevo puede aportar, por lo tanto, a la discusión en torno a la admisibilidad de las prácticas de provocación, lato sensu, ni al problema más concreto de la punibilidad tanto del provocador como del provocado⁷⁹.

III. El agente encubierto en la legislación argentina

La ley 24.424 (sancionada el 7.12.94; promulgada el 2.1.95) ha modificado la ley 23.737 (tráfico y comercio de estupefacientes), incorporando trece nuevos artículos a su texto, cinco de ellos referidos al, hasta ahora desconocido para la legislación argentina, agente encubierto⁸⁰. La elección de una ley especial, complementaria al Código Penal, para la regulación de la actividad del agente encubierto ya es, de por sí, cuestionable. Si bien las consecuencias prácticas no son importantes, puesto que la ley 23.737 fija en su art. 34 la competencia de la justicia federal para entender en los delitos por ella previstos, y, por lo tanto, la combinación de normas de derecho penal material con reglas de procedimiento -aunque criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa- no presenta problemas de admisibilidad constitucional⁸¹, ello ya demuestra la escasa atención

77 Roxin, *Strafverfahrensrecht*, p. 56 n° 27.

78 Hilger, p. 523 nota 129.

79 Sobre el problema en derecho material, cf., por todos, Jakobs, p. 685 y ss.; Schönke/Schröder, *StGB Kommentar*, 24a. ed., C.H. Beck, München, 1991, § 26, n° 16 y ss. Para un análisis en el campo del derecho procesal penal, Lüderssen, Klaus, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechenprovokation?* en "Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag", J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1974, ps. 349 y ss. Son precisamente estos mismos argumentos los que permiten afirmar el carácter estrictamente represivo de la actividad del AE, y rechazar, en consecuencia, todo intento de utilización preventiva de estos métodos.

80 La ley introduce también otras novedades, cuyo análisis no puede ser intentado aquí. Entre las más significativas, la ley incorpora una cláusula de reducción y/o eximición de pena -facultativa para el tribunal- en el caso del "arrepentido" (nuevo art. 29 ter); establece expresamente la admisibilidad como medio de prueba de fotografías, grabaciones o filmaciones llevadas a cabo por particulares, las que pueden ser valoradas por el tribunal "en la medida en que sea comprobada su autenticidad" (art. 26bis); autoriza al juez que intervenga en una causa de tráfico de estupefacientes a permitir la salida del país de una remesa de drogas ilícitas "cuando tuviere seguridades de que será vigilada en el país de destino" (agregado al art. 33).

81 La República Argentina ha sido organizada en base al sistema *federal* (Constitución Nacional, 1°). Las provincias (estados federados) han delegado en el Estado nacional el dictado de la legislación de fondo (CN, 75 inc. 12), pero se han reservado el derecho

que el legislador argentino ha prestado a la compatibilidad de las nuevas normas con las reglas de procedimiento contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación (CPP).

Comparada a la reglamentación prevista en el nuevo texto de la StPO, en cuyo favor, y a pesar de los numerosos problemas que presenta, se puede decir que ella pretende, al menos, una regulación mínima de los presupuestos y límites de la actividad del agente encubierto, la modificación al texto de la ley 23.737 resulta peligrosamente pobre. El incorporado art. 31 bis, única norma verdaderamente regulatoria de la intervención de un AE, se limita a señalar los delitos que permiten su actuación (el catálogo previsto en la misma ley 23.737, incluyendo aquí la tenencia de estupefacientes, aun con fines de consumo personal -art. 14-, o de elementos para su producción -art. 5º-, y el delito de contrabando de estupefacientes previsto en el art. 866 del Código Aduanero), y a establecer, también, una cláusula de subsidiariedad (“...si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo...”). La exigencia de un efectivo o presunto comienzo de ejecución del hecho como condición *sine qua non* para la actuación de un AE no surge con toda la claridad necesaria de la ambigua fórmula adoptada: “...durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el art. 886 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios...”. Los últimos dos supuestos requieren, como resulta obvio, un comienzo de ejecución del hecho punible. El primer problema radica

en la expresión “...a los efectos de comprobar la comisión de algún delito...”, cuya amplitud podría acarrear problemas de interpretación y permitir una intervención del AE totalmente desvinculada de una sospecha concreta de comisión de un delito, es decir, con carácter preventivo. La fórmula debe, sin embargo, ser interpretada en forma análoga a la prevista en el CPP, 193 1º (finalidad de la instrucción): “comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad”. Se trata, por lo tanto, de investigar si un hecho concreto (o pluralidad de ellos) que ha puesto en funcionamiento los engranajes del sistema de enjuiciamiento penal -y es, por lo tanto, preexistente temporalmente a la actividad estatal de investigación- efectivamente ha ocurrido como acontecimiento histórico, y si en él concurren los presupuestos necesarios para que pueda ser considerado delito. El segundo caso que permite la utilización de agentes encubiertos (“a los efectos...de impedir su consumación”) debe, a su vez, ser interpretado en forma restrictiva: es claro que también “impide la consumación” quien, interviniendo durante la etapa previa al comienzo de ejecución del hecho (*actos preparatorios*) frustra la realización del plan del autor. Sin embargo, una intervención de esta naturaleza sólo es posible allí donde la ley penal haya tipificado expresamente los actos preparatorios⁸², los cuales, de otro modo, permanecen impunes, y no permiten, en consecuencia, fundamentar ningún tipo de injerencia estatal en lo que todavía constituye exclusivamente un ámbito privado interno -no exteriorizado- del sujeto actuante⁸³. Aquí también se debe recurrir a las reglas del CPP para lograr una inter-

de dictar sus propias reglas de procedimiento, y de organizar su administración de justicia (*facultades no delegadas*); producto de ello es la coexistencia de sistemas de enjuiciamiento penal provinciales (administración de justicia y leyes procesales) junto con un sistema federal previsto para los casos de competencia federal en razón de la materia o del territorio (delitos cometidos en lugares sometidos a la jurisdicción federal).

82 Así, por ejemplo, en el art. 5º inc. (a) de la ley 23.737: punición de la siembra o cultivo de plantas, o acopio de semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación.

83 Cf. Jakobs, p. 703 y ss.; el mismo, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, 97, Nº 4, p. 751 y ss.

pretación armónica, en este caso al art. 183, que establece como una de las funciones de la policía y fuerzas de seguridad el "impedir que los hechos cometidos [aquí, el comienzo de ejecución, y con ello la tentativa, ya sea acabada o inacabada] sean llevados a consecuencias ulteriores [resultado, consumación]". En este único sentido es posible hablar de una actividad preventiva⁸⁴ del AE, a la cual siempre subyace, de todos modos, la sospecha de un comienzo de ejecución del hecho.

Sólo esta interpretación de las nuevas normas resulta, por otro lado, compatible con la estructura misma del procedimiento penal argentino. El juez interviniente únicamente podría autorizar la intervención de un AE en el marco de un procedimiento penal en curso, lo cual presupone necesariamente por lo menos la existencia de una sospecha de la comisión de un delito⁸⁵ (CPP, 195, 188, 186 y cc.). Si no se hubiera iniciado un procedimiento penal, y la policía solicitara al juez de turno la autorización para la actuación de un AE, ello nunca podría ser realizado en forma aislada: el juez debería iniciar la instrucción a partir de dicha solicitud, según lo prescripto por los arts. 186 y 195, CPP⁸⁶, para lo cual rige el mismo presupuesto.

Un último problema a discutir en torno a los presupuestos de la intervención del AE radica en la gran variedad de delitos previstos en la ley 23.737, y en la ausencia de todo tipo de diferenciación por parte del legislador argentino en este ámbito. Consecuencia de ello es que, por ejemplo, la mera tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal -punible según el art. 14, párr. 2º- permite, en principio, la utilización de agentes encubiertos. La cláusula de subsidiariedad prevista debería jugar algún papel como límite, ya que seguramente será difícil de sostener en casos de este tipo que "las finalidades de la investigación" no puedan ser logradas de otro modo. Ello, sin embargo, resulta insuficiente como sistema de control. La *proporcionalidad* entre la magnitud de la injerencia estatal y la gravedad del delito a investigar debe, por consiguiente, ser uno de los principios rectores en la aplicación de las normas en juego⁸⁷

La decisión acerca de la intervención de un AE corresponde al juez de instrucción que entienda en el caso (ley 23.737, art. 31 bis). El ministerio público, no juega, en principio, ningún papel⁸⁸ en el proceso de intervención.

En cuanto a las actividades permitidas al AE, la norma se limita a señalar que los inte-

84 Cf. Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino* (DPPa), 1b, Hammurabi, Bs. As., 1989, p. 280.

85 Ya producto de la denuncia de un particular, o de la actividad policial.

86 Se debe aclarar, sin embargo, que, dada la absoluta vigencia -sin excepciones- del *principio de legalidad procesal* en el procedimiento penal argentino, el control jurisdiccional, lejos de abarcar la seriedad o plausibilidad fáctica de la denuncia, se reduce exclusivamente a la verificación de si el hecho imputado que da lugar al inicio de la instrucción, tomado en abstracto, constituye o no delito.

87 La Corte Suprema de la Nación nunca ha reconocido al *principio de proporcionalidad* como límite a la persecución penal. Curiosamente, lo ha admitido, de algún modo, en una formulación inversa: la gravedad del delito a investigar permite al Estado sobrepasar los límites formales que el derecho procesal penal -reglamentador de las garantías individuales- le impone (ver fallo citado en nota 91). La justificación intentada (sólo así pueden ser "descubiertos y probados" delitos de cierta gravedad) no constituye otra cosa que una versión aggiornada del aforismo "In delictis atrocissimis propter criminis enormitatem iura transgredi licet" (cita de Sydow, Franz, *Kritik der Lehre von den "Beweisverboten"*, Holzner Verlag, Würzburg, 1976, ps. 59 y 108), cuya absoluta incompatibilidad con las reglas del Estado de derecho resulta demasiado obvia como para merecer algún análisis.

88 La cuestión es, sin embargo, un poco más compleja: el CPP, 196 permite al juez de instrucción delegar en el ministerio público la investigación preliminar ¿Qué sucede si, en una investigación llevada a cabo por el fiscal de instrucción se demuestra la necesidad de involucrar agentes encubiertos? ¿Es competente el ministerio público para una decisión semejante? La respuesta negativa parece la más adecuada: aun cuando el juez haga uso de la cláusula de delegación, él conserva el imperio sobre aquellas decisiones que afecten derechos esenciales del imputado, así como sobre la realización de los actos irreproducibles y definitivos, y sobre todo acto no comprendido en la lista de "delegables", que según el CPP deba ser practicado por el juez (CPP, 213). Dado el indudable carácter de injerencia estatal en la esfera privada del afectado que representa la intervención de un AE, y que son los jueces de la Nación los custodios de las garantías de los ciudadanos (CN, 18, 116 y cc.), la aplicación extensiva de las facultades reservadas al juez de instrucción resulta la solución más convincente.

grantes de las fuerzas de seguridad se encuentran facultados para introducirse "en organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero", y para participar "en la realización de alguno de los hechos" descritos en ambas leyes (art. 31 bis, incs. a y b). Fuera de ello, no existe ningún tipo de regulación acerca de las acciones que el AE puede llevar a cabo; aquí también se plantea -e incluso con mayor violencia- el problema en torno a la protección constitucional del domicilio (CN, 18). La ausencia de toda referencia a la posibilidad de que el AE ingrese en domicilios privados obedece, seguramente, a que el legislador creyó implícita la facultad en el texto de la norma. Ello, sin embargo, no resulta tolerable desde la perspectiva del programa de garantías individuales previsto en la CN, ni en su recepción -razonable, aunque incompleta⁸⁹- en la legislación procesal penal nacional.

Si bien el texto constitucional protege al domicilio privado con menor énfasis que a otros derechos frente a las intervenciones del Estado⁹⁰, al limitarse a señalar su inviolabilidad y delegar en la reglamentación legislativa los

presupuestos y modalidad de su allanamiento, lo cierto es que aun este caso no escapa al principio general de que la reglamentación de un derecho constitucional no puede reducirlo en su esencia⁹¹. Poco quedaría de la garantía si se considerara que el Estado se encuentra libre de todo límite para ingresar en la vivienda de particulares una vez que un juez ha firmado una resolución de contenido excesivamente general (no dirigida necesariamente contra un imputado determinado, y ni siquiera precisando el domicilio a ingresar), autorizando la intervención -amplia- de un agente encubierto. Aquí, por otra parte, el eventual "consentimiento" del afectado tampoco juega papel alguno⁹², ni siquiera en relación a la infracción al CP, 151 (violación de domicilio realizado por funcionario público)⁹³: para la ley procesal (CPP, 225) el consentimiento sólo interviene frente a un allanamiento regular -es decir, ordenado por resolución fundada de un juez (CPP, 224), la que debe ser notificada a la persona que habite en la morada a registrar (CPP, 228)- pero realizado fuera de la franja temporal establecida ("desde que salga hasta que se ponga el sol"). Además de ello, sólo una

89 El legislador ha omitido nuevamente cumplir con el expreso mandato constitucional de establecer el juicio por jurados en materia penal, reafirmado por la reciente reforma parcial del texto constitucional (CN, 24, 75 inc. 12 y 118).

90 Cf. Maier, *DPPa*, p. 450.

91 La misma Constitución prevé, en su art. 28, que los "principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Ver las consecuencias, para la garantía que ahora nos ocupa, en Maier, *DPPa*, p. 451 y ss.

92 Se debe advertir, sin embargo, que la concepción del consentimiento del afectado como elemento subsanador del allanamiento domiciliario irregular ha despertado siempre la simpatía de la jurisprudencia argentina, incluso en las decisiones más garantistas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia. La última jurisprudencia de la CSN, a partir de su nueva composición, ha significado un enorme retroceso en este campo, y permite ya adivinar la amplitud con la que van a ser interpretadas las normas en juego. Paradigmático es, para el tema que nos ocupa, la decisión de la CSN en "Fernández, Víctor H." ("La Ley", 27.3.91, Ed. La Ley, Bs. As., 1991, p. 1 y ss.), en la que se consideró admisible el testimonio de un agente policial en cuya presencia se había efectuado una entrega de drogas ilícitas, el cual ingresó al lugar del hecho (una sede consular), sin orden de allanamiento alguna, sin darse a conocer como miembro de la policía, e incumpliendo por completo el procedimiento específico previsto en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La CSN advierte el carácter irregular del ingreso a la sede consular, pero considera, a renglón seguido, que el "consentimiento" (en verdad, mera ausencia de reparos) del titular del derecho de exclusión -a pesar de su absoluta ignorancia acerca de la real actividad de su "visitante"- convierte en regulares, y por ende, plenamente aprovechables, los conocimientos adquiridos por la policía. La imposibilidad de sustentar normativamente un ataque semejante al ámbito privado de los ciudadanos -ya que ninguna norma en el ordenamiento jurídico argentino autorizaba entonces la utilización de agentes encubiertos- es sorteada sin mayores cuestionamientos por la CSN mediante la afirmación de que "ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos...esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar". Una síntesis de la jurisprudencia de la CSN sobre el alcance de la garantía en discusión en Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Bs.As., 1991, p. 89 y ss.

93 El tipo básico de la violación de domicilio (CP, 150) resulta excluido por el consentimiento del titular del derecho de exclusión. En el CP, 151, por el contrario, desaparece toda referencia al consentimiento del afectado.

interpretación sumamente generosa para con la capacidad de intervención del Estado en la esfera íntima de los ciudadanos podría sostener que un texto normativo que nada dice en cuanto al derecho constitucional en juego, debe ser entendido como regulación complementaria de la garantía. Es claro que un ataque en el círculo de derechos constitucionalmente garantizados requiere, como primer presupuesto para su admisibilidad, una norma específica que lo establezca y reglamente⁹⁴. Por lo tanto, el régimen previsto en el CPP nacional para el allanamiento domiciliario abarca también la actividad de los AE; la inobservancia del procedimiento establecido en el CPP debe conducir a la no admisión (ni valoración) en el procedimiento penal de la información irregularmente obtenida⁹⁵.

La cuestión de las *conversaciones semejantes a un interrogatorio*, o con fines de recabar información de cargo, que realice el AE con la persona bajo sospecha surge también aquí, como consecuencia inevitable del imperio del principio "nemo tenetur...", consagrado en la CN, 18 ("Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"), y reforzado ahora con la incorporación al texto constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 8, 2º, g) y del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art. 14, 3º, g) por la reforma parcial de la CN de 1994. La garantía ha sido correctamente regulada por el CPP (294 y ss.): el imputado es libre de abstenerse de declarar, y debe ser informado sobre este derecho (CPP, 296 y 298), y ningún método que menoscabe su voluntad puede ser utilizado contra él (CPP, 296⁹⁶).

Cualquier otro método de interrogatorio del imputado ("encubierto" o "descubierto") resulta inadmisibles contemplado desde el atalaya constitucional: "sólo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de estas reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si, a la vez, respeta las demás reglas de garantía que la rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación)"⁹⁷. Ello significa que la información obtenida por el AE mediante "interrogatorios informales" no puede ser valorada en un procedimiento penal, menos aún recurriendo a la ya vieja trampa de permitir la declaración como simple testigo del interrogador, prohibición que abarca tanto a la eventual prueba inmediatamente obtenida a partir de dichos del imputado (por ejemplo, su confesión), como a la mediata (el botín encontrado mediante dicha información) -efecto *extensivo*, o doctrina del fruto del árbol venenoso (fruit of the poisonous tree doctrine).

Merece ser señalada, para concluir, la solución que el legislador argentino -mucho menos cauteloso que su par alemán sobre las consecuencias de sus decisiones- ha encontrado para la eventual comisión de delitos por parte del agente encubierto. El nuevo art. 31 ter consagra una *excusa absolutoria* amplísima, mediante la cual el AE puede sacrificar durante su actuación, si se ve "compelido a incurrir en un delito", un enorme número de bienes jurídicos, con la única limitación de que el delito en sí "no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una

94 Como correctamente señala Amelung, la contracara procesal en el Estado de derecho, del axioma "nullum crime sine lege" es "no hay injerencia [estatal] sin ley"; *Erweitern allgemeine...?* cit., p. 835. La laguna no puede ser completada recurriendo ni a la necesidad del ataque no autorizado legislativamente, ni a su conveniencia o a su proporcionalidad. Cf., Sydow, p. 14.

95 Sobre el alcance de las prohibiciones probatorias en el régimen procesal penal argentino, cf. Guariglia, Fabricio, *Las prohibiciones probatorias*, en "El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico", Ed. del Puerto, Bs. As., 1993, p. 15 y ss.

96 "En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión"

97 Maier, *DPPa* cit., p. 436.

persona o la imposición de un *grave* sufrimiento físico o moral [?] a otro⁹⁸. La oscuridad de la fórmula (¿Cuándo el peligro se torna “cierto”? ¿A partir de qué punto el sufrimiento -físico o moral- es “grave”?) la vuelve ya ab initio inútil como criterio limitativo. Las consecuencias de una “carta blanca” semejante otorgada a las fuerzas policiales⁹⁹ son peligrosas en cualquier país del mundo; en un país que, como la Argentina, aún no ha conseguido librarse definitivamente de su tradición autoritaria, ellas pueden resultar trágicas.

IV. Algunas conclusiones

A lo largo de estas páginas se ha procurado describir, sintéticamente, el funcionamiento de las normas en la legislación procesal penal alemana y argentina que regulan la actividad del AE, y los presupuestos de su actuación. Se ha señalado, además, la colisión entre importantes aspectos de ambas regulaciones con los clásicos principios liberales del procedimiento penal. Esta colisión es, en verdad, inevitable. La introducción de métodos “encubiertos” o “secretos” para la averiguación de la verdad es un cuerpo extraño en aquellos catálogos normativos que, producto de la recepción legislativa decimonónica del ideario iluminista¹⁰⁰, presuponen la actuación “a cara descubierta” de los órganos encargados de la persecución penal, sobre todo tratándose de ataques a la esfera de derechos de los ciudadanos¹⁰¹, y que regulan minuciosamente las excepciones a dicha regla. Los casos en los cuales el derecho procesal penal tradicional reconoce métodos

“secretos” o “encubiertos” para la averiguación de la verdad -como, por ejemplo, la intervención de correspondencia, § 99, StPO, CPP nacional, 234 y 235- implican sólo ataques *puntuales* en la esfera privada de los ciudadanos, y no pretenden, como sucede con el agente encubierto, una presencia *continua* -aunque se encuentre limitada temporalmente- de la persecución penal estatal en dicho ámbito.

La adopción de estos métodos significa un abandono -tal vez en principio parcial, pero de enorme importancia- de los viejas máximas ilustradas que presidían el funcionamiento de la administración de justicia penal, y su reemplazo por nuevos puntos de partida: de un derecho penal y procesal penal fundado esencialmente en el respeto a los derechos de los ciudadanos y, de admitir al delincuente como parte en el contrato social¹⁰², se gira hacia un sistema penal basado (y acaso legitimado) en la eficiencia de su función represiva. En el ámbito del derecho penal material, ello ha conducido a una significativa ampliación de los *delitos de peligro abstracto*, avanzando hacia los *actos preparatorios*, históricamente impunes para el derecho penal liberal: “el autor carece de esfera privada, de un ámbito de comportamiento aún no socialmente relevante, sino que es sólo una fuente de peligro, con otras palabras, enemigo del bien jurídico”¹⁰³. El ámbito de intervención es el mismo: tráfico y comercio de estupefacientes, delitos contra la seguridad del Estado, tráfico de armas. El derecho procesal penal de cuño iluminista ha sido el método coherente de actuación del “derecho penal del ciudadano”; el “derecho procesal pe-

98 El subrayado me pertenece.

99 En abierta contradicción con un modelo de Estado que tiene como una de sus funciones primordiales la de garantizar la integridad de los bienes jurídicos por él protegidos.

100 La cadena de influencias del CPP nacional argentino conduce al mismo punto histórico que la de la StPO. En efecto, el CPP de 1992 no es otra cosa que una copia del CPP de la provincia de Córdoba de 1939, el cual, a su vez, reconoce el influjo directo de los CPP italianos de 1913 y 1930, aunque dejando de lado el autoritarismo de este último. Cf., Maier, *DPPa*, p. 192 y ss.

101 Dencker, *Über Heimlichkeit...*, p. 676.

102 Hassemer, Winfried, *Das Schicksal der Bürgerrechte im "effizienten" Strafrecht*, en “StV”, 1990, p. 329.

103 Jakobs, *Kriminalisierung...*, p. 753.

nal encubierto" no es otra cosa que el correlato formal del "derecho penal del enemigo"¹⁰⁴.

A esta argumentación crítica se le podría contraponer el desarrollo de la delincuencia, su complejización, y, por ende, la necesidad del sistema penal de brindar nuevas respuestas. Ello, sin embargo, nada dice en cuanto a los costos que estas "nuevas respuestas" representan para los derechos de los ciudadanos, y, por otro lado, acota el marco de las reacciones posibles exclusivamente al plano de la represión, evitando (acaso deliberadamente) la discusión político-criminal sobre otras -más imaginativas- propuestas de solución. Al mismo tiempo, la ausencia de todo criterio sistemático en un legislador que parece *exclusivamente* preocupado en mostrar algún tipo de iniciativa frente a una opinión pública cada vez más sensibilizada, convierte a la tarea de interpretar racionalmente estas nuevas reglas en una misión casi imposible.

En el caso concreto de la admisibilidad del AE como nuevo protagonista del procedimiento penal, y como el lector ya habrá podido advertir, el intérprete se encuentra frente a un problema de solución dilemática: si intenta armonizar la actividad del AE con los principios fundamentales de un procedimiento penal acorde con el Estado de derecho, el resultado es un agente encubierto enormemente limitado en su capacidad real de actuación, a punto tal que, salvo en lo que al uso de la identidad

falsa se refiere, no diferirá sustancialmente de un policía común; si, por el contrario, se inclina por potenciar la capacidad funcional del AE, el precio a pagar por ello es altísimo. La vigencia de principios fundamentales del Estado de derecho, rectores de la persecución penal estatal, se diluye casi por completo, y las reglas del procedimiento penal ya no juegan prácticamente ningún papel como "formas protectoras"¹⁰⁵, cediendo el paso a la *desformalización* característica del procedimiento penal en estados policiales. La coexistencia pacífica de ambos sistemas ("tradicional" y "encubierto"), al menos con los modelos normativos hasta ahora intentados, no parece posible¹⁰⁶.

La jurisprudencia sobre el punto, tanto en Alemania como en Argentina, no resulta nada tranquilizadora. Acaso temerosos de quedar atrás en esta frenética carrera por un sistema penal "eficiente", los jueces parecen olvidar su papel fundamental de custodios de las garantías individuales¹⁰⁷, y estar dispuestos a ir aún más lejos que el legislador. De los dos caminos arriba señalados, tanto la jurisprudencia alemana como la argentina muestran ya su inclinación por el segundo, acaso sin advertir que de esta decisión depende, en buena medida, la reafirmación de las garantías republicanas como límites infranqueables de la persecución estatal, o la cada vez más posible construcción sobre las ruinas del Estado de derecho de un nuevo, secreto y omnipresente Leviathan.

104 La antinomia ha sido tomada de Jakobs, *Kriminalisierung...*cit.

105 Schmidt, Eberhard, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, I, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1964, p. 45 y s.

106 Cf. una crítica similar en *Stellungnahme des Strafrechtausschusses des Deutschen Anwaltvereins (DAV) zum "Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)"*, "StV", 1992, p. 34. Tb. Frister, p. 155.

107 Rol irrenunciable en un auténtico Estado de derecho, o en lo que Ferrajoli designa como "democracia sustancial" -por oposición a la meramente procedimental: "...nunca sujeción [del juez] a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad". Cf. *El derecho como sistema de garantías*. En "Justicia Penal y Sociedad" Nr. 5, 1994, p. 14.

DOCTRINA NACIONAL

LA CAUSALIDAD Y LA NUEVA TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA

Análisis y crítica

Mario A. Houed.
con la colaboración de
Hannia Soto Arroyo y Patricia Vargas González.¹

Introducción.

Aunque el instituto de la imputación objetiva no es novedoso dentro de la ciencia jurídico-penal, pues efectivamente su contenido responde a uno de los temas que ha sido desde hace mucho tiempo punto básico de sus controversias, esto es, el modo en que se pretende discernir cuándo la lesión a un bien jurídico debe ser considerada producto del actuar humano (es decir, la "obra" de determinado sujeto) y cuándo dicha afectación es tan solo consecuencia del azar o de la simple casualidad², lo cierto es que en los últimos años la denominada

"moderna teoría de la imputación objetiva" ha alcanzado un notable auge doctrinario y jurisprudencial en Europa (especialmente en Alemania y en España, donde tribunales de alta jerarquía la han acogido en recientes decisiones), no así en Latinoamérica, donde, además de escaso desarrollo, mas bien ha sido objeto de fuertes críticas³. Tampoco significa lo anterior que exista consenso entre los tratadistas del viejo continente en aceptar su enunciación⁴, o que los criterios entre quienes la sostienen sean unitarios y pacíficos. Al contrario, se aprecia entre estos últimos alguna confusión en sus planteamientos, que surge, en particular, cuando se le trata de relacionar - entre otros aspectos de variada índole - con el problema de la causalidad y sus implicaciones con la teoría del delito (especialmente con la teoría del tipo⁵), lo que unido a los no poco frecuentes

1 El presente trabajo forma parte de una investigación mas amplia realizada para efectos de licenciatura por las egresadas de la Facultad de Derecho Soto Arroyo y Vargas González, dirigida y coordinada por el Prof. Houed, Magistrado de la Sala Penal y Profesor de la Universidad de Costa Rica.

2 Cfr. sobre este tema de Reyes Alvarado, Yesid, el prólogo de su obra *Imputación objetiva*, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1994, pág. XIII.

3 Ver -entre otros- Muñoz Conde, Francisco; *Teoría General del Delito*, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, p. 27.; y Zafaroni, Raúl E.; *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Tomo III, Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina, 1981, págs. 277 y siguientes, punto n°324.; y págs. 488 y siguientes, punto n°391.

4 Así por ejemplo Armin Kaufmann critica el planteamiento de la imputación objetiva desde la perspectiva de la teoría de la acción final en su artículo "¿Atribución objetiva en el delito doloso?", según cita que se hace al respecto en la obra "La imputación objetiva" de los profesores Bustos Ramírez, Juan y Larrauri, Elena; Edit. Temis, Colombia, 1989, p. 3.

5 Ver al respecto ob. cit. de Zafaroni, R.; en pág. 277, donde señala que "desde hace tiempo se viene observando el fenómeno de que con la afirmación de la causalidad no parece quedar cerrado el aspecto objetivo del tipo. Por ello se ha buscado distinguir entre

cambios en los postulados que la sustentan (en procura de acomodar y resolver una serie de casos sumamente complejos que desde épocas anteriores ha inquietado a los estudiosos de esta disciplina) hacen que se dificulte la exposición armoniosa del tema que nos ocupa.⁶

I. Generalidades.

Siendo que el objetivo medular del derecho penal radica, según se reconoce, en individualizar la responsabilidad por conductas lesivas de bienes jurídicos, es comprensible que los diversos modelos de imputación configuren a su vez sistematizaciones también diferentes. De ahí que si una imputación deriva de consideraciones estrictamente causales, ello llevará a una construcción denominada "causalista"; mientras que si se desliga ese juicio de imputación del dogma causal y se centra en el análisis del contenido de la voluntad final ("intencionalidad") inherente a toda conducta humana, ello llevará a la llamada corriente "finalista". Una y otra teoría (formuladas desde el punto de vista de la "acción" o conducta humana que interesa examinar al derecho penal) establecen parámetros distintos para determinar lo que dentro de ese juicio de imputación puede ser considerado como "objetivo" y "subjetivo". Lo anterior demuestra, según el criterio de algunos investigadores⁷, que ni la

teoría de la imputación objetiva es nueva ni constituye un "cajón vacío" donde se procuran reunir todos aquellos problemas que carecen de una ubicación sistemática clara,⁸ sino que pretende dar "una interpretación moderna al juicio de imputación propio del derecho penal, despojándolo de un contenido exclusivamente naturalístico ajeno a la ciencia jurídica, para en su lugar edificarlo sobre consideraciones de carácter social".⁹ El cuestionamiento que puede plantearse en tal sentido es si efectivamente logra o no su propósito, a tal grado que supere los obstáculos de las concepciones que critica.

II. Antecedentes sobre el problema de la causalidad.

a. La equivalencia de condiciones y la *conditio sine qua non*.

Suele señalarse la equivalencia de condiciones como la primera consideración sistemática de la causalidad empleada por el derecho penal, la que surgió a partir de los trabajos de John Stuart Mill quien en el año 1843 indicó que "sólo en forma excepcional puede afirmarse que una consecuencia es resultado de una única causa, pues por regla general es la reunión de diversos antecedentes lo que genera efectos".¹⁰ Posteriormente Von Buri precisó -siguiendo iguales directrices- que no se trata

causalidad e imputación objetiva del resultado. Se sostiene que con la afirmación de que una determinada conducta y el resultado típicamente sobrevenido se hallan en una dependencia adecuada a una ley causal, no se habrá respondido aún la pregunta acerca de si al autor se le puede imputar objetivamente este resultado (Rudolphi). Otros autores se apresuran aún más y afirman que debe distinguirse nítidamente la imputación objetiva de la causalidad, llegando a negar a la causalidad su carácter de base a la imputación objetiva del resultado. Así Roxin, en su ataque a la posición central y básica de la acción en la teoría del delito, afirma que cada vez gana más terreno la opinión que para el derecho penal es más importante que determinar cuándo y bajo qué presupuestos una conducta humana puede ser calificada como acción, determinar cuándo y en qué medida, un resultado físico es imputable a una persona como fundamento de su responsabilidad".

6 Cfr. en tal sentido ob. cit. de Bustos y Larrauri (supra nota 3) en p.39.

7 Reyes Alvarado, Yesid; ver su Op. cit., supra nota 2.

8 Como Reyes Alvarado se lo atribuye en el prólogo de su ob. cit. a Juan Fernández Carrasquilla, que así lo afirma en *Derecho Penal Fundamental*, Vol.II, seg. Edic. Bogotá, Edit. Temis, p. 153, quien sigue en tales lineamientos a Gimbernat Ordeig. Este último señala que lo que tal teoría hace "es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquella - desde la causalidad hacia la acción - sin encontrar un lugar sistemático concreto" (citado por Bustos Ramírez en su ob. cit. supra nota 3, p. 8).

9 Reyes Alvarado, Y. ibidem.

10 Reyes Alvarado, Y. ob. cit. p. 8.

tan solo que la suma de diversos elementos sea la causa de un fenómeno, sino que además cada una de esas fuerzas, considerada individualmente, es a su vez causa del resultado. De ahí entonces que se estimase que ninguno de los factores determinantes de un resultado tiene mayor importancia que los demás, sino que todos poseen valor igual o equivalente en el tanto y en cuanto fue sólo su conjunto lo que dió origen a aquél: "De esta manera, si se pretende explicar desde un punto de vista causal que un sujeto ha hurtado un reloj, son tan importantes las circunstancias de que el reloj haya sido fabricado, posteriormente vendido y empleado por quien a la postre fue víctima del ilícito, como el hecho de que un sujeto se lo haya arrebatado violentamente a su legítimo poseedor"¹¹

Como lo anterior no significaba aporte alguno que no fuera ya admitido dentro de las características básicas de la relación de causalidad, casi de modo simultáneo se propuso la fórmula denominada de la *conditio sine qua non*, según la cual "un acontecimiento es causa de un resultado cuando puede ser suprimido mentalmente sin que el mencionado resultado desaparezca"¹², es decir, se trata de una condición sin la cual no se hubiera producido el hecho; así por ejemplo, en el caso anteriormente mencionado, puede eliminarse hipotéticamente todo lo que atañe a la conducta desplegada por la víctima y otros aspectos, que lo único de importancia sería mantener que quien arrebató el objeto se constituye en el factor determinante o causa del delito. Sin embargo tampoco pareciera que la *conditio sine qua non* esté en capacidad de resolver el problema, pues el modo de seleccionar el factor que de ser suprimido haría desaparecer el resultado no siempre resulta del todo claro. Así, en la situación de un diagnóstico médico

errado que conduce a la muerte de una persona que había sido solo levemente herida, al suprimir esa primera circunstancia (error médico) se eliminaría el resultado, pero del mismo modo podríamos afirmar que quien inicialmente hirió a la víctima fue el responsable de que ésta falleciera, pudiendo producirse cadenas causales de difícil pronóstico, o peor aún, de factores cuyo poder causal es absolutamente desconocido. En todo caso, mientras se respete la estructura óptica de la conducta humana y de los fenómenos que la acompañan, partiendo desde un punto de vista realista, esa sería la única concepción de la causalidad que cabría admitir (en especial en la teoría del tipo, porque la relevancia penal de la causalidad se hallaría limitada, dentro de dicha teoría, por el tipo subjetivo, es decir, por el querer del resultado).¹³

b. Críticas y soluciones propuestas.

Tanto la teoría de la equivalencia de condiciones como de la *conditio sine qua non* han sido criticadas por diferentes motivos; la primera en especial -entre otros aspectos- por cuanto si se le emplea sin correctivo alguno, amplía de modo exagerado el ámbito de la responsabilidad con independencia de si se lo examina tanto hacia el pasado como hacia el futuro; y la segunda, porque normalmente no va a aportar nada diverso de la anterior, desde que admite que es causa todo aquel factor que no puede ser mentalmente suprimido sin que el resultado desaparezca. Tal circunstancia hace presuponer el conocimiento de una determinada causa como factor desencadenante del resultado, lo que en ciertos casos es muy difícil -e inclusive a veces imposible-. Es decir, el poder causal de determinados factores no siempre puede ser conocido. Ante los proble-

11 Reyes Alvarado, Yesid. Ob. cit. ps.8 y 9.

12 Reyes Alvarado, Y. ob. cit. p. 10.

13 Cfr. al respecto, de Zaffaroni, E.R. su *Manual de Derecho Penal*. Parte General, Ediar, Sexta Edición, Buenos Aires, Argentina, 1988, p. 397.

mas anteriormente mencionados, se pretende aplicar correctivos que van desde teorías individualizadoras cuya misión sería limitar la extensión de la equivalencia de condiciones buscando en cada caso concreto el factor determinante en la producción del resultado, hasta criterios que, por el contrario, tienden a formular un principio general aplicable a cualquier caso, como ocurre con la teoría de la "causalidad adecuada"¹⁴, siendo ésta la que logró imponerse durante mucho tiempo en la jurisprudencia y doctrina civil alemanas, y de modo más reciente (ya en el ámbito del derecho penal), propuesta dentro de la teoría de la imputación objetiva "como factor determinante de la realización de riesgos".¹⁵ Igualmente se buscó una mayor precisión de la citada fórmula de la *conditio sine qua non*, para lo cual se acudió a diversas teorías, entre ellas la de la causalidad relevante, o se trabajó en soluciones subjetivas (v.g. las denominadas de "culpabilidad"), soluciones de antijuridicidad (v.g. tesis relativas al problema de los delitos culposos) u otras que pretendían mas bien sustituir el mecanismo de la *conditio sine qua non* para adoptar criterios que se creyeron mejor orientados en la definición real del problema de la causalidad (por ejemplo la fórmula de las condiciones legales propuesta por Engisch).¹⁶

III. Fundamento de la imputación objetiva.

Según se expuso, la teoría de la imputación no es otra cosa que el intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales: "Cuando en derecho se plantea: A envía a B al bosque con la esperanza de que le alcance un rayo, cosa que efectivamente sucede. La pregunta no es si A ha causado la muerte de B. Ello es evidente desde un punto de vista causal de las ciencias de la naturaleza. Pero la pregunta debería ser si a A se le puede imputar objetivamente el hecho como propio, o si, por el contrario, éste debe ser visto como una consecuencia accidental de una constelación de factores. La pregunta, por consiguiente, no es una pregunta causal sino una cuestión de imputación"¹⁷. Como sólo la voluntad puede dirigir un proceso causal (de la manera en que se formula la teoría aquí examinada) "sólo la voluntad tiene la posibilidad de transformar las consecuencias en un hecho propio...por consiguiente, la imputación de un hecho es la relación del acontecimiento con la voluntad"¹⁸. Desde luego, se considera la existencia de un hombre libre, pues esa libertad plasmada en sus actos es la que hará que se determine la imputación de ellos con sus respectivos resultados. Precisamente ese es el punto de partida del pensamiento desarrollado por Larenz y Honig, a quienes la doctrina acostumbra citar como precedentes inmediatos de la teoría de la imputación objetiva¹⁹.

14 Según esta teoría, cuya formulación inicial para el ámbito jurídico la planteó von Bar, debe reconocerse que un fenómeno es siempre producto de la confluencia de diversas circunstancias sin cuya conjunta operancia no podría ser explicado, pero siendo este planteamiento ilimitado, el referido von Bar sostuvo la necesidad de distinguir entre "causas" y "condiciones" "de tal manera que una condición adquiriría la categoría de causa solo cuando de acuerdo con la forma como regularmente se desarrollan los fenómenos conduzca a un resultado, es decir, cuando de acuerdo con las reglas generales de la vida, de conformidad con la experiencia general, esa condición sea adecuada para la producción de determinado resultado". Reyes Alvarado, Y., ob. cit. p. 23.

15 Ver al respecto ob. cit. de Alvarado Reyes, Y., es especial en p. 22, notas de pie de página números 48 y 49.

16 Todos estos temas se encuentran debidamente desarrollados y examinados en la ob. cit. de Reyes Alvarado, Y; en particular a partir de la p. 7 hasta la 48, de donde hemos tomado en esencia los datos referidos.

17 Bustos y Larrauri, ob. cit. p. 66.

18 Bustos y Larrauri, ob. cit. p.67.

19 Bustos y Larrauri; ob. cit. ps. 65 y siguientes.

Un primer elemento definitorio de lo que es la teoría objeto de nuestro estudio, nos lleva a presentar lo que se conoce como riesgo jurídicamente desaprobado, que a su vez parte de lo que debe entenderse como riesgo permitido: "Para que un riesgo pueda ser considerado como permitido no basta tan solo que la actividad de la cual emana represente considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad, sino que es indispensable la absoluta indeterminación de las potenciales víctimas de ese riesgo residual; por ello, en el hipotético evento de que anticipadamente pudieran ser individualizadas las víctimas de una actividad peligrosa ella debería ser prohibida porque su desarrollo no puede prevalecer frente a la inminente lesión de un individuo..."²⁰

Así, tal como lo señala Reyes Alvarado, cuando una actividad se desarrolla dentro de un riesgo socialmente visto como permitido, "no puede dar lugar a reproche jurídico, de ninguna naturaleza, aún en el evento de que se generen lesiones a particulares".²¹

Es importante aclarar que para la Imputación Objetiva todo elemento de subjetividad dentro de la acción queda excluida (quedando el dolo y la culpa dentro de la culpabilidad, sea, la imputación subjetiva). Por lo tanto, si una lesión o cualquier resultado con importancia para el Derecho Penal es consecuencia de una actividad desarrollada dentro del riesgo permitido, la intención o negligencia del sujeto pierden toda importancia. Por ejemplo, si un sobrino manda a su tío rico a un viaje en avión esperando que éste muera en un accidente y éste en efecto sucede, el accidente en sí siempre quedará dentro del riesgo permitido a pesar del ánimo de matar del sobrino.

Una crítica válida ante soluciones como ésta que propone la teoría de la Imputación Objetiva, es la siguiente: no es necesaria la

creación de toda una estructura jurídico penal para arribar a aquellas conclusiones, ya que la lógica común señala que todo medio de transporte implica un riesgo aceptado por la sociedad, el cual está dispuesto a asumir el usuario de él.

Cabe entonces advertir que si para el común de la sociedad tales conductas (como en el caso anterior la del sobrino) son irrelevantes, con mayor razón ni siquiera deben ser objeto de análisis dentro del derecho penal.

Para la teoría de la Imputación Objetiva, el criterio del riesgo permitido es y debe ser aplicable para todo delito culposo o doloso, siendo esto "importante consecuencia del reconocer que la calificación de una conducta como permitida o desaprobada no depende de la intención del autor".²²

El riesgo permitido, dentro de la Teoría del Delito, forma parte del injusto (no de la imputación subjetiva, culpabilidad) y es aplicable a todo tipo de delito y a las tentativas en sí.

a. La creación de un Riesgo Jurídicamente Desaprobado

Como apuntábamos antes, el Riesgo Desaprobado parte del Riesgo Permitido. Una vez expuesto éste, a grandes rasgos cabe decir que los Riesgos Desaprobados "son todos aquellos riesgos que provienen de conductas desarrollados por fuera de los límites del Riesgo Permitido".²³

Para la fijación de un riesgo como desaprobado la Teoría de la Imputación Objetiva toma como parámetro el consenso social dentro de límites especiales y temporales, puesto que es el grupo social el que debe fijar cuáles riesgos son soportados y cuáles no, en virtud de

20 Reyes Alvarado, Y. Ob. cit. p.s 92 al final y 93 al inicio.

21 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 93.

22 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 86.

23 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 106.

acciones socialmente necesarias, útiles o peligrosas.

El problema de la aplicación del riesgo desaprobado según el criterio de la Imputación Objetiva, está en el cómo demostrar que una conducta está en lo correcto dentro del medio social "siendo aplicable el in dubio pro reo en todas aquellos casos en que no exista certeza sobre si determinada actividad es considerada en su medio social o profesional como la indicada para la situación concreta es que se haya desarrollado".²⁴

Soluciones extraordinarias se han dado a esta interrogante, siendo la más llamativa la creación de la figura del "hombre prudente" o el "hombre medio". La principal crítica a esta figura entre otras²⁵, es la imposibilidad de determinar cómo es, en una sociedad, una persona prudente.

Dentro de las soluciones llamadas "normativas" está en primer término, el recurrir a las normas escritas, no escritas, etc., como indicadores de si la actuación fue o no conforme a un deber.²⁶

Se propone, en segundo lugar, el análisis a profundidad de "la situación concreta en que el autor se encontraba al momento de producir el riesgo de cuyo análisis se trata".²⁷

La valoración del riesgo según la situación concreta no aleja a éste del punto objetivo, ya que no se explora dentro de la subjetividad del autor del hecho para determinar el tipo de riesgo, sino que la Imputación Objetiva recurre a un análisis de la conducta que le era exigible a todos aquellos sujetos que dentro de las mis-

mas circunstancias en que estará el autor, se hubiesen enfrentado a la situación dada.²⁸

Los criterios para la determinación de la conducta como creadora o no de un riesgo desaprobado son: la exigibilidad personal (sea, la exigible a cada persona según su rol social), la exigibilidad temporal (qué era y qué no era exigible en ese momento; es decir, si socialmente una conducta era vista como aprobada o desaprobada) y la abstracción de riesgos residuales permitidos o niveles de riesgo que no se pueden eliminar del todo.

Un supuesto importante, para la teoría estudiada - en la actuación de cada sujeto en una sociedad - es el llamado Principio de Confianza.

Este principio enuncia, en forma general, que cada persona puede "organizar el propio comportamiento sobre el supuesto de que los demás actuarán reglamentariamente."²⁹

Es aplicado, por ser parte del riesgo permitido, a todo tipo de delito³⁰, teniendo como limitación básica el que deja de ser aplicable cuando a una persona se le exige una actuación determinada, como cuando se prevee que un tercero actuará indebidamente.³¹

En su total desenvolvimiento o con sus limitaciones, el principio de confianza es siempre aplicable cuando hay una pluralidad de personas relacionándose en todo campo de la vida social.

Para la determinación de riesgos, jurídicamente desaprobados, toman en cuenta los autores aquellas situaciones donde se dan variaciones internas de riesgos y cambio de riesgo (sea elevación del riesgo o aceleración del re-

24 Lenckmer. cit. por Reyes Alvarado, Ob. Cit., p. 107.

25 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 111 - 112.

26 Se le critica a esta "solución" el hecho de que, si bien las normas pueden ser pautas, para llegar a determinar un riesgo como aprobado o no, no siempre es suficiente para su demostración, ya que el análisis siempre debe hacerse sobre la situación concreta (Reyes, p. 119)

27 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 126.

28 Ibid, p. 129.

29 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 145.

30 Sea delito doloso o culposo, de acción u omisión.

31 Por ejemplo, cuando un conductor debe ceder en su prioridad de paso, al preveer que otro conductor NO respetará la señal de Alto que le corresponde hacer.

sultado). En ambos supuestos debe analizarse la situación para establecer si sigue persistiendo el mismo o en realidad se creó un nuevo riesgo jurídicamente desaprobado.

La conformidad de la "víctima" es otro supuesto relevante para la determinación del riesgo desaprobado. Siendo ésta excluyente de la tipicidad y no regida por las reglas del consentimiento, "desde el punto de vista de la teoría de Imputación Objetiva quien desarrolla una conducta con la aquiescencia del titular del bien, no ha generado con su actuación el riesgo jurídicamente desaprobado".³²

El siguiente supuesto, el consentimiento, sí necesita, a diferencia de la conformidad, la capacidad del titular del bien. Opera igual que la conformidad, siendo excluyente de la tipicidad (y siendo también a veces, causal de justificación, por excusar la antijuridicidad).³³

Otro supuesto donde es relevante el trato del riesgo desaprobado, es en aquellas acciones denominadas "de propio peligro", es decir, aquéllas en que "el daño es producto de la imprudencia del titular del bien ... relevando de responsabilidad al causante de él".³⁴

Es estas acciones, será responsable del daño quien tenía en sus manos el poder de evitarlo, siendo que, si el titular del bien era quien podía evitar el daño y no lo hizo, el autor de la acción es totalmente irresponsable del hecho. Por ejemplo, si un sujeto se lanza bajo las llantas traseras de un automóvil con la intención de suicidarse, evitando que el conductor observe su actuación, la muerte consecuencia de este acontecimiento no será reprochable al conductor.

Una vez planteada, desde el punto de vista de la Imputación Objetiva, la creación de un riesgo desaprobado como criterio mismo de

imputación, debe analizarse el segundo criterio: la realización de dicho riesgo en el resultado.

b. Realización de Riesgos

En lo referente a la forma como debe ser denominada la relación que necesariamente debe existir entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante, para poder afirmar que este último es objetivamente imputable a determinada persona, existe una enorme confusión terminológica;³⁵ empero, Reyes Alvarado considera que la denominación más acertada es la de "realización de riesgos" porque con ella se comprende inequívocamente, que lo que se pretende destacar es la necesidad de la existencia de un vínculo entre conducta y resultado, el cual solamente estará presente cuando el riesgo jurídicamente desaprobado haya sido el mismo que se realizó en el resultado penalmente relevante.³⁶

Ahora bien, es necesario conocer cuándo un resultado lesivo puede estimarse como producto de la realización de un riesgo determinado. Para ello partimos del siguiente principio de análisis: Cuando sin la conducta generadora de un riesgo desaprobado es imposible explicar el resultado penalmente relevante, estaremos en presencia de un comportamiento que, habiendo producido un riesgo jurídicamente desaprobado, se realizó en el resultado.

Y, por el contrario, cuando un resultado penalmente relevante pueda ser explicado sin la información que suministra una conducta (así ella haya generado un riesgo desaprobado), se tratará de un comportamiento que, pese a haber generado un riesgo jurídicamente desaprobado, no se realizó en el resultado penal-

32 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 166.

33 Por ejemplo, no constituye el delito de hurto el tomar el juguete de un niño con su aquiescencia, siendo este un ejemplo de exclusión de la tipicidad por conformidad. Por otra parte, quien le permite al médico, en virtud de una grave enfermedad la amputación de una pierna, otorga su consentimiento y la acción del médico no constituye el delito de lesiones gravísimas.

34 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 167.

35 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 196.

36 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 199.

mente relevante. Veamos la aplicación de este criterio en la resolución de un caso de la jurisprudencia alemana: Se trata del conductor de un camión que ejecuta una imprudente maniobra de sobrepaso, durante la cual un ciclista ebrio, a quien trataba de adelantar, cae debajo de las ruedas traseras de su vehículo y perece. En este caso vemos que el conductor del camión al adelantar a una distancia menor de la legalmente establecida crea un riesgo jurídicamente desaprobado, empero, también crea un riesgo desaprobado quien conduce una bicicleta en estado de ebriedad. Para determinar cuál de los dos riesgos se realizó en el resultado, tenemos que preguntarnos si la ebriedad del ciclista es condición o información indispensable para explicar su muerte. Si se demuestra que el ciclista se tambaleó y cayó bajo el camión porque su estado de ebriedad no le permitía mantener el equilibrio, concluiremos que la corta distancia de sobrepaso empleada por el chofer del automotor no es útil para explicar la muerte de la víctima, pues ella se explica exclusivamente por el estado de ebriedad. Si por el contrario se demuestra que el ciclista cayó bajo el camión debido al sobresalto que le produjo la estrecha maniobra de sobrepaso del camión, vemos que lo que explica la muerte es la maniobra de adelantamiento y no el estado de ebriedad. Y, finalmente, si en el proceso no se puede determinar la causa por la cual el ciclista tambaleó y cayó debajo del camión, debemos aplicar el indubio pro reo para absolver al conductor referido; ello por falta de demostración de un requisito importante de la Imputación Objetiva: el de la realización del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado penalmente relevante.³⁷

En síntesis: Para una parte de la doctrina la Imputación Objetiva tiene únicamente dos elementos, a saber, la creación de riesgos jurídicamente desaprobados y la realización de

dichos riesgos en el resultado penalmente relevante.³⁸

Para este mismo sector, la teoría de la Imputación Objetiva es una teoría completa, que se basta a sí misma sin necesidad de correctivos; aplicable por igual a acciones u omisiones, delitos dolosos o culposos. Se afirma, que dentro del juicio de Imputación Objetiva lo determinante es establecer si quien tenía la obligación de comportarse de determinada manera lo hizo o no, y de no hacerlo, si esa conducta desviada generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado se puede considerar realizada en el resultado penalmente relevante. Si la defraudación de las expectativas de comportamiento generadoras de un riesgo desaprobado pueden calificarse de acciones o de omisiones carece de relevancia puesto que en el plano naturalístico ni en el jurídico existen las omisiones.³⁹ Es evidente que en la naturaleza no existen las omisiones, y en el campo jurídico en el fondo de todos los delitos de omisión existe una acción, sólo que ella es jurídicamente reprochable en cuanto no era la conducta que se esperaba del sujeto; por ejemplo, el salvavidas que se duerme en su trabajo no está dejando de ejecutar una acción, sino por el contrario realizó una acción que al no ser la que le es exigida le genera un reproche. Continuando con la misma exposición doctrinal, la teoría de la Imputación Objetiva procura ser aplicada tanto a delitos dolosos como culposos. Los fenómenos del dolo y la culpa no interesan a fin de imputar objetivamente un resultado lesivo a un individuo, sino que estos se considerarán en un análisis que es posterior al de la Imputación Objetiva, a saber, el que corresponde a un juicio de imputación subjetiva, en el cual se aborda el aspecto volitivo de la conducta.

Tal idea ha sido objeto de fuertes críticas por parte del finalismo, ya que la Imputación

37 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 281 - 282.

38 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 298.

39 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 296 - 297.

Objetiva sigue la antigua y cuestionada línea de pensamiento (especialmente causalista) de ubicar el dolo y la culpa dentro de la culpabilidad, crítica que desarrollaremos más adelante.

Para Reyes Alvarado la teoría de la Imputación Objetiva no es un conjunto de aislados intentos de corrección del sistema finalista, sino que se trata de toda una elaboración de la concepción del delito.⁴⁰

c. Otros criterios de imputación.

Aparte de los que ya fueron expuestos, hay que aclarar que el contenido y número de estos varía entre los seguidores de la doctrina referida, y a los criterios de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de realización del riesgo, los autores suelen agregar uno más: la denominada esfera de protección de la norma.

c.1 La esfera de la protección de la norma como criterio de imputación

Por ejemplo, dos ciclistas marchan sin luz en la oscuridad, uno detrás de otro, y un tercer ciclista que viene de frente choca con el primero. Al ir el segundo ciclista sin luces incrementó el peligro de accidente para el primer ciclista. Para Roxin el resultado no es imputable debido a que "la esfera de protección de la norma que impone el deber de alumbrado sólo se extiende a los riesgos de accidentes que procedan de la propia bicicleta".⁴¹

Una crítica insalvable que se hace al criterio del fin de protección de la norma es su imprecisión, lo cual puede observarse con un caso de la jurisprudencia española: Un sujeto pierde el control del vehículo que guiaba e invade la zona destinada a los peatones, embistiendo a tres personas (dos mujeres y un hombre). Dos esquivan el vehículo y la otra es mortalmente golpeada. Una de las mujeres que logra evadir el automóvil, atraviesa despa-

vorida la calle en busca de la esposa del fallecido, siendo arrollada en su alocada carrera por un carro cuyo conductor nada pudo hacer para evitar el atropello. Frente a la interrogante de si al conductor que invadió la zona peatonal debería serle imputable no sólo la muerte de quien directamente arrolló, sino también las lesiones de la atemorizada mujer, el profesor Luzón Peña y el Tribunal Supremo español admiten la imputación de ambos delitos invocando el fin de protección de la norma, mientras que otros autores como Gorcoy Bidasolo y Silva Sánchez niegan esa posibilidad (de imputar a aquél las graves lesiones de la mujer) invocando igualmente el fin de protección de la norma.⁴²

Vemos así que, dependiendo de la forma amplia o estricta en que se interprete la norma, cabrá o no la Imputación Objetiva de un resultado.

Podemos agregar un criterio más:

c.2. El criterio de la adecuación o la previsibilidad

Para que a una acción que cause un resultado se le impute el mismo, es necesario que ésta sea "ex - ante", objetivamente previsible para quien va a producir ese resultado; ello desde el punto de vista del hombre medio.

ej. A disparó contra B. Es previsible para A que va a matar o lesionar a B.

A este criterio se le critica la dificultad de determinar cuál es el punto de vista del hombre medio como ya anteriormente se señaló.

IV. Principales críticas a la teoría de la Imputación Objetiva

a. Una de las principales críticas a la Imputación Objetiva la efectúan los seguidores de la doctrina finalista, señalando precisamente su inclinación hacia el causalismo, dado que

40 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 74.

41 ROXIN citado por Bustos y Larrauri; Ob. Cit. p. 95.

42 Reyes Alvarado, Y. Ob. Cit. p. 216.

ubica los problemas del dolo y la culpa dentro del elemento culpabilidad.

La estructura que plantea la Imputación Objetiva, a saber, imputación objetiva - culpabilidad subjetiva, no es del todo conveniente porque "si la conducta siempre tiene una finalidad, al no tomar en consideración la finalidad no se está tomando en consideración la conducta, sino un proceso causal (...) Esta afirmación es sumamente grave porque contradice la esencia del Derecho: lo típico y antijurídico no serán conductas sino procesos causales".⁴³

b. En sistemas penales como el costarricense, la responsabilidad penal es exclusivamente personal, lo cual está garantizado de ese modo en la Constitución Política.⁴⁴

Ante ello, la aplicación de la teoría de la Imputación Objetiva podría implicar (de acuerdo con la interpretación extensiva que se comentó) la violación de uno de los principios básicos del Derecho Penal, ya que pueden resultar imputados sujetos que no fueron los autores del hecho delictivo. Por ejemplo: X, menor de edad, con la autorización de su padre toma un auto y por su impericia atropella a un sujeto. Para la teoría de la imputación el padre de X es penalmente responsable porque al romper la exigencia de velar por el buen comportamiento de su hijo, en el sentido de no permitirle conducir sin el permiso adecuado, estaría

creando un riesgo jurídicamente desaprobado. Tal riesgo se realiza en el resultado muerte del peatón, teniéndose así completa una Imputación Objetiva.

Si bien civilmente es muy común la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos, en materia penal ello no es procedente ya que la responsabilidad - según se señaló - es personalísima. Así, el único imputado en el ejemplo podría ser el niño X, que incluso, si fuese menor de doce años, no respondería penalmente según lo establece la legislación vigente en esa materia.

c. A pesar de ser una teoría nacida hace muchos años, aún no logra la univocidad de opiniones necesaria para poder ser fielmente aplicada y sin contradicción. Por eso consideramos que el principal problema de la teoría examinada es la amplitud de fórmulas que existe a nivel doctrinario sobre su esencia y fundamentos.

La existencia de una multiplicidad de criterios de imputación⁴⁵, la diversidad de sus contenidos, dependiendo del autor que los trate, y la gran cantidad de críticas esbozadas, nos revelan que la teoría de la Imputación Objetiva no es todavía pacíficamente aceptada (por lo menos aún) en el moderno tratamiento del Derecho Penal.

43 Zaffaroni, Ob. Cit. p. 352- 353.

44 Así se extrae de los artículos 37 y siguientes de la Constitución Política.

45 Contra esa denominación Reyes Alvarado alega que la teoría de la Imputación Objetiva es más que un simple agregado de criterios de imputación. Para él la citada teoría es todo una nueva estructuración de la teoría del delito. Ver Reyes Alvarado, Y.; Ob. Cit. ps.72 y siguientes.

BIBLIOGRAFIA

Bustos Ramírez (Juan) y Larrauri (Elena). *La Imputación Objetiva*, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1989.

Carrasquilla Fernández (Juan). *Derecho Penal Fundamental*, Segunda Edición, Vol. II, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1992.

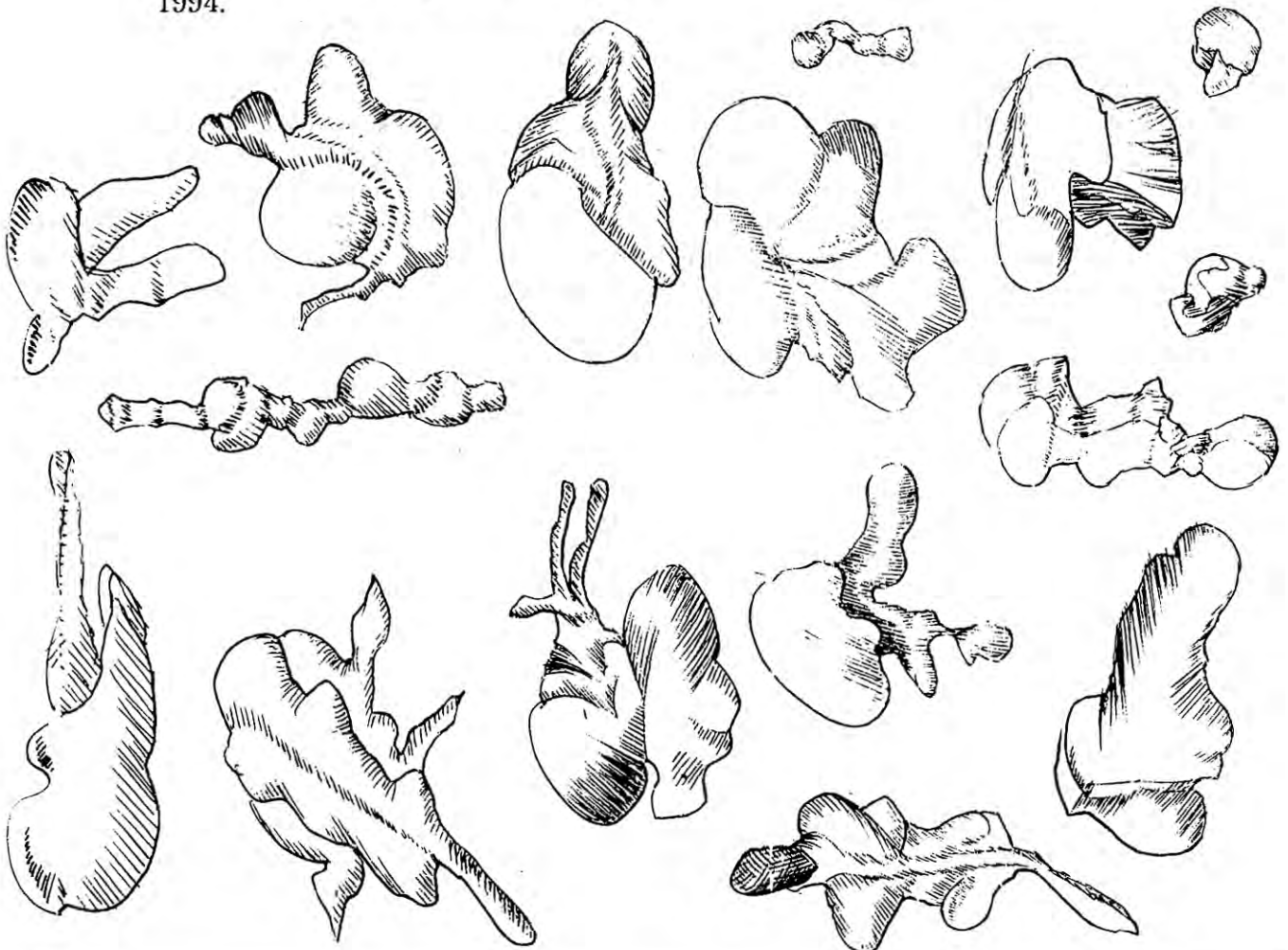
Muñoz Conde (Francisco). *Teoría General del Delito*, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1994.

Reyes Alvarado (Yesid). *Imputación Objetiva*, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1994.

"Antijuridicidad Material e Imputación Objetiva". *Revista del Colegio de Abogados de Bogotá y Cundinamarca El Penalista* n° 7, Edic. Librería del Profesional, Colombia, 1995.

Zaffaroni (Eugenio R.). *Manual de Derecho Penal*, Parte General. Sexta Edición, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1988.

Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo III, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1981.



EL TRIBUNAL (PENAL) INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA

Jorge Rhenán Segura¹

“Los delitos contra el derecho internacional son cometidos por hombres, y no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional”.

Tribunal de Nüremberg

INTRODUCCIÓN

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de acuerdo a las facultades que le otorga el Capítulo VII de la Carta decidió crear por medio de la Resolución 808, de fecha 22 de febrero de 1993, “un Tribunal Penal Internacional para el procesamiento de las personas responsables de las serias violaciones de derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991”.

La Resolución 808 forma parte de una serie de resoluciones que desde inicios de 1991 ha venido tomando el Consejo de Seguridad

ante las graves violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas por las diferentes partes en conflicto en los territorios de la ex-Yugoslavia². Dicha resolución es muy importante porque es la primera vez en toda la historia de Naciones Unidas, que el Consejo de Seguridad establece un órgano semejante en virtud de los poderes que le confiere el Capítulo VII de la Carta: “Acción en caso de amenazas a la Paz, quebrantamientos de la Paz o Actos de Agresión”. El establecimiento de dicho Tribunal Internacional para la ex- Yugoslavia es una creación sui generis, sin precedentes en las Naciones Unidas y constituye toda una novedad en el ámbito del derecho internacional de los últimos años.

La decisión del Consejo de Seguridad de establecer un Tribunal Internacional obedece sin duda a una serie de cambios que el Mundo ha experimentado en los últimos años a raíz del fin de la Guerra Fría y del sistema bipolar. Los clásicos conceptos internacionales de soberanía, no intervención y libre determinación de los pueblos se encuentran actualmente desfasados. La Sociedad Internacional vive hoy un nuevo paradigma, el de la Sociedad Global, transnacional e interdependiente y el Estado quiera o no, ha ido perdiendo el poder y la autonomía que tenía en el pasado, debido entre

¹ Embajador de Costa Rica, Profesor de Derecho y Política Internacional. Embajador Permanente de Costa Rica ante las Naciones Unidas en Ginebra y Profesor de la Universidad de Ginebra.

² Las más importantes de dichas resoluciones son: Res. 764 (1992) de 13 de julio de 1992; Res. 771 (1992) de 13 de Agosto de 1992; Res. 780 (1992) de 6 de octubre de, 1992.

otras razones al protagonismo de los actores no estatales y también a los procesos de cooperación e integración cada vez más consolidados en la sociedad internacional³.

La creación del Tribunal (Penal) Internacional para la ex-Yugoslavia es una respuesta rápida que ofrece la Comunidad Internacional a las atroces violaciones de derecho internacional cometidas en los antiguos territorios que comprendían la República Federal de Yugoslavia. Como sabemos una de las funciones básicas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (en adelante Consejo de Seguridad) es velar por el respeto de la paz y la seguridad internacional a escala universal y este fue el motivo principal para crear dicho Tribunal. Las violaciones masivas y flagrantes de derechos humanos perpetradas en ocasión del conflicto armado en la ex-Yugoslavia constituyen una seria amenaza para la paz y la seguridad internacional y desde el inicio de las negociaciones para buscar la paz para la Región, los portavoces designados por la ONU para mediar en el conflicto, los señores Vance y Lord Owen pusieron de manifiesto que la paz sólo era posible con el restablecimiento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y con el consiguiente juzgamiento por una Corte Penal Internacional de las personas acusadas de haber cometido los crímenes contra la humanidad.

La creación, así como el método y la eficacia que se siguió para la creación del Tribunal (Penal) Internacional, posiblemente no ha sido una de las mejores fórmulas para hacer respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales. Para gran parte de la opinión pública internacional el establecimiento de dicho Tribunal no es otra cosa que un gesto de buena voluntad para que las Naciones Unidas

se "laven las manos" ante las atrocidades cometidas en este país europeo. Sin entrar a juzgar éstas u otras opiniones, es importante decir que el nuevo órgano recién creado, constituye una experiencia operacional que sin duda es un avance positivo hacia la idea de crear una jurisdicción criminal universal. Es asimismo importante porque permitirá proporcionar un mayor impulso a los proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas, referentes al establecimiento de una jurisdicción Penal Internacional y a un Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

El propósito del presente trabajo es pasar revista a los antecedentes históricos del Tribunal (Penal) Internacional recién establecido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, analizar su creación y sus fundamentos jurídicos, así como su funcionamiento, sus procedimientos, sus garantías procesales, su estructura y demás características.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

1-a) Primera Parte: De la Sociedad de Naciones al Tribunal de Nüremberg:

En el siglo XIX, un grupo de juristas norteamericanos asociados en "Peace Society" elaboraron un proyecto de Código Penal Internacional que contemplaba entre otras cosas, un Tribunal Penal Internacional, pero la idea nunca encontró mayor repercusión; no es hasta después de finalizada la Primera Guerra Mundial que se piensa seriamente en la creación de dicho Tribunal. En efecto, el Tratado de Versalles de 1919, dispuso que era necesario perseguir a los criminales de guerra. Las potencias vencedoras exigieron a Alemania entregar a

3 J. Rhenán Segura. "El Derecho de Injerencia". En *La Nación*, p. 15 A. 4 de enero de 1993. Por ejemplo, el mismo "derecho" o "deber" de injerencia utilizado en aquellos lugares donde se lleva a cabo una violación sistemática y masiva de los derechos humanos, es uno de los ejemplos de que no hay soberanía en cuestiones humanitarias. Véase también mi trabajo "El Derecho de Injerencia humanitaria: Una obligación internacional". En *Revista de Relaciones Internacionales* N°49, Universidad Nacional, Tercer Trimestre, 1994.

todos los criminales de guerra empezando por el depuesto Kaiser Guillermo II para que fueran juzgados por Tribunales militares, "por actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra" y "por ofensas supremas contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados" según lo dispuesto en los artículos 227, 228 y 229 del Tratado de Versalles. El emperador alemán y muchos de sus lugartenientes buscaron refugio en los Países Bajos y no fueron extraditados, por lo que nunca se aplicaron los citados artículos.

En la misma década del 20, "La Asociación de Derecho Penal" propuso que se estableciera en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) de La Haya, dos cámaras especiales encargadas de la justicia penal, una para juzgar los crímenes internacionales cometidos por los Estados y la otra para juzgar a los individuos por el mismo delito. Pero en ese momento no existió voluntad política, a pesar de que dos años después, en 1928, la Unión Interparlamentaria insistió en el proyecto. La idea de creación de un Tribunal Internacional durante todos los años de entreguerra no será viable. En las postrimerías de la II Guerra Mundial se dio un nuevo intento por parte de la Sociedad de Naciones (16-11-1937) para establecer una jurisdicción penal internacional para los delitos de terrorismo en una Corte Penal, pero en estos momentos de gran incertidumbre y caos político, la Convención elaborada para tal caso no tuvo ningún apoyo.

La idea del establecimiento de un tribunal penal internacional vuelve a surgir de nuevo al final de la II Guerra Mundial, con la victoria de las fuerzas aliadas. Los Aliados en 1943, en la llamada Declaración de Moscú y en el Acuerdo de Londres de 1945, se comprometen a castigar no sólo a los culpables de haber llevado

a la guerra, sino a los culpables de las atrocidades cometidas durante el conflicto. En ese momento, el Mundo descubría con horror las cámaras y los crematorios nazis para exterminar al pueblo judío y otros grupos minoritarios. En las zonas ocupadas por las fuerzas aliadas se establecieron Tribunales Militares que comenzaron a juzgar a los militares de rango inferior y a todos los colaboracionistas de los nazis y fascistas. En esos tribunales militares internos privó el principio jurídico de la responsabilidad individual en virtud de las obligaciones internacionales, rechazándose el principio de la obediencia debida y el delito de la violación a las leyes y costumbres de la Guerra establecidas en las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907. El juzgamiento de los altos mandos del ejército se reservó para dos tribunales especiales, el de Nüremberg y el de Tokyo.

1-b) Segunda Parte: De Nüremberg a la ex-Yugoslavia:

Al final de la II Guerra Mundial, las Fuerzas Aliadas por común acuerdo establecieron dos Tribunales especiales, el de Nüremberg (1946-1947) y el de Tokyo (1946)⁴. El acuerdo fue suscrito además por Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Holanda, Honduras, India, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay y Venezuela. El primero de estos tribunales se estableció mediante una carta especial denominada "Carta del Tribunal Militar Internacional" (Nüremberg) que fue la base jurídica que estableció las categorías para juzgar por crímenes contra la paz (jus ad Bellum) (la dirección, la preparación, dar inicio y continuar la guerra de agresión en

⁴ En realidad, las Fuerzas Aliadas establecieron sólo el Tribunal de Nüremberg. El tribunal de Tokyo fue establecido mediante proclama por el comandante en jefe de las Fuerzas Armadas en el Lejano oriente, Gral. Mac. Arthur en entendimiento con China, y otros países victoriosos en la contienda. El Tribunal de Tokyo se basó en los procedimientos de Nüremberg, aunque las principales autoridades de este Tribunal fueron nombradas por Mac. Arthur. Véase: H.H. Jescheck: "Nüremberg Trials". En *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4 (1982), pp. 50-57 y B.V.A. Röling: Tokyo Trial, idem, pp 242-245.

violación a los tratados internacionales) y crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (jus in Bello) (violaciones a las costumbres y leyes de la guerra, comprendiendo por esto, los asesinatos, la deportación, los trabajos forzados, el maltrato y la exterminación de civiles y militares, la ejecución de prisioneros, la destrucción y devastación de ciudades, entre otros; por crímenes contra la humanidad, el asesinato, la exterminación, la reducción a la esclavitud, la deportación y la persecución de la población por motivos políticos, religiosos o raciales y todo otro acto inhumano o degradante contra la población civil) y conspiración y complot (que comprendía a los dirigentes, provocadores, organizadores y cómplices que habían participado en un plan concreto para cometer cualquiera de los crímenes definidos).

Durante los juicios de Nüremberg y después, muchos autores han discutido y polemizado sobre la dudosa validez de la Carta y el fallo de Nüremberg, sobre todo por las categorías que se emplearon: crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad, y por su aplicación ex post facto de supuestas reglas de derecho internacional (Nullum crimen sine lege). El mismo Tribunal de Nüremberg se defendió alegando que los crímenes contra la paz ya estaban sancionados en el derecho internacional desde la firma del Pacto de renuncia a la guerra o Pacto Briand-Kellog de 1928 que consideraba la guerra proscrita y en cuanto a la categoría de crímenes contra la humanidad, sin duda no se encontró excusa, y coincidimos con Miaja de la Muela, que éste fue el aspecto más innovador y revolucionario, en la medida en que no existía una tipificación prevista.⁵

Posteriormente a los juicios de Nüremberg, la Asamblea General de Naciones Unidas

decidió adoptar por medio de la Res. 95 (I) de 11 de diciembre ciertos elementos y principios de derecho internacional que se habían invocado en su momento en el Tribunal, con lo que se puede interpretar que la Comunidad Internacional afirmó los principios de Nüremberg, además solicitó que la Comisión de Derecho Internacional elaborara un Código de crímenes contra la paz y la seguridad internacional, que ha sufrido innumerables vicisitudes, postergaciones y que aún no se ha aprobado por falta de voluntad política de algunos miembros de la ONU, recién en 1991 se realizó su primera lectura.⁶ Dichosamente en estos años se logró avanzar por otros caminos y se aprobaron los Convenios de Ginebra de 1949, y sus dos Protocolos Facultativos de 1977, así como la Convención sobre la no aplicabilidad de medidas de prescripción a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad, adoptada por la Asamblea General por medio de la Res. 2391 (XXII) de 26 de noviembre de 1968.

Respecto al problema de la jurisdicción criminal internacional, la Asamblea General por Resolución 260 B (III) de 9 de diciembre de 1948, invitó a la CDI "a examinar si es conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos, que fueren de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales" e invitó a la Comisión a prestar atención, cuando procediese a ese examen, "a la posibilidad de crear una Sala de lo Penal en la Corte Internacional de Justicia. Para tal efecto se designó un Relator Especial que después de elaborar el informe respectivo se pronunció sobre la inconveniencia de crear una Sala de lo Penal en la CIJ, aunque siempre era posible modificando el artículo 34 de su Estatuto que dispone que

5 Miaja de la Muela. A. ("El Genocidio, delito internacional", *Rev. Española de Derecho Internacional*, 1951, Vol. IV, 2, pp. 363-408), citado por Manuel Díez de Velasco: *Instituciones de Derecho Internacional*. Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 663 y sgtes. Sobre las funciones del Tribunal de Nüremberg, recomendamos: Joseph Persico: *Nüremberg: Infamy in Trial*, Ed. Viking, Londres, 1994.

6 Sobre la evolución de dicho Código en el seno de Naciones Unidas, véase: Naciones Unidas: La Comisión de Derecho Internacional y su obra. Ginebra/Nueva York, ONU, 4. Ed. 1989. También: Christian Tomuschat: "Creación de un sistema de Enjuiciamiento Penal Internacional", *Comisión Internacional de Juristas: La Revista*, N° 50, 1993, p.p. 62 y sgtes.

sólo los Estados podrán ser parte en casos ante la Corte⁷. Siguiéron nuevos estudios y nuevas resoluciones pertinentes, sin embargo, al igual que el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad Internacional”, los trabajos se han venido posponiendo hasta principios de la presente década.

En 1990, la Asamblea General de la ONU volvió a discutir algunos aspectos relacionados con el proyecto de creación de la jurisdicción penal internacional y en ese momento el profesor Stephan C. McCaffrey de la CDI declaró que “existía un amplio acuerdo, en principio, sobre el deseo de establecer un tribunal penal internacional permanente dentro del sistema de Naciones Unidas. El clima internacional actual parece particularmente favorable para la creación de dicho Tribunal... y sería lamentable que se perdiera esta oportunidad”⁸. El Informe que la CDI presentó ante la Asamblea General ofrece algunas de las más importantes disposiciones y formulaciones provisionales sobre lo que debe ser el Tribunal, su Jurisdicción y los requisitos para la institucionalización de los procedimientos penales⁹. En 1992, el Relator Especial del Proyecto de Código de la CDI, Sr. Doudou Thiam, presentó su Décimo Informe dedicado a la cuestión de la jurisdicción penal internacional que produjo un debate muy importante en el seno de la Comisión de Derecho Internacional en su período de sesiones de ese mismo año. La CDI después del informe presentado por Thiam conformó un Grupo de Trabajo para el establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Dicho Grupo de Trabajo presentó en 1993 un Informe

en donde concluye “que tal organismo es posible¹⁰ y en consecuencia enuncia una serie de recomendaciones y sugerencias. En este mismo año, la CDI volvió a revisar de nuevo el proyecto para transmitirlo a la VI Comisión de las Naciones Unidas durante el período de sesiones de la Asamblea General de 1994, que después de un intenso debate, decidió conformar una Comisión de Expertos para que volviera a analizar la propuesta a partir de 1995.

En el 49, Período de Sesiones de la Asamblea General, se presentaba una coyuntura muy especial, todo indicaba que las condiciones estaban dadas para seguir adelante en la creación de un tribunal penal internacional de alcance universal, ya que se tenía la experiencia del recién establecido Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia y el proyecto de Resolución del Consejo de Seguridad 955 (1994) de 8 de noviembre de 1994, aprobado con el fin de juzgar a los culpables de genocidio y violación de derechos humanos en la pasada guerra civil en Ruanda,¹¹ sin embargo, una vez más, los Estados decidieron posponer el proyecto.

Al lado de los esfuerzos realizados para la creación de una jurisdicción penal internacional, a inicios de los años noventa, comienzan los graves problemas de violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la guerra civil que comenzó a vivir Yugoslavia a raíz de su desintegración política; ante los hechos denunciados, el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y en general la Comunidad Internacional piden que se juzgue sin mayor dilación a los principales respon-

7 La CDI y su obra, op.Cit. p.30 y sgtes.

8 Sthephan C. Mccaffrey: *The Forty-Second Session of the International Law Commission*, 84 Am. J. Int'L.930,933 (1990).

9 Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 43 Período de sesiones, N.U.A.G. Doc. oficiales, 46 Período de sesiones, Supl. N° 10, Doc. NU A/46/10 (1991).

10 Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 44 período de sesiones, Sup. N° 10 (A747710-1992).

11 El Consejo de Seguridad por medio de la Res. 955 (1994) del 8 de noviembre de 1994, decide en el marco del Capítulo VII de la Carta, el establecimiento de “un tribunal internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994...”.

sables de las atrocidades cometidas en dicha guerra¹². Ante ese clamor internacional, el Consejo de Seguridad adopta varias resoluciones pertinentes y en atribución propia de sus funciones, de acuerdo al Capítulo VII de la Carta de la ONU, crea mediante la Resolución 808 (1993) de 25 de mayo de 1993, un Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de las graves violaciones de derecho internacional humanitario cometidas después de 1991 en los territorios de la ex-Yugoslavia.

2. EL TRIBUNAL (PENAL) INTERNACIONAL DE LA HAYA.

2-a) Antecedentes "Legislativos":

Es importante a continuación, comentar algunos aspectos jurídicos relacionados con la competencia del Consejo de Seguridad para crear el Tribunal. Antes de la creación propiamente dicha del Tribunal, el Consejo de Seguridad como hemos indicado aprueba una serie de resoluciones. En la Res. 764 (1992) de 13 de julio de 1992, se reafirma que todas las partes en el conflicto están obligadas a respetar sus obligaciones de derecho humanitario, en especial las Convenciones de Ginebra de 1949 y se hace ver en dicha resolución, la responsabilidad individual cometida por los violadores de las disposiciones de derecho humanitario. En la Resolución 771 (1992) del 13 de agosto de 1992, el Consejo de Seguridad se manifiesta gravemente alarmado por las informaciones provenientes del frente de guerra y condena todas las violaciones de derechos humanos, en especial la llamada "depuración étnica" (*nettoyage ethnique*) y exige a todas las partes en conflicto que pongan fin a toda violación de derechos humanos. A finales de 1992, el Consejo de Seguridad aprueba una nueva resolu-

ción, la Res. 780 (1992) del 6 de octubre de 1992 en donde solicita al Secretario General que conforme una Comisión imparcial de Expertos encargada de examinar y analizar la información pertinente a las graves violaciones del derecho humanitario internacional cometidas en los territorios de la ex-Yugoslavia. La Comisión nombrada proporciona un Informe (Doc. S/25274), en donde informa de las matanzas masivas, de la "depuración étnica", de violaciones, torturas, destrucción de bienes civiles y culturales, de arrestos arbitrarios, y otros graves delitos de derechos humanos y derecho humanitario. Este informe es muy importante, porque con base a la información que proporciona, el Consejo de Seguridad decide establecer un Tribunal Internacional especial.

En la Res.808 (1993) el Consejo de Seguridad, después de una serie de deliberaciones y de analizar el Informe de la Comisión de Expertos, que da cuenta de las terribles violaciones de derechos humanos, decide crear un Tribunal Internacional que tenga entre otros objetivos contribuir al establecimiento de la paz. En la Res.820 (1993) de 25 de mayo de 1993, el Consejo de Seguridad condena una vez más todas las violaciones al derecho internacional humanitario y en particular la práctica de "depuración étnica", así como la detención y las violaciones masivas que de manera sistemática y organizada se practican contra las mujeres y enfatiza una vez más que se sentarán las responsabilidades individuales. Finalmente tenemos la Res. 827 (1993) de 25 de mayo de 1993, en donde el Consejo de Seguridad retoma los argumentos de todas las resoluciones anteriores y constatando que la situación no ha mejorado sino que se ha agravado y que constituye una amenaza a la paz y a la seguridad internacional, decide crear un Tribunal internacional cuyo -único- y principal

12 Sobre la situación en los territorios de la ex-Yugoslavia, véanse nuestros artículos: "Guerra en los Balcanes" (14 de julio de 1991); "Después de Maastricht" (16 de enero de 1992); "La quinta Guerra Balcánica" (5 de julio de 1992); "La ONU en crisis" (19 de Agosto de 1992); "Guerras en Europa" (18 de octubre de 1992); "Requien por Bosnia" (15 de Agosto de 1993), Pág.15 Diario *La Nación*, Costa Rica.

objetivo sea juzgar a los presuntos responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas en los territorios de la ex-Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991.

La idea misma de creación de un Tribunal Internacional no sólo fue propuesta por las resoluciones del Consejo de Seguridad. Es importante mencionar que además de las resoluciones principales citadas, se dieron una serie de informes preliminares y Resoluciones de la Asamblea General y otros sobre la situación en los territorios ex-yugoslavos que de manera directa o indirecta mencionaban la necesidad de establecer un Tribunal, entre las más importantes resoluciones tenemos, la de la Comisión de Derechos Humanos 1992/S-2/1 del 1 de diciembre de 1992, en donde propone al Consejo de Seguridad que tome las medidas efectivas del caso para poner fin a las violaciones de derechos humanos en la ex-Yugoslavia. Asimismo, la Asamblea General, en su Resolución 47/147 de 18 de diciembre de 1992, responsabilizó personalmente a los violadores de derechos humanos e hizo un llamado para que éstos sean juzgados. La Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa hizo lo mismo, el 7 de noviembre de 1991 solicitó una atención especial para los responsables individuales de las violaciones de derechos humanos e hizo un llamado para que se determinaran rápidamente las pruebas necesarias para juzgar a los criminales de guerra. También los negociadores de la ONU, M. Vance y Lord Owen desde el inicio de su gestión fueron de la idea de que era necesario sentar las responsabilidades de los culpables de las violaciones masivas de derecho internacional humanitario.

2-b) Justificación jurídica de la creación del Tribunal:

Hemos dicho que el Tribunal Internacional fue creado por las resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta. Es importante, explicar a continuación, la justificación y la práctica del establecimiento de este tipo de órganos en Naciones Unidas.

La decisión de creación del Tribunal Internacional por medio de una Resolución del Consejo de Seguridad fue una decisión bastante inédita en el derecho internacional y la práctica seguida por las Naciones Unidas desde su creación en 1945. Sin embargo, no fue la primera resolución adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta. En efecto, anteriormente tenemos, la Res. 687 (1991) del Consejo de Seguridad referente a la situación post-bélica entre Irak y Kuwait. El Consejo de Seguridad creó mediante una resolución una Comisión especial para garantizar las indemnizaciones ocasionadas por la invasión iraquí al Emirato¹³, pero la resolución de creación del Tribunal Internacional es diferente en el sentido que el Tribunal no es una comisión ni un tribunal de arbitraje en donde concurren las diferentes partes, es un órgano jurisdiccional y ésta es su novedad en el derecho internacional.

El Consejo de Seguridad para la creación del Tribunal Internacional recurre al artículo 39 y 41 de la Carta. El primero de estos artículos hace referencia a que el Consejo "determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales" y en el artículo 41 se dispone que "El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no

¹³ Véase: Sélím el Sayegh: "La crise du Golfe: Del interdiction a l'autorisation du recours a la force". Paris, Ed. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1993. †

impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas...”.

Las Resoluciones 808 y 827 mencionadas anteriormente hacen referencias explícitas a que la situación en la ex-Yugoslavia constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales y el Consejo de Seguridad decide la creación del Tribunal como una manera de restablecer la paz y la seguridad internacional. Sin embargo, en las mencionadas resoluciones no se hace ninguna referencia a cómo y con qué procedimiento se debe crear el Tribunal. Generalmente, el método de creación de un Tribunal Internacional debería ser por un Tratado Internacional por medio del cual los Estados Partes lo crean y aprueban su estatuto. Dicho Tratado Internacional, siguiendo la costumbre internacional, sería redactado y sometido a un órgano internacional apropiado, que en este caso sería la Asamblea General o una Conferencia de Plenipotenciarios reunida para tal efecto¹⁴. Un método como el descrito (y el usado) tiene una ventaja, cual es que puede ser analizado y estudiado de manera detallada, pero tiene la gran inconveniencia que requiere de gran cantidad de tiempo no sólo para redactar el tratado, convocar la Conferencia Internacional, sino también para la posterior ratificación del tratado y la situación existente en los territorios de la ex-Yugoslavia no podía esperar más tiempo, se requería una decisión inmediata. El Secretario General propone entonces que la única manera de crear de manera rápida y efectiva el Tribunal es por medio de una Resolución del Consejo de Seguridad sobre la base del Capítulo VII de la Carta, el Tribunal tendrá como objetivo primordial el poner fin a los crímenes perpetrados y tomar las medidas eficaces para juzgar a los responsables de las

violaciones de derecho humanitario. De esta forma el Secretario General, retomando una iniciativa del Gobierno francés¹⁵, propone el siguiente texto al Consejo de Seguridad:

*“Having been established by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 shall function in accordance with...”*¹⁶

La fórmula propuesta fue aprobada unánimemente por los miembros del Consejo de Seguridad. El método propuesto por el Secretario además de rápido y eficaz, tiene la ventaja de que obliga a todos los Estados miembros de la ONU a tomar las medidas del caso para hacer efectivas las disposiciones del Consejo de Seguridad, recordemos que el artículo 48 de la Carta dispone que: “La acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad. Para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales será ejercida por todos los Miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos...”. Recordemos asimismo que de acuerdo al artículo 29 de la Carta de la ONU, el Consejo de Seguridad puede “establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones”, lo que a su vez nos lleva a decir que el Tribunal Internacional creado es un órgano subsidiario del mismo Consejo, a pesar del carácter jurisdiccional que tiene el Tribunal. En cuanto órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, el Tribunal, a nuestra manera de ver, está sujeto a la acción de éste, a pesar que existe una jurisprudencia internacional (Corte Interna-

14 Véase: Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, England; Ed. Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 11 y sgtes.

15 Francia fue el primer país que propuso que un Tribunal tal debería ser creación del Consejo de Seguridad: Véase: Doc. S/25266, de 9 de febrero de 1993, pp 41-43.

16 Nations Unies: Rapport du Secrétaire Général: Doc. S/25704.

cional de Justicia) que dice que no existe necesariamente una correlación entre la naturaleza del organismo principal y la naturaleza de los organismos creados por él¹⁷. Además creemos que el Consejo de Seguridad puede poner fin a las actividades del Tribunal cuando haya considerado que el objetivo por el cual fue establecido ya no tiene razón de ser o cuando también pesen razones de carácter político.

Analizamos a continuación las características, la estructura y competencia del Tribunal.

3 ORGANIZACION, COMPETENCIA Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL:

3-a) Organización:

El Tribunal Internacional de acuerdo a lo dispuesto por el Consejo de Seguridad está constituido por 11 jueces independientes, ciudadanos de los países miembros de las Naciones Unidas, escogidos entre personas caracterizadas por sus altas condiciones morales, profesionales, y de imparcialidad. Los jueces son electos por un período de cuatro años por la Asamblea General de acuerdo a una lista que presenta el Consejo de Seguridad¹⁸. El Tribunal Internacional está conformado por dos Salas de primera instancia, integrada cada una con tres jueces y una Sala de Apelación compuesta por cinco jueces. Además, el Tribunal dispondrá de un Fiscal con su respectiva oficina de Fiscalía (Art. 5.13).

3-b) Competencia del Tribunal Internacional:

Respecto a la competencia del Tribunal tenemos que por sus propias características de creación, es decir por medio de una Resolución del Consejo de Seguridad, dicha Resolución es obligatoria para todos los Estados miembros de Naciones Unidas. Por lo tanto los Estados afectados por un juicio no pueden ampararse en que no hubo un reconocimiento expreso de su competencia. El artículo 1 del Estatuto del Tribunal dispone:

“Art. 1: The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former. Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute.”

Veremos a continuación las distintas clases de competencia del Tribunal: la competencia *ratione materiae*, la competencia *ratione personae*, la competencia *ratione loci* y la competencia *ratione temporis*.

i) Competencia *ratione materiae*:

Conforme a las resoluciones 808 y 827, el Tribunal Internacional tiene como objetivo juzgar a los presuntos responsables de las graves violaciones de derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. El Tribunal Internacional debe respetar el principio de *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ese sentido debe aplicar el derecho internacional humanitario

17 Opinión Consultiva del 13 de julio de 1954, Informes CIJ, 1954, p.47, parr. 57-61.

18 Los primeros jueces para integrar el Tribunal Internacional son las siguientes personas: Antonio Cassese (Italia), Georges Michel Abi-Saab (Egipto) Jules Deschenes (Canadá), Haopei Li (China), Sir Ninian Stephen (Australia) (Todos ellos miembros de la Sala de Apelación), Gabrielle Kirk McDonald (Estados Unidos), Rustam S. Sidwa (Pakistán), Lal Chand Vohrad (Malasya), Godwin Karibi-Whyte (Nigeria) Claude Jordan (Francia), Elizabeth Odio-Benito (Costa Rica) (que integran las dos salas de primera instancia. El señor Antonio Cassese fue elegido Presidente del Tribunal y la Sra. Elizabeth Odio-Benito como vicepresidenta. Como fiscal se escogió al Surafricano Richard J. Goldstone (Res. 936 del Consejo de Seguridad).

convencional, así como el derecho internacional aplicado en los conflictos armados que está contenido en los siguientes instrumentos internacionales. Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de guerra. La Convención de La Haya (IV) relativa a las leyes y costumbres de la guerra de tierra y sus respectivos anexos de 18 de octubre de 1907; la Convención sobre la prevención y la represión del crimen de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945, que se toma para explicar el fundamento legal de la categoría de "crímenes contra la humanidad". Nótese que no hay referencia a los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949.¹⁹ Algunos miembros del Consejo de Seguridad, fueron reticentes a incluirlos, lo que es sumamente condenable. Además, lamentablemente el delito de "depuración étnica", -expresión relativamente nueva- no está definido en ninguno de los textos jurídicos citados anteriormente y suponemos que al no estar claramente definido y tipificado, el Tribunal no será competente para juzgar dicho delito, lo mismo sucede con el delito de agresión, que el Tribunal no podrá juzgar, a pesar que dicho delito es esencial en la comprensión de la situación en los territorios de la ex-Yugoslavia.

ii) Competencia ratione personae y la responsabilidad penal internacional:

Siempre de acuerdo con las Resoluciones 808 y 827, el Tribunal Internacional tiene como

principal función juzgar a los presuntos culpables de las graves violaciones de derecho humanitario cometidas en los territorios de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. Con la expresión "presuntos culpables" queda claro que se actuará de manera individual, son personas físicas y no personas morales las que se juzgarán independientemente de su pertenencia a uno u otro grupo.

Respecto a la responsabilidad penal internacional, ésta se basa como hemos indicado en la responsabilidad penal individual. Sin ser reiterativos, es necesario decir que los presuntos violadores del derecho internacional humanitario en los territorios de la ex-Yugoslavia son responsables a título personal. De esta forma todas aquellas personas que participan, ya sea en la planificación, preparación o la ejecución, son individualmente responsables, sean éstos Jefes de Estado, altos funcionarios, o simples cuadros oficiales u otros. La orden de un superior o de un gobernante no excluye o no puede ser usada como excusa para eludir la responsabilidad penal respectiva, a lo sumo será utilizada sólo como un atenuante de la pena (mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so requires, art.7.4). El Tribunal Internacional en su artículo 7.2 retomó el artículo 7 del Tribunal de Nüremberg, que dice que el hecho de ser Jefes de Estado o altos funcionarios no significa que se les disminuyan ni que se les exonere su pena o su responsabilidad penal.

¹⁹ La CDI en su proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la seguridad de la humanidad, incluyó la "deportación o traslado forzoso de poblaciones" como delito castigable. Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 43º Período de sesiones, 29 de abril a 19 de julio de 1991, Asamblea General, Docs Oficiales, 46º Período de sesiones, Supl. N° 10 (A746710). Por "depuración étnica" se entendería "á rendre une zone ethniquement homogène en utilisant la force ou l'intimidation pour faire disparatre de la zone en question des personnes appartenant à des groupes déterminés. Il se réalise par le meurtre, la torture, l'arrestation et les violences sexuelles, la prostitution forcée, le cantonnement de la population civile dans des ghettos, les déplacements, transferts et déportations de populations civiles contre leur gré, les attaques ou menaces délibérées contre des civiles dans des zones civiles et la destruction aveugle de biens". Véase: J. Graven: *Les crimes contra l'humanité*. R.C.A.D.I. 1950, 76.433. Más recientemente tenemos la definición presentada por el profesor Cherif Bassiouni en su Informe al Secretario General como Presidente del Grupo de Trabajo sobre Transgresiones graves de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del derecho internacional". Res. 780 (1992), véase Doc. S/19947674, de 27 de mayo de 1994.

iii) Competencia razione loci y razione temporis:

Las competencias razione loci y razione temporis del Tribunal Internacional están establecidas en las Resoluciones 808 y 827. La competencia razione loci está limitada a los antiguos territorios que comprenden hoy la ex-Yugoslavia, comprendiendo lógicamente sus aguas territoriales y su espacio aéreo. Respecto a la competencia razione temporis, la labor del Tribunal Internacional es para juzgar los delitos cometidos a partir del 1 de enero de 1991.

iv) Competencia concurrente y el principio Non bis in ídem:

El sistema instaurado por el Consejo de Seguridad no le proporcionó al Tribunal Internacional el monopolio de los enjuiciamientos de los delitos enumerados en su Estatuto. Se escogió la jurisdicción concurrente (Art.9.1). No obstante, el Tribunal tiene primacía respecto a los tribunales nacionales, en el sentido que en cualesquiera etapa y grado de procedimiento puede solicitar oficialmente a los tribunales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional (art. 9.2). Los tribunales nacionales no se deben sentir disminuidos con la jurisdicción internacional del Tribunal. Estos tribunales pueden ejercer su competencia penal de acuerdo al principio de la territorialidad de la ley penal y de otros principios contenidos tanto en las leyes nacionales como en el derecho internacional. Además, la Res. 827 es muy clara al decir que los Estados deben brindar una amplia cooperación al Tribunal Internacional y sus diferentes órganos, así como que todos los Estados tomarán las medidas del caso para poner en aplicación las disposiciones de la mencionada resolución.

Sobre el principio de non bis in ídem, consagrado en el Ar. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es decir que

nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo delito y que constituye una garantía procesal para el individuo, el Estatuto del Tribunal Internacional lo contempla en su Artículo 10, teniendo como hemos dicho la primacía el Tribunal Internacional. En otras palabras, si una persona ya ha sido juzgada en uno de los Tribunales nacionales, incluyendo los mismos tribunales nacionales de Bosnia, Croacia o Serbia, no puede ser juzgado de nuevo por el Tribunal Internacional, a no ser que no haya sido juzgado por crímenes contra la paz o contra el derecho humanitario internacional. Finalmente debemos agregar, que de acuerdo al Estatuto del Tribunal, no se llevarán a cabo juicios in absentia. Esta garantía a nuestro modo de ver es importante porque los juicios in absentia reducirían considerablemente la autoridad de un Tribunal penal internacional, ya que al efecto práctico de sus decisiones sería o tendría un carácter de nulidad. Los Estados están obligados de manera categórica -según lo estipulan los Estatutos del Tribunal Internacional-, a entregar o de trasladar a los acusados para ponerlos a disposición del Tribunal (Art. 29 (2)(e). Esta disposición no permite invocar la reserva que se encuentra en muchas Constituciones Políticas que prohíben la extradición de sus propios nacionales.

4. LOS PROCEDIMIENTOS DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL:

De acuerdo a lo dispuesto en el Estatuto del Tribunal Internacional, los gobiernos no están habilitados para iniciar los procedimientos. El Fiscal del Tribunal es el responsable de efectuar las investigaciones requisitorias de oficio y eventualmente la presentación de la acusación, basándose en informaciones de diferentes fuentes, incluyendo las provenientes de organizaciones no gubernamentales, según reza el artículo 18 del Tribunal. El Fiscal puede pedir, cuando lo considere necesario, de acuer-

do al artículo 18, la ayuda a Estados concernidos.

Una vez que el Fiscal ha realizado su función, incluida una acta de acusación, eleva al Presidente de Primera instancia la presunta acusación, que es revisada para ver si la misma puede iniciar el procedimiento de acusación. Si el juez estima conveniente, previo análisis del acta de acusación sometida por el Fiscal, dicta el acta de detención y todas las otras funciones pertinentes al caso que se sigue. La Sala de primera instancia debe velar para que el procedimiento que se inicia sea rápido y equitativo, así como que reúna todas las garantías procesales necesarias a favor del procesado, entre ellas la presunción de inocencia del acusado hasta que no se demuestre lo contrario, la igualdad ante los tribunales, el derecho de contar con un abogado defensor, tener un intérprete si es necesario, a hacerse juzgar sin retrasos, etc. Las audiencias son públicas a menos que la Sala decida otra cosa. Asimismo se preveen medidas de protección para los testigos y otras personas involucradas en el juzgamiento si es pertinente.

Respecto a la sentencia dictada, como en todo tribunal de derecho, ésta debe estar motivada y se dicta en audiencia pública, de acuerdo al artículo 26 del Estatuto del Tribunal. Además toda sentencia tiene el recurso de revisión. Según el artículo 24 del Estatuto del Tribunal, la pena principal es una pena de prisión y se menciona en el mismo artículo que la Sala puede seguir las costumbres usadas en los Tribunales de la ex-Yugoslavia. La pena de muerte, a pesar de la gravedad de los delitos, está excluida conforme a la Res. 44/128 de 15 de diciembre de 1989, que adoptó un segundo

Protocolo Facultativo relativo a la abolición de la pena de muerte al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰. El artículo 24 menciona también que el Tribunal Internacional puede ordenar a través de la Sala de Primera Instancia, la restitución de las propiedades y otros bienes a sus verdaderos propietarios. Esta disposición se inspira en el artículo 28 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg que también ordenaba la confiscación mal habida de los bienes a los acusados. De acuerdo al artículo 27, la ejecución de las penas se llevarán a cabo en aquellos Estados que proporcionen al Consejo de Seguridad, su consentimiento de recibir a los culpables. La prisión en este caso se guiará por los principios y reglas de los Estados nacionales, bajo la supervisión y control del Tribunal Internacional²¹. Creemos que sería importante en un futuro crear una especie de establecimiento penitenciario internacional, bajo la fiscalización del Consejo de Seguridad. De esta manera se podría garantizar una cabal ejecución de la pena.

Para finalizar, es importante mencionar que la jurisdicción penal internacional es una institución costosa y aún cuando los gastos del Tribunal Internacional son imputados al presupuesto ordinario de Naciones Unidas (Art. 32 del Estatuto), el Tribunal en la actualidad pasa graves problemas financieros, con lo cual se puede poner en peligro su funcionamiento. Instituciones como éstas deben tener asegurado su financiamiento desde el inicio mismo de sus funciones para poder llevar a cabo sus actividades con independencia, imparcialidad y decoro.

20 Esta posición refleja la actual tendencia en el derecho internacional de los derechos humanos, que excluye la pena de muerte. Es importante agregar, que en una de las propuestas de discusión del Estatuto del Tribunal, los Estados Unidos habían propuesto la siguiente frase: "sufrir una pena de prisión o cualquier otra pena apropiada", con lo cual quedaba abierta la puerta a la pena capital. Véase también: *Sexto Protocolo al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales*, relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, de 28 de abril de 1983 y *Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, Costa Rica*, Art. 4; así como su Protocolo Facultativo relativo a la Abolición de la pena de muerte de 1990.

21 El Gobierno de los Países Bajos, lugar donde tiene la sede el Tribunal Internacional, ha construido en una de sus prisiones una sección especial para acoger a los primeros criminales juzgados.

CONCLUSIONES

La creación del Tribunal (Penal) Internacional para juzgar a los presuntos culpables de las graves violaciones contra el derecho humanitario internacional, ha sido interpretada en los círculos internacionales como una medida desesperada y de fuerza de la Comunidad Internacional para hacer frente a las graves violaciones de derechos humanos y crímenes contra la humanidad en los territorios de la ex-Yugoslavia.

El Tribunal, como hemos comentado, fue presentado por los mediadores del conflicto, casi como una medida *sine qua non* para lograr establecer la paz y el respeto de los derechos humanos en esa zona del mundo, aunque todavía es muy difícil evaluar sus efectos en ese sentido, a pesar de que el pasado 7 de noviembre de 1994, de acuerdo al artículo 9 del Estatuto, la Sala de Primera Instancia del Tribunal llevó a cabo su primera audiencia pública para iniciar el procedimiento para juzgar a los primeros presuntos criminales, en la persona de Dragan Nikolic²², creemos que todavía falta mucho tiempo para valorar las repercusiones tanto en la sociedad civil como en la comunidad internacional de la labor del Tribunal Internacional.

Dejando todas las consideraciones propiamente políticas, consideramos que el Tribunal Internacional es una prueba para la viabilidad futura de un Tribunal Penal Internacional, aunque lo lógico era que la coyuntura de Yugoslavia y después de Ruanda hubiera servido para crear un Tribunal Penal de manera permanente. El Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia tiene ante sí, el reto de crear un modelo de tribunal que en los últimos años ha resultado tan necesario establecer. Juzgar a los criminales internacionales debe ser una de las tareas prioritarias de la Comunidad Internacional. La impunidad sirve sólo para agravar la justicia y afectar el principio de la igualdad ante la ley y al liberar de toda responsabilidad²³. El Tribunal Internacional aparte de constituir por sus propias características un hecho inédito en el derecho internacional, él mismo puede crear (y está obligado a hacerlo) una jurisprudencia que puede cambiar muchas concepciones decimonónicas del derecho internacional en este campo, y estos cambios sin duda contribuirán a un pleno respeto de los derechos humanos y la garantía de una paz internacional sin condicionamientos.

La Haya, Nov/Dic. de 1994.

22 Se trata de Dragan Nikolic, acusado entre otras cosas de homicidio intencional, tortura y tratamientos inhumanos, destrucción y apropiación indebida de bienes, expulsión, detención ilegal y traslado masivo de más de 500 civiles, etc. De acuerdo a los procedimientos del Tribunal, el Fiscal presentó el acta de acusación con las pruebas correspondientes, la cual fue conocida por la Sra. Jueza Elizabeth Odio Benito, quien firmó la orden de detención el 4 de noviembre de 1994 para ser comunicada al Estado en donde se encontraba el presunto culpable, en este caso la República Federal Alemana. Una vez llevado a cabo el arresto, el Gobierno Alemán lo comunicó al Tribunal y se encuentra en estudio su posible traslado a la sede del Tribunal. Nations Unies. Press and Information office: "Le Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie met en accusation un ancien commandant de camp et demande son arrestation". La Haye, Pays Bas, 7-11-94.

23 Alejandro Artucio: *Impunidad y derecho internacional*, Comisión Internacional de Juristas, Encuentro Internacional: No a la Impunidad, Sí a la Justicia; Ed. CJIJ, Ginebra, 1993.

SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL

Henry Issa El Khoury
Universidad de Costa Rica

INTRODUCCION. I. NOTAS SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN GENERAL. 1.1. Breve examen de los contenidos. 1.2. Las materias ausentes. 1.3. La enseñanza no es sólo para litigantes. II. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL. 2.1. Introducción. 2.2. Las divisiones administrativas. 2.3. Examen de la enseñanza del derecho penal. 2.4. La enseñanza del derecho penal especial. SIN CONCLUSIÓN

INTRODUCCION

El régimen político que, de acuerdo con la Constitución, vive Costa Rica, exige que el ser humano sea el centro del quehacer estatal y no el Estado el centro del quehacer humano. Este hecho repercute en todas las formas de organización, a todo nivel. Y la educación, como forma y como organización, está involucrada en esa "manera republicana" de conducirse que, para los efectos de nuestra intervención, la vamos a caracterizar como racional y humanista.

Dentro de este contexto, la enseñanza del derecho no es una excepción, sino, al contrario, una manera importante de practicar la vida republicana; importante porque las decisiones jurídicas siempre tienen implicaciones colectivas de la mayor importancia, tanto en el campo político, como en el económico, el laboral..., en fin, en el diario transcurrir social; y el papel que juegue el abogado en esas decisiones de-

pende, en un alto porcentaje, de la manera como ha sido formado.

No obstante, la enseñanza del derecho ha sido vista, en general, con bastante frialdad, tanto por los que a ella se dedican, como por quienes sólo hacen dogmática o laboran como operadores del derecho. Al parecer, sin decirlo, se partiría de que es un tema sin cuestión: se enseña derecho sin más. La única preocupación pareciera ser si es de prestigio presentar dentro del curriculum la tarea de profesor de alguna Facultad de Derecho. Pero las cuestiones atinentes a la metodología de la enseñanza y al contenido de una materia no deberían, en ese pensamiento, ser objeto de discusión, menos las materias que tiendan a explicar un cuerpo legal.

Contrario a ese pensamiento, el vivir y el compartir los ideales de la República y la importancia del papel del abogado en la sociedad, nos hace pensar que una de las tareas fundamentales de quien se interesa por el derecho, es pensar la enseñanza, no proponiéndose un "pedagogismo" como mera formalidad, sino meditando sobre su objeto de estudio y su metodología, ya que los aspectos de contenido están estrechamente ligados a una determinada concepción sobre el derecho. Por más dogmático que pueda parecer un curso: procedimientos civiles, derecho contractual, o cualquiera otro que en principio aparente significar la explicación de un "corpus legis", siempre hay una discusión de fondo a la cual atender.

Pensamos que esa discusión de fondo no sólo no existe ni ha existido como práctica

sistemática en la enseñanza del derecho, sino que es producto de -e incide en- una concepción de la realidad. Esto lo podemos comprobar tanto en aquellos cursos que suelen presentarse como de reflexión sobre el objeto mismo de nuestro estudio y que, por su propia significación en un curriculum, deberían plantear la discusión de problemas fundamentales, como en los de referente dogmático específico, en los que, aunque algunos suponen que no debería haber ni discusión ni reflexión, siempre la cosmovisión del profesor tiñe su explicación, aunque él mismo no se percate.

En este trabajo pretendemos, utilizando como ejemplo la enseñanza del derecho penal, señalar esa carencia y plantear una posibilidad de enseñanza basada en una visión de corte realista. Obviamente, un señalamiento como éste mostrará, cae por su peso, que detrás de cada profesor hay una formación ideológica que permitirá o no realizar esa tarea.

En concordancia con lo dicho y salvando envidiables excepciones, el criterio para formar a los abogados ha sido el de crear técnicos y no profesionales reflexivos, capaces de enfrentar situaciones distintas a las estudiadas en las aulas universitarias. El abogado tiene que ser un buen técnico y sólo eso: un hábil manipulador de normas. Y del resultado de esa especie de asepsia epistemológica y de la carencia de reflexión da cuenta nuestra realidad: la acriticidad del abogado medio, su incapacidad para medir la realidad allende la información colectiva, su poca percepción para captar el sensible deterioro de nuestra identidad, ha dado pie para que el avance vertiginoso de un neo-autoritarismo, capaz de permearse rápidamente nuestro orden legal y constitucional, esté ocurriendo sin que ningún colega ni grupo hayan hecho el menor esfuerzo por llamar la atención a la colectividad. Existe ya en Costa Rica un clima propicio para erigir una concepción neo-autoritaria que se refleja muy claramente en los clamores por abolir aquellos pilares que caracterizan -al menos formalmente-

nuestro derecho sancionatorio como republicano y democrático.

Dentro de este esquemático encuadre, y salvando envidiables excepciones, el criterio para formar a los abogados en derecho penal ha sido el de crear técnicos de la judicatura, de la fiscalía y, quizá, de la defensa. El abogado -y el abogado penal no tendría que ser la excepción- tiene que ser un buen técnico y sólo eso: un hábil manipulador de normas.

De lo expuesto y de la creencia de que la enseñanza-aprendizaje del derecho es algo más -y mucho más- que la formación de técnicos, surge la necesidad de preguntarse cómo estamos formando a nuestros abogados. En este trabajo pretendemos dar una aproximación a esa respuesta, tomando como ejemplo la enseñanza del derecho penal. Iniciaremos, sin embargo, con una lectura crítica sobre la enseñanza del derecho, en general, y sobre las materias ausentes en los curricula de nuestras universidades, para ser coherentes con la creencia de que la enseñanza-aprendizaje del derecho es algo más -y mucho más- que la formación de técnicos.

I. NOTAS SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN GENERAL.

“Los juristas ... viven hoy en un ghetto cultural, jugando con las palabras antes que darse cuenta de que el derecho, para ser correctamente aplicado debe tener presente la realidad social y científica actual ... Así pues, aunque los juristas parecen hacerse más sensibles al significado político y social del derecho y la jurisprudencia, esta toma de conciencia tiene, sustancialmente, unos efectos puramente emotivos e ideológicos, antes que estar fundada en el estudio sistemático y profundo de la sociología y la politología” GULLOTTI (Guglielmo) (pp. 7-8).

1.1. Breve examen de los contenidos:

No sólo en los cursos introductorios, sino a lo largo de los estudios de derecho, el profesor intenta definir la disciplina, o alguna de sus ramas. Los resultados de este ensayo dan cuenta de una gran falacia: se piensa estar definiendo al mencionar al derecho como un orden normativo, o como un conjunto de normas con tales o cuales contenidos, según la rama del derecho de que se trate, pero ese punto de partida no tiene otro valor que esconder el sentido del derecho y negarle su justo lugar en la sociedad: el derecho es un saber social y por eso no es posible definirlo al margen de otros saberes relacionados con la sociedad: la economía, la sociología, la antropología, la psicología, la ciencia política.. Aislar la norma de su entorno impide conocer el verdadero papel, la verdadera función de lo jurídico y a la vez hace pensar que el derecho tiene un encargo meta social que no le corresponde; en consecuencia el abogado es cualquier cosa, menos una persona que juega con factores sociales y personales. No en vano la palabra clave para resolver cualquier conflicto social es: se necesita una ley; hay que reformar la ley.

Con lo dicho es obvio que estamos concibiendo la ley no como una idealización (ni en sí misma, ni del poder), sino como un instrumento de conducción social con sentido. Esto tiene, por lo menos, dos implicaciones: Por un lado, la ley no resuelve problemas, sino que da el marco para que pueda guiarse mejor su solución; por otro, la ley tiene un sentido y en el momento en que alguna ley lo pierda, no podría -en una sociedad sana- seguir surtiendo efecto, pues el efecto de la ley es precisamente la conducción de los grupos sociales hacia un fin general.

Al aceptar que no es posible definir el derecho al margen de la sociedad misma, de la actividad social, de la convivencia diaria de los grupos, nos damos cuenta que el derecho es política, en el sentido de vida ciudadana, de

organización, de administración. También es política en el tanto en que es un resultado material, un producto, así de la actividad legislativa como de las actuaciones del poder ejecutivo y de la actividad jurisdiccional. Los abogados deberían ser, en ese sentido, y de acuerdo con los cánones republicanos que exigen racionalidad y humanismo, gestores políticos y no rígidos e ilusos manipuladores de normas cuyo sentido o impacto social ni siquiera perciben.

A partir de un planteamiento como el anterior, el primer punto que viene a tema, es que la norma (ese resultado formal de un acto político) no es un juicio de existencia sino de valor; es un acto de decisión valorativa impuesto coactivamente, de acuerdo con las formas de obligatoriedad del orden normativo jurídico: cumplimiento obligatorio, indemnización y castigo.

Cuando se estudia ese orden normativo -derecho civil, comercial, de familia, penal, agrario, etc.-, sin el contexto social, podría caerse en una falacia: la sociedad es una máquina unitaria, la ley lo es todo y resuelve todos los problemas; es la panacea. Pero la sociedad no es ni una máquina llena de engranajes con funciones definidas, ni un "cuerpo social" que semeja, en macro, al cuerpo humano y que, por ello, sus partes pueden ser extirpadas para curar los cánceres sociales; por lo mismo la sociedad tampoco es unitaria ni homogénea. La sociedad es un conglomerado de actividades de grupos de intereses que crean pugnas, encuentros, consensos, conflictos.. Y el aparato estatal participa de todos esos conflictos y encuentros de los grupos sociales y en esa actividad es también quien dicta el deber ser que rige a cada uno de los ciudadanos, a cada uno de los grupos sociales y a cada una de las actividades sociales. Esta es la razón por la que consideramos que no puede decirse que el derecho es un conjunto de normas con tal o cual especificidad, sin estar ocultando que el derecho, como orden normador, no lo es ni de cosas ni de ideales, sino de hombres, de seres sociales que se en-

cuentran inmersos en la dinámica social, desde cualquier ángulo que ella se explique. Y que las leyes, ese conjunto de normas, son fabricadas por esos hombre, por esos grupos de interés, desde cualquier ángulo que se las observe.

Los cursos de la carrera de derecho suelen iniciarse con la explicación del concepto, las denominaciones y la definición, pero sin ubicar la disciplina dentro de un contexto jurídico y social determinado. Un ejemplo del derecho privado nos muestra que es posible explicar dogmáticamente una ley de inquilinato, pero es preferible que además del puro y aséptico conocimiento normativo, idóneo para capacitar al litigante o al aplicador de esa ley, el estudiante conozca no sólo las reales motivaciones que dieron lugar a la norma, sino en qué contexto fue creada, por qué la actual, habla de viviendas de interés social, cuál es en blanco y negro el problema habitacional del país y cómo incide positiva o negativamente la ley.

Parecidos ejemplos podemos tomar del derecho de familia o del derecho de menores, si no se parte de la problemática de la familia real y sólo se explican una serie de normas, sistemáticas y concatenadas, ciertamente, pero sin tomar en cuenta el problema de la familia de hecho, de la mujer jefe de hogar, de la situación económica de las familias dentro de la línea crítica de pobreza, etc, etc. Podríamos seguir poniendo ejemplos, pero creo que la idea general ya ha sido expresada: lo que generalmente se estudia en una Facultad de Derecho, es una técnica, la técnica del litigio; no se encuentra en los contenidos, una preparación que se proyecte más allá.

1.2. Las materias ausentes:

En la mayoría de las facultades de derecho de latinoamérica y en todas las de Costa Rica la línea curricular parte de la idea de lo general a lo particular: en primer año se imparten cursos generales que suelen llamarse Teoría del Derecho, Introducción al Estudio del

Derecho o algo parecido. Posteriormente, conforme avanza la carrera, se especializan más los temas: todos los aspectos del derecho privado, civil y comercial; muy brevemente el derecho de familia y el derecho laboral; todos los aspectos del derecho administrativo, el constitucional y el derecho penal en su sentido formal. Prácticamente no se encuentran curricula en donde se establezca, ya en los contenidos de alguna materia, ya como asignatura independiente, el estudio y la discusión del tema de los derechos humanos, de la criminología y la política criminal ni los procesos de los problemas que implica el derecho laboral en los procesos de inserción de las economías latinoamericanas en la llamada economía del libre mercado, ni del derecho de menores, ni de los indígenas.

En relación con la enseñanza de los derechos humanos, los países latinoamericanos son signatarios de las cartas internacionales que protegen derechos fundamentales de las personas y más específicamente de los menores y de los grupos minoritarios, sin embargo no existe ninguna materia que trate el asunto. La discusión es interesante, pues es válido pensar que no es necesaria la existencia de una asignatura específica, sino que el problema debería encontrarse en los contenidos de varias materias: introducción al estudio del derecho o teoría general del derecho, derecho constitucional, derecho penal general y especial, filosofía del derecho, entre otras. La discusión sobre este tema se ha dado ya en algunos foros y es más "institucionalizada" debido a la existencia de instituciones internacionales especializadas y organizaciones no gubernamentales que se preocupan del problema.

En lo que se refiere a la criminología, la política criminal, las minorías, los menores, el asunto es distinto, a pesar de las cartas fundamentales específicas, los curricula los han olvidado y su revisión da cuenta de un silencio absoluto sobre el tema de menores y de las minorías. En cuanto a la criminología, existe

en algunas facultades como asignatura, pero sus contenidos son más positivistas que de la criminología contemporánea y son más descriptivos que planteadores de problemas fundamentales.

1.3. La enseñanza no es sólo para litigantes:

“En nuestras universidades es mínimo el tiempo que se dedica a la enseñanza de la normativa del poder judicial y en cuanto a investigación, es muy poco lo que se ha hecho en los aspectos sociológicos y en la teoría política. Investigar sociológicamente a los jueces o analizar su función desde la perspectiva política, con frecuencia se considera poco menos que un desacato” ZAFFARONI (Raúl E.) Dimension Política de un Poder Judicial Democrático, conferencia ... (p. 3).

“En el trasfondo de la cuestión subyace desde luego la pregunta de cómo podría [el juez] asumir la función política a él asignada si no ha aprendido a concebir el derecho como idea global de regulación y como sistema generalizado de referencia de la sociedad ... Para el juez, se trata de la cuestión existencial de si será capaz de aprovechar de modo competente las oportunidades de configuración existentes o, si por el contrario, seguirá siendo un servidor insatisfecho y desamparado del Estado, atrapado entre “decisiones” de dictámenes, “doctrina y jurisprudencia” y un mundo social que no llega a comprender. De esta situación sólo le puede salvar una formación sociológica amplia, enfocada a conflictos sociales jurídicamente relevantes y fundada teórica y científicamente” (pp. 128-129). SIMON (Dieter) La independencia del juez, Ariel, Barcelona, 1985.

Lo que se estudia, generalmente en una Facultad de Derecho, es una técnica, la técnica del litigio. El graduado, a pesar de que tiene

diversas funciones en la sociedad, sólo parece tener una formación de litigante. El investigador científico y el técnico de la judicatura, para pensar sólo en dos ejemplos, son grandes ausentes en los perfiles curriculares, a pesar de que, en el caso del juez, se presenta como operador del derecho por excelencia, por lo menos dentro de la conformación actual de nuestra sociedad.

Por todo lo anterior llama la atención la creación de las Escuelas Judiciales y nos mueve a reflexionar acerca de sus alcances, pero también acerca de las limitaciones de la enseñanza en las universidades, carencias que, por lo demás, deberían ser suplidas más por una investigación de la realidad, que por la enseñanza tradicional. Es la enseñanza universitaria la encargada de preparar jueces en materias de fondo y de “especializarlos”, en tanto que el encargo de las escuelas judiciales es ejecutar un adiestramiento técnico. Es un hecho que las universidades en muchas ocasiones ni en sus posgrados suplen estas carencias, carencias que, por lo demás, deberían ser suplidas más que por la enseñanza tradicional, por la investigación de la realidad.

La pregunta es, entonces: ¿podrían suplirla las escuelas judiciales? Sin ser pesimistas nuestra respuesta es negativa, si entendemos que las escuelas judiciales son organismos encargados de ejecutar un adiestramiento técnico para operadores judiciales de todos los niveles, pero no tienen el encargo de formar juristas, pues se supone que sus “estudiantes” son juristas que se agrupan para aprender una técnica. A pesar de lo dicho, y como experiencia personal, hemos constatado que en la misma capacitación técnica pueden llenarse vacíos importantes, en tanto las universidades no se percaten de sus carencias y se replanteen su papel en la sociedad. Entenderíamos las escuelas judiciales como organismos encargados de ejecutar un adiestramiento técnico para operadores judiciales de todos los niveles, pero no con un encargo de preparar jueces en materias

de fondo y muchos menos en "especializarlos", pues es la tarea propia de la universidad.

Sin embargo, la reflexión deberá ir por el lado de las carencias. Dentro de los perfiles que debería plantearse una línea curricular, no parece estar claro el perfil del juez, que parece ser el operador del derecho por excelencia, por lo menos dentro de la conformación actual de nuestra sociedad.

II. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL.

"... los fenómenos de poder no "nacen de incubadora", sino que se gestan históricamente y del mismo modo se explican. La historia no es una colección de hechos pasados, sino una visión de la gestación de los hechos presentes, que nos permite su comprensión".

ZAFFARONI (Raúl E.) Dimensión política de un Poder Judicial Democrático, conferencia... (p. 3)

2.1. Introducción:

El derecho penal es el estudio de un ejercicio de poder frente a hechos sociales; quizá todo el derecho lo sea, pero pareciera más revelador en el penal debido a las formas de coerción que tradicionalmente utiliza la sociedad, tanto si nos referimos a la sanción propiamente dicha, como si hablamos del procedimiento administrativo y jurisdiccional, policial y judicial, para la averiguación de la responsabilidad. Es por eso que la vida republicana exige un derecho sancionatorio con características acordes con esa forma de gobierno; no en vano la constitución política costarricense, además de contener una serie de garantías penales y procesales que recogen la racionalidad del castigo en la República, prohíbe, expresamente, las detenciones sin indicio comprobado de haber cometido delito (art.37), los

tribunales especiales (art. 35) y las penas crueles y degradantes (art. 40), además de los principios de fondo como el de legalidad/tipicidad y el de inocencia (art. 39).

Pero la racionalidad de la sanción no atiende sólo al tipo o monto de la penalidad, sino -y sobre todo- a la oportunidad y la necesidad de la prohibición. En ese sentido, una de las características más importantes del derecho penal republicano es la concepción del bien jurídico, como finalidad esencial de la norma; concepción que no es meramente formal, sino real: el derecho sancionatorio debe proteger bienes jurídicos que verdaderamente tengan relevancia social.

Esta protección -misión legislativa- sólo puede ser posible por medio de la descripción de conductas en la ley. De esta manera, los tipos penales se convierten en los únicos medios que posee el Estado para señalar a los ciudadanos qué es lo protegido y, por ello, qué es lo prohibido. Así, la tipicidad presenta una doble función:

- a. Sirve de límite al Estado: ni el juez ni el jerarca administrativo, ni el poder policial pueden "crear" prohibiciones con conminación penal, solo el legislador, el cual debe cumplir una serie de lineamientos, y;
- b. Funciona para el obligado -todo habitante de la República- como una especie de "manual de información", para que pueda conocer las conductas prohibidas y conminadas con sanción penal.

Todo esto tiene un sentido cuando se habla de la enseñanza del derecho penal.

2.2. Las divisiones administrativas:

El derecho penal general y el especial no son entidades diferentes sino un estudio de diversos aspectos complementarios. No es posible, por tanto, separar el estudio de los delitos en particular sin una clara concepción de las reglas generales. La consideración de la lega-

lidad criminal y su derivado natural, el principio de tipicidad, las zonas de protección penal, las reglas de la autoría, la participación, la consumación y la tentativa y las maneras de interpretación de la ley penal son, entre otros conocimientos, requisitos "sine qua non" para poder enfrentar los tipos en particular.

Puede parecer absurdo mencionar lo anterior; sin embargo, lo formal ha ahogado de tal manera los aspectos de contenido, que estas divisiones aparecen como naturales, a pesar de que son altamente perniciosas para una comprensión global del fenómeno del derecho penal, en el tanto que las reglas generales siempre son vistas como lo teórico alejado de la realidad y el estudio de los tipos -solo doctrinal en la mayoría de los casos- pareciera ser considerado por algunos como la parte práctica de la disciplina.

2.3. Examen de la enseñanza del derecho penal.

Los estudios de derecho penal suelen iniciarse con la explicación del concepto, las denominaciones y la definición del derecho penal. Sin embargo, un planteamiento sobre el tema concebido sin la necesaria demarcación de dónde y por qué está ubicado el derecho penal dentro de las disciplinas del control social y dentro del papel que juega en la sociedad el sistema de justicia penal, resulta vacía. El sentido que pueda encontrarle el estudiante a la explicación, pasa por entender el papel y la responsabilidad de los operadores de cada uno de los subsistemas del Sistema de Justicia y de cómo juega el Derecho dentro de ellos, y requiere conocer la importancia del control social y del Derecho Penal como control punitivo institucionalizado; sin esta base no podría discutirse con objetividad la necesidad o no de un ley, de una reforma o de otro clase de solución no legal. Una carencia como la señalada lleva a la formación de profesionales con un alto grado de reduccionismo; a estos les quedará muy

claro, por ejemplo, el hecho de que basta con legislar para resolver cualquier problema, sin entender que la legislación es sólo una posibilidad de solución del conflicto y que muchas veces utilizar el sistema de justicia más que solución representa agravar el conflicto. Es la enseñanza de lo ideal, de un deseo, quizá, pero no de la realidad. En este sentido es una enseñanza que pasa de lo estéril a lo encubridor.

Aceptamos, por lo anterior, la propuesta de una enseñanza que inicie con un detalle de los aspectos relacionados con el entorno de la disciplina, con el fin de enfrentar el saber con su contexto. Esto le da al estudiante un marco conceptual y de realidad que permite discutir el o los conceptos dentro de un entorno político social determinado, en donde concepto y contexto deben quedar muy claramente demarcados dentro de los lineamientos constitucionales vigentes, y que sirven de base a la legislación que se explica, pues el sistema legislativo de un territorio es lo que su Constitución Política señala.

Por otra parte, no debe pasar desapercibido el hecho de que cualquier sistema normativo jurídico, tiene su base en la necesidad de convivencia. Es por eso que toda norma tiene una finalidad, un para qué; con mucho más razón la norma penal, ya que presenta una respuesta punitiva. Así, se regulan penalmente hechos o situaciones que son fundamentales, no para un determinado grupo, sino para la colectividad -que, se supone, está representada por los grupos legislativos- y que, se presume, la respuesta sancionatoria es la válida. En este sentido la norma es universal e igual en el tanto en que la necesidad lo sea, pues lo legislado debe responder sólo a los elementos fundamentales necesarios para la convivencia: el derecho penal, como sistema normativo, es la respuesta legislativa a las necesidades que el poder legislador ha recogido. Por ello no puede esconderse a los estudiantes la pregunta: ¿de dónde, de quiénes, ha recogido el poder legislador la necesidad?

Si bien nuestra Constitución Política señala que la soberanía reside en la nación, no puede olvidarse que la sociedad no es un grupo homogéneo y que el poder legislador hace las leyes a la sombra de los grupos de presión de diversa índole, por lo que éstas pueden fácilmente ser la resultante de intereses subyacentes tras la producción legislativa. De esta manera, al definir formalmente esta disciplina sin integrarla como un elemento más de la política criminal de un estado, como una forma de control social, y, en última instancia, como un producto político, se oculta, adrede o no, una realidad meta-jurídica y aunque el concepto que utilicemos sea muy elaborado y muy retórico, le estamos creando una ilusión al futuro abogado: Si teóricamente la necesidad de convivencia organizada es la base de la prohibición, en la realidad los intereses en juego reclaman ser tomados en cuenta como substrato de lo jurídico penal. De hecho muchos delitos aparecen o desaparecen no por intereses generales sino por conveniencias muy concretas, aunque no necesariamente perversas. Véase el caso de las propuestas para crear delitos sobre violencia familiar como un ejemplo del interés de un grupo definido que atañe a toda la colectividad; en un sentido distinto, el caso de los delitos tributarios, que responden a un interés recaudador del Estado, sin cuestionarnos si su aplicación va a ser o no selectiva, es decir, si se va o no a penalizar solo a grupos diferenciados; se cae así en el absurdo de utilizar la norma para resolver problemas muy concretos de grupos de poder, con lo cual ocurre otro fenómeno: la penalización, sin límite, de cualquier conducta, la cual convierte a un orden normativo que, como el penal, debe ser fragmentario o discontinuo, en una línea de penalizaciones. Todo comportamiento será conminado con sanción penal, no importa si es o no importante para la comunidad. Como variante, pero den-

tro del mismo orden de ideas es interesante, como ejemplo, conocer la exposición de motivos con que se presentó el proyecto de aumento de las penas y confrontar el argumento con los estudios que sobre el aumento de la delincuencia existen en Costa Rica.¹ Lo anterior nos enseña que la ley, además de ser un instrumento jurídico, es una creación política y un instrumento político; el profesor tiene la responsabilidad de señalar y discutir ese aspecto.

Estas ideas nos llevan al objeto de la tutela penal. No puede definirse el derecho penal sin plantearse la cuestión del bien jurídico y no puede plantearse ésta sin proponerse el problema anterior: así, si el tipo penal es el instrumento por medio del cual puede observarse la norma y consiguientemente el bien jurídico, la tipicidad, además de ser un instrumento jurídico es una creación política y un instrumento político y el profesor tiene la responsabilidad histórica de señalar y discutir este aspecto, como también de que el sistema penal no se agota en el derecho penal.

Ciertamente, el estudio real de la finalidad de la norma o bien jurídico, es un tradicional gran ausente dentro de los contenidos de la enseñanza del derecho penal. En la mayoría de los estudios sobre algún delito, siempre aparece una sección que habla sobre la finalidad de ese ilícito, es decir, sobre el bien jurídico que tutela la disposición analizada. Sin embargo, cuando entramos a observar el contenido de la propuesta nos damos cuenta que lo que se señala ahí es la opinión del que suscribe o de los citados por ese autor. Cómo puede saber el estudiante si esto es cierto o no, o cómo puede validar o adversar esa opinión si no se le ha enseñado un método para reconocer el objeto de protección de una disposición legal. Un abogado, litigante, juez, fiscal, investigador, etc. que tenga que atenerse a lo que dice tal o cual autor sobre lo tutelado por una disposición

¹ Véase como ejemplo la exposición de motivos con que se presentó el proyecto de aumento de las penas (proyecto presentado por el diputado Eliseo Rodríguez) y confróntese con los estudios que sobre el aumento de la delincuencia existen en Costa Rica: vg. Carranza, Elías. *Criminalidad. ¿prevención o promoción?* UNED, 1994.

legal, está plenamente desamparado e inhibido para realizar un claro razonamiento; a esa persona se le ha vedado acceso al conocimiento. Por ello, quien enseña tiene el deber de explicar un método claro por medio del cual el estudiante pueda por sí extraer, del tipo penal, el bien jurídico tutelado o que, por lo menos pretendió haberlo tutelado el legislador.

Cuando se enseña derecho penal debe hacerse un énfasis especial en el tema de la acción como concepto básico para explicar el delito: cómo se ha observado históricamente, cuáles son las consecuencias en la teoría del delito y cómo han influido y de qué manera las distintas ideologías y las diferentes posiciones epistemológicas y pseudoepistemológicas en la conceptualización y comprensión del concepto de acción. Dentro de este aspecto, es esencial subrayar claramente la naturaleza voluntaria de la acción descrita en el tipo penal y la necesaria consideración de que el legislador no puede sino describir acciones humanas reales y con sentido, con el fin de respetar tanto la conformación bio-psíquica del ser humano, como su dimensión social. El poder estatal, por medio del legislativo, utiliza los tipos penales para revelar lo prohibido o lo mandado, a través de lo penalmente descrito. Por ello el juez debe tener muy claro cuál es el proceso legislativo y, a través de la inducción, deberá develar ese proceso para entender qué es lo prohibido y lo mandado y, posteriormente, qué es lo protegido, cuando lee una descripción penal con la finalidad de detectar la adecuación típica. Esta básica importancia de las descripciones penales no es teórica, no es una majadería de algún profesor que ha leído más de la cuenta, es toda una manera de analizar el tipo penal, tanto en relación con la Teoría del Delito (los elementos que lo conforman y su valor para conocer el bien jurídico tutelado), como de cara a la función que el Principio de Legalidad, que delinea el artículo 39 de la Constitución, le marca al legislador y al juez. Es la función del tipo penal como garantía ciudadana y como límite a la

función del juez, la que, en última instancia, toca directamente la protección de los derechos individuales más preciados de los ciudadanos, por eso debe quedar muy claramente explicada en cualquier curso de derecho penal.

Tomando en cuenta lo dicho, cuando un órgano legislativo conmina penalmente conductas que se alejan de la realidad del diario quehacer, o cuando soluciona penalmente maneras de ser o estados de las personas, poco se diferencia de aquel tirano que -en el *Otoño del Patriarca*, de García Márquez- declara la catedral del lugar, por decreto, como la más bella del mundo. En tal caso el derecho penal no cumpliría ninguna función social generada por la necesidad, sino que se convierte en una fórmula vacía cuya función es la de controlar ciertos grupos, ciertas zonas de la población que por su hacer o por su manera de vida colocan en evidencia una forma de ser del grupo dominante. Todo comportamiento será conminado con sanción penal, no importa si es o no importante para la comunidad; sin embargo, por razones de selectividad del propio sistema penal, no todas las personas que actúen típicamente serán sometidas al sistema penal. ¿Cuánto de lo anterior se discute con los estudiantes de derecho penal general y de derecho penal especial?; ¿se analizan en clase, con estos propósitos, leyes como la "Ley contra la vagancia la mendicidad y el abandono", la "Ley para garantizar al país mayor orden y seguridad", la antigua ley de penalización del cambio de moneda, así como muchos tipos penales y contravencionales? . ¿Se discute la validez del derecho penal en la punición de hechos de cuello blanco y en delitos ecológicos, en vez de pensar en una sanción administrativa?

Siempre en relación con la acción voluntaria como base para la construcción del delito, es necesario recalcar los aspectos atinentes al dolo y a la culpa. Independientemente de la discusión -que personalmente creemos sí tiene sentido- de en cuál momento de la averiguación de la responsabilidad debe buscarlos el juzga-

dor, si en la acción típica o en la culpabilidad, la necesidad del estudio de estas figuras es indispensable. Es posible encontrar ejemplos en la jurisprudencia, en donde el dolo es el gran ausente. En estos ejemplos basta la comprobación de la tipicidad objetiva; así, constatada la adecuación de la conducta humana real a la conducta descrita, habrá condenatoria. Dos grandes ausentes se constatan en estos ejemplos: el dolo y el reproche.

La existencia de una fundamentación antropológica del castigo y por ello del concepto de delito, exige que el juzgador -antiguo estudiante- tenga claro el concepto de dolo. Querer la acción típica es el inicio de un juicio que culmina en el reproche y que puede conducir al error de tipo, otro ausente en muchas explicaciones pues se confunde -falsamente- con el error de hecho (así como el error de prohibición se confunde con el de derecho).

El dolo es una de las instituciones guía de la teoría del delito que en momentos de autoritarismo sufre los mayores embates, debido a que es el ingreso del análisis de la subjetividad, del querer, dentro de la averiguación de los hechos. Sin dolo lo que existe es una responsabilidad objetiva: constatado el acto que se adecúa al tipo penal, hay responsabilidad, sin importar si la persona quería el hecho directa, indirecta o eventualmente o si podía o no representarse el resultado típico. El estudiante debe tener muy claro qué significa el dolo y qué es la responsabilidad objetiva y qué clase de derecho penal exige en ese sentido nuestra Constitución.

El otro tema fundamental, gran ausente de muchos programas de derecho es el tema del reproche. A causa de que durante mucho tiempo la doctrina tradicional llenó el contenido de la culpabilidad sólo con el dolo y la culpa, el profesor de hoy, a pesar de que han trascurrido muchos años desde que Frank, en 1917, trató

el problema, olvida que el reproche es un elemento importante de la teoría del delito. Es más, olvida que culpabilidad es sobre todo el juicio de reproche que se hace al autor por el injusto -conducta típica y antijurídica- que realizó. Por tanto, no importará si optamos por observar la teoría compleja de la culpabilidad (es decir llenada con el juicio de dolo y culpa y también del reproche) o si aceptamos que culpabilidad es sólo reprochabilidad porque el juicio de dolo y culpa se realizó en la acción típica; lo importante es que no se le impida al estudiante conocer este elemento de la teoría del delito.

El tema de la sanción y su explicación constituye un problema aún más complejo en la enseñanza del derecho penal. Primero, por un asunto meramente administrativo: es el último tema del programa y generalmente no alcanza el tiempo para darle un tratamiento exhaustivo. Por otra parte, el tema suele ser abordado sólo desde la perspectiva normativa: se explica artículo por artículo de la ley vigente, qué significa cada pena o cada institución. No se explica cómo se cumple cada pena ni cómo funciona en la práctica cada institución. Menos aún las perspectivas de derecho comparado sobre la existencias de formas de sanción distintas, maneras diferentes de cumplimiento de la pena de prisión, entre otros aspectos.

Y, sin embargo, el tema de la sanción es de fundamento. Es por ello que la experiencia de enseñar este tema como uno de los introductorios al estudio del derecho penal nos parece muy sugerente.²

2.4. La enseñanza del derecho penal especial.

Obviamente lo que hemos señalado es válido para el derecho penal, sin distinción de general o especial. El derecho penal especial

² La profesora Olga Marta Mena Pacheco, de la Universidad de Costa Rica, ha ensayado, al parecer con excelentes resultados, la explicación de la teoría de la sanción, luego de haber estudiado la parte introductoria: "qué es el derecho penal y cómo se lo integra dentro de las disciplinas del control social".

puede ser estudiado con metodologías muy diferentes. De hecho hemos conocido importantes maneras de enseñar en profesores de la Cátedra respectiva de la Universidad de Costa Rica. Sin embargo, es importante advertir que el estudio de esta parte de la disciplina, en la mayoría de las universidades, tampoco contribuye a una formación de mentes libres y críticas, por múltiples razones, una de las cuales ya la señalamos al mencionar la manera cómo se explica el bien jurídico de los tipos en examen.

En general, en el estudio de los delitos, se tiende a asociar derecho penal especial con la parte especial de los códigos penales y se olvida que en la generalidad de los casos las tipificaciones más importantes y también las más cuestionadas están fuera del código, en leyes especiales.

Por otra parte, el estudio de los delitos se reduce, generalmente, a una exégesis con base en doctrina extranjera y, en algunos casos, la jurisprudencia existente sobre la figura. Se pierde así:

- a. Una visión de conjunto, ya que no se observa la tipificación estudiada dentro del contexto de una zona de protección a la que alude;
- b. Un examen de la descripción desde el punto de vista de la legalidad criminal, en donde un examen del lenguaje del tipo, su polisemia y su sintaxis es fundamental.
- c. Se pierde también un estudio de la realidad del tipo, su impacto en el mundo so-

cial, su eficacia, su razón de existir y cómo lo viven los tribunales de justicia.³

La obligación de un profesor para con sus estudiantes, dentro de esta temática, es la de presentar un estudio realista de los tipos penales, tanto del código penal como de las leyes especiales, con base en las zonas de protección y comparando las necesidades reales con las prohibiciones existentes. Esto permite detectar tanto las zonas protegidas, como las carentes de protección y las sobreprotegidas o que no merecerían tutela penal.

Es importante conocer, por ejemplo qué es alevosía o ensañamiento, pero más importante todavía y más necesario es preguntarse qué grado de protección dan nuestras leyes penales a cada una de las zonas de realidad que el legislador pretende estar tutelando.

Por otra parte, es necesario que un curso de derecho penal especial no descuide la relación dinámica entre los principios de la parte general y los tipos en particular. En este sentido, la metodología de enseñanza por medio de resolución de casos o de examen de sentencias, permite que el estudiante vea el todo y no sólo el problema de derecho penal especial. Es importante que, al lado de saber sobre el significado de funcionario público, por ejemplo, o documento, o cosa mueble, se resuelva el problema de tentativa, de autoría mediata o de concurso que pueda existir. De esta manera el aprendizaje no se parcela.

3 En lo que interesa, el programa de los cursos de derecho penal especial de la Universidad de Costa Rica dice: "Los problemas-principios que se consideran de base para el estudio del derecho penal especial son los siguientes: 1. La conciencia de que el derecho penal es un orden fragmentario, aspecto que responde a la idea de que esta rama del derecho es la "ultima ratio", al disponer de sanciones absolutamente comprometidas con los derechos fundamentales de los sujetos sociales. Una de las consecuencias que ello tiene, es la búsqueda de un derecho penal mínimo que responda sólo a los grandes intereses del grupo social y que, por ende, no se utilice al derecho penal para solucionar problemas que podrían resolverse aplicando otras ramas del derecho. Lo anterior determina un examen y cuestionamiento de los tipos penales actuales tanto del código penal como de las leyes especiales. 2. La clara conciencia de que no puede haber delito si no se viola o, en su caso, se pone en peligro un bien jurídicamente tutelado y de que el bien jurídico tutelado no es lo que diga antojadizamente el legislador en un título de un capítulo o de un artículo, sino lo que se desprende el propio contenido de cada tipo penal. esta idea permite retomar la problemática de los bienes jurídicos, obligando a la utilización de los diversos métodos de interpretación de la ley penal para desentrañar el verdadero significado de cada figura. de esta manera no solo sabremos qué significa cada figura, sino a qué intereses respondió su génesis y cuál es -si lo tiene- su actual sentido. 3. La idea del principio de legalidad criminal que nos conduce a la noción de tipicidad. Si el derecho penal especial es el estudio de los tipos en particular, el fundamento de su estudio se encuentra en el conocimiento de la estructura típica y de los alcances de ese texto legislativo.

El derecho penal costarricense tiene el sello republicano que le imprime la Constitución Política y por ello debe presentar características acordes con esta forma de gobierno. De las características más importantes que le imprime la República al Derecho Penal costarricense, encontramos primordial la misión de proteger bienes jurídicos que verdaderamente tengan relevancia social y que se enmarquen dentro de un sistema racional de sanciones. Esta protección se realiza por medio de la descripción legislativa de conductas: los tipos penales. En efecto, las descripciones penales son los medios que posee el estado para revelar a los ciudadanos qué es lo protegido y, por ello, qué es lo prohibido, a través de lo descrito. Esas descripciones, por lo dicho cumplen una doble función:

- a. Son el límite que tiene el poder estatal en la consideración de las conductas de los sujetos: ni el juzgador ni el jerarca administrativo, ni el poder policial pueden “crear” prohibiciones con conminación penal, sino el legislador, dentro de una serie de reglas que le obligan a “decir” la conducta prohibida de manera clara precisa y delimitada, y;
- b. al mismo tiempo, la descripción penal es el único medio que posee el habitante de la República para conocer las conductas prohibidas y penalmente conminadas.

Si el poder estatal, por medio del legislativo, utiliza los tipos penales para revelar lo prohibido o lo mandado, a través de lo penalmente descrito, el juez deberá entender el proceso legislativo y, a través de la inducción, deberá develar ese proceso para entender qué es lo prohibido y lo mandado y, posteriormente, qué es lo protegido.

Por lo anterior, con el fin de poder entender las descripciones legislativas, desde esos puntos de vista, presentamos este texto, en el que se trata de señalar un método de observación de las descripciones penales como instrumentos de análisis y también como únicos me-

dios para juzgar la labor legislativa, antes señalada.

Como puede observarse, la importancia de las descripciones penales no queda en el campo meramente teórico, sino que permite analizar el tipo penal, tanto en relación con la Teoría del Delito (los elementos que lo conforman y su valor para conocer el bien jurídico tutelado) como con la función que le marca al legislador y al juez el Principio de Legalidad Criminal que propone el artículo 39 de la Constitución Política (el tipo como garantía ciudadana y como límite a la función del juez), aspectos que, en última instancia, tocan directamente con la protección de los derechos individuales más preciados de los ciudadanos.

Desde ese punto de vista, proponemos una metodología de análisis que por lo menos contemple lo siguiente:

- a. El tipo penal como texto que describe una conducta: El tipo penal es un texto y como tal debe ser analizado. Así, formalmente, debe observarse su construcción sintáctica, el valor real/legal de las palabras que lo componen. En este sentido es importante valorar la construcción del tipo:
 - si la redacción es clara o no;
 - si tiene elementos que distorsionen el sentido de la acción;
 - si su sintaxis se presta o no para diversas interpretaciones.

En igual sentido es importante valorar las palabras y su carga semántica: si son términos ambiguos, polisémicos o no; claros, utilizables en la vida cotidiana o desconocidos para el común de la gente. P. ej. el art. utiliza el término *cencerradas*, que es poco común en el lenguaje costarricense; en igual sentido, el art. 250 utiliza *alambracarril*.
- b. El tipo como instrumento para observar el cumplimiento del principio de legalidad criminal (art. 39 de la Constitución Política): Tipos abiertos, leyes penales en

blanco, ambigüedades en la redacción que permiten interpretaciones extensivas.

- c. El tipo penal como instrumento para observar la norma y el bien jurídico: El tipo penal es la ocasión o el lugar de observación de la finalidad de la prohibición. El paso primero nos deja al descubierto tanto la construcción del texto como sus palabras. De esta manera se puede realizar con más facilidad el segundo paso, que es saber qué es lo prohibido, cuál es la norma o el precepto que se encuentra tras las palabras que componen la descripción de la conducta sometida a sanción penal. Sabiendo cuál es la prohibición, se busca la finalidad o bien jurídico tutelado con esa prohibición. Esta se induce de los propios términos del tipo; si se castiga matar, lo protegido es lo contrario; si se castiga apoderarse de objetos, lo protegido es la esfera de poder o patrimonio; etc.
- d. Bien jurídico y realidad, dentro de un derecho penal mínimo: Si el derecho responde a las necesidades sociales de todos los grupos, en la enseñanza del derecho penal especial es indispensable un análisis de los tipos vigentes a la luz de la realidad, con el fin de saber si aun tiene sentido la prohibición. En Costa Rica podemos brevemente señalar como ejemplo los delitos de libramiento de cheques sin fondo y de duelo. En el primer ejemplo, la misma jurisprudencia se ha encargado de ir limitando su aplicación, pues su sentido protector de bienes no es mucho, si se lo concibe como un delito de resultado y no

formal, como se lo consideró cuando entró en vigencia, al inicio de los años 70. En el caso del ejemplo del duelo, lo que el estudiante debe conocer es cómo por causas de un honor de grupo, el bien jurídico vida se minimiza, ya que las sanciones del duelo no son proporcionales con las del homicidio y la muerte en duelo se convierte en un homicidio privilegiado.

SIN CONCLUSION:

Luego de lo planteado, creemos importante subrayar lo siguiente: el profesor de derecho tiene una clara e importante misión dentro de la República, cual es enseñar los diversos aspectos normativos, situándolos dentro del contexto socio político en que se desenvuelven y no en el ideal de lo que piensa que debe ser la norma, ni en la realidad de aquel autor que lo apasionó.

La historia no se lee, se hace y todos los seres humanos somos hacedores de historia, aunque la vida de la mayoría no quede consignada en ningún documento, monumento o tradición. El momento histórico que estamos viviendo, que estamos haciendo, no puede esperar a que nos decidamos a comprender que la realidad no es la que pensamos, sino la que se vive día a día en el diario quehacer colectivo. Quizá cuando comprendamos esto, podamos guiar a Costa Rica por caminos más racionales y más humanos, como entendemos lo pide nuestra Constitución Política.

BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO, ENRIQUE. *La técnica de resolución de casos penales*. Colex, Madrid, 1988.

CARRANZA, ELIAS. *Criminalidad. ¿Prevención o promoción?* UNED, 1994.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*. Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FOUCAULT, MICHEL. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa, México, 1983.

GUTIERREZ, CARLOS JOSE. "Las funciones del Derecho". *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N°40, enero-abril de 1980, pp.97-122.

HASSEMER, WINFRIED. *Fundamentos del derecho penal*. Bosch, Bosch, Barcelona, 1984.

MADRID CONESA, FULGENCIO. *La legalidad del delito*. Universidad de Valencia, 1983.

MORA, LUIS PAULINO y NAVARRO, SONIA. *Constitución y Derecho Penal*. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, Costa Rica.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. *Sistemas penales y derechos humanos en América latina.(Informe final)*. Depalma, Buenos Aires, 1986.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. *En busca de las penas perdidas*. Ediar, Buenos Aires, 1989.



LA ACCIÓN CIVIL COMO ACCIÓN DELEGADA EN EL MINISTERIO PÚBLICO

(Alcances y Limitaciones de la delegación)

Fernando Cubero Pérez¹

Por regla general, cuando se analiza las funciones que desarrolla el Ministerio Público en el proceso penal se hace énfasis a su labor de promoción y ejercicio de la acción penal. Sin embargo es importante notar que nuestro legislador le ha otorgado al Ministerio Público una función accesoria, cual es el ejercicio de la acción civil que le haya sido delegada, labor que en muchas ocasiones pasa inadvertida para los propios operadores del derecho.

No pretendo en el presente artículo hacer un análisis exhaustivo de la inserción de la acción civil en el proceso penal, estudio que ameritaría un desarrollo mayor al pretendido en el presente artículo, sino que únicamente nos concretamos a hacer un análisis suscito sobre esa labor accesoria del Ministerio Público, planteándonos como hipótesis de trabajo que el efectivo ejercicio del derecho resarcitorio no se cumple a cabalidad cuando la formula propuesta es la delegación de la acción civil en el Ministerio Público.

I. Planteamiento Normativo de la delegación

Considero que previamente el establecimiento de un análisis crítico sobre un tema en particular y en concreto en este caso, sobre la delegación de la acción civil en el Ministerio Público, resulta absolutamente necesario hacer una revisión del cuadro normativo conforme al cual opera en nuestro sistema procesal penal la figura de la citada delegación, para a partir de tal visión, proceder en un segundo momento a analizar críticamente la existencia de la citada delegación.

En el presente apartado y conforme a lo expuesto anteriormente, procederé de inmediato a establecer cuál es la normativa que en nuestro Código de Procedimientos Penales establece la inserción del Ministerio Público como ente que lleva adelante la acción civil resarcitoria. En el próximo apartado se realizará una evaluación crítica de la forma como ha operado la delegación, señalándose cuales son las limitaciones de carácter legal y operativo que influyen en el ejercicio de la acción civil, indicándose igualmente los conflictos que se establecen entre el ejercicio de la acción civil y la función requirente, todo lo anterior con fin

¹ Fiscal del Ministerio Público.

de tratar de dar una respuesta a la interrogante que se encuentra al inicio de esta investigación, la cual consiste en saber si es necesario que el Ministerio Público, además del ejercicio y promoción de la acción penal, eventualmente se deba constituir como representante del damnificado en el ejercicio de la acción civil en sede penal.

A. La delegación en el Código de Procedimientos Penales

Tradicionalmente al momento de conceptualizar la labor desplegada por el Ministerio Público en el proceso penal, se hace énfasis en el hecho que el Ministerio Público despliega dentro del proceso penal esencialmente una función requirente, la cual consiste básicamente en la promoción y el ejercicio de la acción penal.²

Se ha establecido igualmente que en el ejercicio de esta función requirente las actuaciones del Ministerio Público, estarán regidas por los principios de independencia, libertad y objetividad.³

Sin embargo, además del ejercicio de la acción penal, nuestro legislador le encomendó al Ministerio Público el ejercicio de la acción civil que le haya sido delegada por el damnificado, o bien cuando la víctima sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente.

En este sentido para reseñar cuál es la regulación que a nivel normativo contiene nuestro código, se ha necesario analizar el fundamento jurídico de la delegación de la acción civil, quienes son las personas a la cuáles el código autoriza para delegar, cual es el contenido del acto delegativo y cuáles son las condi-

ciones para el inicio y el desarrollo de la acción civil resarcitoria delegada en el Ministerio Público; puntos a los cuáles nos abocaremos seguidamente:

A-1: Fundamento y contenido de la delegación.

Cuando se pretende establecer cuál es el fundamento jurídico de la delegación, nos encontramos con la circunstancia que la doctrina al ocuparse del tema hace énfasis en que el delito no solamente entraña una vulneración de un bien jurídicamente tutelado, sino además que tal violación conlleva como consecuencia la protección de dos clases de intereses que han de ser tutelados, el interés social por la represión del delito y un interés del particular a ser resarcido de los daños emergentes de la conducta delictiva.⁴

Dicho interés particular en el resarcimiento debe encontrar una protección especial por parte del Estado, el cuál no puede abstenerse de actuar ante aquellos casos en los cuales las condiciones económicas de los damnificados les genera la imposibilidad material para instar su derecho resarcitorio. En este sentido cuando uno de los inspiradores de la reforma procesal de Córdoba, la cuál inspiró a su vez nuestro Código de Procedimientos Penales, pretendía justificar el ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Público expresaba que: "El estado no debe permanecer impasible ante las víctimas de los hechos delictuosos, cuando la precaria situación de ellas o su temor de afrontar los gastos de un juicio que se sumarían a los daños ya sufridos, les impide actuar o sea un obstáculo para el logro de un justo resarcimiento, por el contrario el Estado

2 Sobre la Función requirente del Ministerio Público puede verse. Torres Bas Raúl Eduardo (Rea Eduardo). El Procedimiento Penal Argentino, Tomo I, Editorial Lerner Córdoba 1986, p.p 203-205. Maier B.J (Julio) La Investigación Penal Preparatorio del Ministerio Público, Buenos Aires, 1975, p 23-24. Cruz Castro (Fernando) La Función Acusatorio en el Proceso Penal Moderno, San José, Ilanud, 1991, pp, 22-28

3 Véase Ley Orgánica del Ministerio Público. Artículo 2, 3, y 14.

4 Acerca del contenido de ese derecho resarcitorio, véase: Leone (Giovanni) Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1963, pp 467 a 472.

debe favorecer o facilitar esa actividad privada, poniendo a disposición de ellas sus propios resortes".⁵

De la anterior fundamentación para la delegación del ejercicio de la acción civil se puede desprender una consecuencia clara, cuál es que la protección a la víctima a efecto de hacer valer en sede penal su derecho resarcitorio es una obligación genérica del Estado y no específica el ente acusador, lo cual explicaría el porque algunos legislaciones procesales Argentinas no señalan al Ministerio Público como el encargado de llevar adelante el ejercicio de la acción civil delegada, sino que le asignan tal función al defensor oficial.⁶

En cuanto al contenido del acto delegativo de la acción civil, la doctrina ha sido pacífica en establecer que el verdadero propietario del derecho resarcitorio y por ende de la acción civil correspondiente aún y cuando medie una delegación en el Ministerio Público, lo es el damnificado o el heredero, siendo que el Ministerio Público es un simple representante o mandatario, no siendo por ello el poseedor de dicha acción.⁷

Lo anterior ha llevado a establecer que el ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Público no cambia el carácter privado de esta acción⁸, la cual puede ser renunciada o bien transada por el titular, sin que se encuentren limitado tales poderes de disposición por la opinión en contrario del órgano acusador.⁹

A-2- Quienes pueden delegar

Nuestro Código de Procedimientos Penales, siguiendo en este sentido la legislación cordobés, ha establecido en su artículo 10 que el Ministerio Público ha de ejercitar la acción civil resarcitoria en el proceso penal, únicamente cuando el titular de la acción se la delegue, apartándose en este sentido de la posición asumida por la legislación española que impone la obligación del Ministerio Fiscal de promover junto con la acción penal la acción civil, salvo que el titular del derecho resarcitorio renuncie expresamente a dicho derecho o dispense al ente acusador de esta obligación de actuar de oficio.¹⁰

Igualmente en un primer momento nuestro Código de Procedimientos Penales establece en su artículo 10 que el Ministerio Público debe ejercer la acción civil, cuando: "el titular de la acción, sin constituirse en actor civil le delegue su ejercicio".¹¹ Empero del análisis de nuestra legislación se puede establecer que a diferencia de la legislación Cordobés, que acepta que entre los titulares de la acción civil y que pueden delegarla se encuentran ciertos entes provinciales¹²; en nuestro caso debido a la existencia de una Procuraduría General de la República que actúa como apoderado del Estado en los procesos civiles y penales, sería éste ente y no el Ministerio Público al que por disposición legal le corresponderá ejercitar la acción civil resarcitoria.¹³

5 Vélez Mariconde (Alfredo), Acción Resarcitoria, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba 1965, p 27.

6 Tal es el caso de los Códigos de la Rioja y Jujuy. Véase Vélez Mariconde, op cit p, 28

7 Sobre este punto véase. Vélez Mariconde Op Cit, pag. 115 y Núñez Ricardo. La Acción Civil para la Reparación de los Perjuicios en Materia Penal, Buenos Aires, Edit. Depelme, 1968, p,100.

8 Sobre la conceptualización de la acción como poder jurídico y su carácter rigurosamente privado, véase. Couture (Eduardo J). Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Editorial Depelme, 12 a reimpresión, 1985, pp,57-64.

9 En este sentido Claría Olmedo expreso que: "No es un acusador pero tampoco es un actor civil en sentido específico, pues no obstante ocupan el lugar de él en el proceso para hacer valer la pretensión privada y no es posible atribuirle ese carácter dada su condición de funcionario público integrante del Poder Judicial. La verdad es que cuanto el Fiscal ejerce la acción civil haciendo valer la pretensión privada a la par de la penal actúa con el mismo sentido de "pretensión de justicia" característico de la segundo y no puede desistirla, renunciarla y transeguir sobre ella. Es como si el carácter público del órgano que en estos casos excepcionalmente hace valer la pretensión privada, se transfiera a él, impidiendo la disponibilidad del objeto accesorio del proceso penal". Claría Olmedo (Jorge). Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1962, p.p 301-302.

10 Véase. Claría Olmedo. Op. Cit, p. 307.

11 Código de Procedimientos Penales. Artículo 10 inciso 1.

12 Véase Núñez. Op.Cit. pag 160-161.

Deslindado lo anterior, debemos tener presente, que el concepto de titular de la acción civil el cual puede delegar la acción civil en el Ministerio Público es comprensivo de todos aquellos sujetos que conforme al artículo 9 del Código de Procedimientos Penales se les otorga legitimación para incoar la acción civil tendiente a la restitución del objeto materia del delito, y la indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito.¹⁴

En tal sentido, por titulares de la acción civil y por ende autorizadas para delegar, tenemos en primer lugar el damnificado, entendido este como aquella persona física o jurídica que prima facie aparece como damnificado por el delito en que se fundamenta la pretensión represiva y por ende ha sufrido un daño resarcible consistente en la privación detrimento o menoscabo cierto y efectivo de un bien susceptible de reparación económica y que es tutelable jurídicamente.¹⁵

Del anterior concepto se colige que el término damnificado abarca al de ofendido, pero cubre más ampliamente a otros sujetos que en el proceso penal podrían no tener ese carácter.¹⁶

En segundo lugar, también pueden delegar la acción civil los herederos del damnificado en su cuota hereditaria, en este sentido tenemos que conforme a nuestra normativa civil los herederos pueden ser tanto herederos legítimos, aquellos que en relación al parentesco suceden al *cujus* de acuerdo a la ley, como también los herederos testamentarios instituidos por el causante.¹⁷

En último término como titulares de la acción civil, se encuentran los representantes

legales o mandatarios de los damnificados, entre los cuales podrían encontrarse los tutores, guardadores, curadores y representantes legales de persona jurídicas y sociedades.

Además de los titulares de la acción civil, también en el caso de los incapaces para hacer valer sus derechos y que no tengan representación legal, el Ministerio Público se encuentra en la obligación de instar la acción civil resarcitoria, aunque en este supuesto no hay un acto jurídico de delegación, sino que el ejercicio de la acción civil se impone como un imperativo legal, sin perjuicio de las acciones que al efecto promueva el Patronato Nacional de la Infancia.¹⁸

A-3- Inicio y Desarrollo del Ejercicio de la Acción Civil

Sobre el concreto desarrollo de la acción civil ejercida por el Ministerio Público, debe establecerse y determinarse tres aspectos de importancia; las formalidades para la constitución de parte civil en el proceso penal, el plazo para constituirse en el proceso el actor civil y el trámite que dentro del proceso penal ha de seguir la acción civil delegada.

En cuanto a las formalidades de constitución en parte civil tenemos que deben distinguirse tres momentos importantes en el ejercicio de la acción civil resarcitoria, el primer momento será el acto de la delegación por parte del titular, un segundo momento será la interposición de la acción civil por parte del Ministerio Público y un tercer momento la deducción de la acción civil en debate.

13 Véase Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Art 1, 3 incisos d, f, g y 20.

14 Sobre los daños y perjuicios resarcibles, Véase. Vélez Mariconde. Op. Cit. p.p 107 a 110.

15 Véase Vélez Mariconde. Op. Cit. p.105.

16 Véase en este sentido Tamayo Jaramillo (Javier) Indemnización de Perjuicios en el Proceso Penal, Medellín Biblioteca Jurídica Diké, 1993, p.p.13-14

17 Código Civil de Costa Rica. Arts 572 y 577. Sobre esta distinción de herederos y su titularidad en el proceso penal puede verse a nivel jurisprudencial. Voto 69-F-94 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 9 horas del 8 de abril de 1994 y Voto 80-F-92. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 8:40 horas del 20 de marzo de 1992.

18 Véase. Código de procedimientos Penales. Artículo 10 Inciso 2. Sobre el concepto de incapaces. Véase Núñez (Ricardo). Op. Cit. p. 162-163.

Debe tenerse presente que en todo caso la posibilidad de la delegación del ejercicio de la acción civil se encuentra supeditada a la existencia de una condición negativa, cual es que el titular no haya ejercitado por sí mismo la correspondiente acción civil, ello por cuanto no podría subsistir dentro del mismo proceso penal dos pretensiones resarcitorias, la establecida por el titular y otra lleva adelante por el Ministerio Público.¹⁹

Una vez establecida esta condición negativa, el acto de la delegación por parte del titular no requiere para su existencia de ninguna formalidad ad solennitatem, siendo necesario que la voluntad de delegar quede plasmada ya sea, en la denuncia interpuesta en forma escrita, en el sumario policial, en la denuncia presentada ante el Ministerio Público de forma oral, o bien mediante manifestación expresada ante el Juez Instructor que conoce la causa.²⁰

Concretada de esta forma la delegación de la acción civil, le corresponderá al Ministerio Público interponer la demanda resarcitoria, siendo que en tal circunstancia se ha establecido que aún y cuando el Ministerio Público ya es parte en el proceso por ser el promotor de la acción penal, el ejercicio de la acción civil le impone la obligación al ante acusador de sujetarse a las formalidades previstas para el actor civil por el artículo 57 del Código de Rito para la interposición de la acción civil. Se justifica tal obligación en el hecho de que aún y cuando sea un órgano público quien ejercita la acción civil, este no pierde su carácter privado, siendo que en razón del principio de igualdad de partes el Ministerio Público al interponer la acción civil deberá cumplir con los requisitos de admisibilidad señalados al efecto a saber, la identificación de partes y proceso, la indicación de los

motivos en que base su acción con indicación del carácter que se invoca y el daño sufrido aunque no se concrete el monto y la petición expresa de ser admitido como parte.²¹

La falta de los anteriores requisitos en el escrito de interposición presentado por el Ministerio Público, trae como lógica consecuencia el rechazo ad portas de la acción civil.

En cuanto a la deducción o concretización de la acción civil, esta opera para el Ministerio Público, al igual que para cualquier actor civil en la etapa de conclusiones durante el debate, en el cual se ha de formular el monto de resarcimiento solicitado y la justificación fáctica y jurídica de la pretensión resarcitoria, siendo que en esta etapa procesal la falta de conclusiones del Ministerio Público respecto a la pretensión resarcitoria entrañaría el desistimiento de la acción.²²

En lo relativo al plazo para la constitución de la acción civil, tenemos que por el carácter accesorio que tiene la acción civil en relación a la acción penal; cuando la primera es ejercitada en un proceso penal, la acción civil debe amoldarse a los plazos que al efecto impone el proceso penal.

En este sentido, tenemos que de conformidad con nuestro Código de Procedimientos Penales, la acción civil resarcitoria puede ejecutarse siempre y cuando se encuentre pendiente la acción penal, la cual asume el carácter de acción principal, siendo que por tal pendencia de la acción penal debe entenderse el plazo que se inicia desde que existe una investigación respecto de un delito, y no se hubiese dictado en el proceso sentencia de sobreseimiento, sentencia absolutoria o condenatoria o se interpusiere una excepción dilatoria.²³

19 Véase Art 10 Inciso 1 del Código de Procedimientos Penales. En tal sentido. Claría Olmedo, Op. Cit, pag. 309.

20 Claría Olmedo, p.308.

21 Código de Procedimientos Penales. Art 57. Núñez (Ricardo) Op.Cit. p. 163-164. En sentido contrario Manzini Vincenzo, citado por Núñez.

22 Código de Procedimientos Penales. Art 69

23 Código de Procedimientos Penales. Art. 11. Sobre este aspecto derivado de la accesoriedad de la acción civil puede verse: Creus (Carlos). La Acción Resarcitoria en el Proceso Penal, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1985. p.p 45-48.

De conformidad con lo anterior tenemos que encontrándose pendiente la acción penal nuestra legislación establece un plazo perentorio dentro del cual el Ministerio Público debe interponer la acción civil resarcitoria que le ha sido delegada; plazo cuya inobservancia trae como sanción procesal el que la acción que se pretende ejercitar deba ser rechazada por extemporánea. Dicho plazo en caso de tramitarse la causa por instrucción formal habrá de expirar con la clausura de la instrucción por parte del juez respectivo y en el supuesto de la causa tramitada por Citación Directa con el Requerimiento de Citación Directa formulado por el Ministerio Público.²⁴

Una vez que ha sido formulado por el Ministerio Público la correspondiente acción civil resarcitoria, a dicha acción debe dársele trámite ya sea por el Juez de Instrucción o bien por el juez de debate, concediéndole audiencia a los demandados civiles para que se opongan a la constitución del Ministerio Público como actor civil, oposición que en caso de no prosperar tendrá como consecuencia la constitución definitiva del Ministerio Público como actor civil.²⁵

Sobre este último punto, relativo a la legitimidad para constituirse como actor civil y que es válido para el ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Público, debe tenerse presente que a nivel jurisprudencial se ha estimado que para proponerse la acción civil no es necesario acreditar en ningún caso la representación del heredero del damnificado, sin embargo para su admisión en sentencia en algunos supuesto de heredero legítimo reclamante de daños sufridos a bienes materiales se ha considerado necesario que se encuentre acreditada legalmente su condición de heredero, caso contrario el juez deberá condenar en

abstracto obligando al titular a la respectiva ejecución civil.²⁶

II- Evaluación Crítica de la Delegación de la Acción Civil

Habiendo realizado precedentemente una reseña del aspecto normativo fundamental de la delegación de la acción civil en el órgano requirente; en el presente apartado asumimos un análisis crítico de la pertinencia de tal delegación, tratando de establecer que por algunas razones de carácter legal la protección que se pretende dar al titular del derecho resarcitorio al brindársele la oportunidad de delegar es una protección parcial y en todo caso el ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público entra eventualmente en conflicto con la función requirente que lleva adelante el citado órgano.

A-1- Necesidad de la Delegación en el Ministerio Público

Es innegable que el Estado se encuentra en la obligación de proporcionar al particular las condiciones necesarias para que en el proceso penal pueda ejercitar su derecho resarcitorio y de ésta forma al insertarse dicha acción dentro del proceso penal no viéndose obligado el titular del derecho resarcitorio a plantear civilmente un nuevo proceso; garantizándose mediante tal acumulación de acciones el principio de unidad de jurisdicción, el cual viene a ser el fundamento de la inserción de la acción civil en el proceso penal.²⁷

Sin embargo de lo anterior, no puede establecerse que la delegación de la acción civil en el Ministerio Público deba ser la única posi-

24 Código de Procedimientos penales. Artículo 59.

25 Código de Procedimientos Penales. Artículos 60 a 64.

26 Véase. Voto 69-F-94. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 9 horas del 8 de abril de 1994.

27 Sobre el Fundamento de la inserción de la acción civil en el proceso penal puede verse: Creus (Carlos). Op. Cit, 24 a 27. Leone (Giovanni) Op. Cit, p.p 472-477.

bilidad legislativa para garantizar el acceso del particular de condiciones económicas precarias al proceso penal.

Pareciera factible que el hecho de que otras legislaciones hayan otorgado esa posibilidad a otros órganos como el defensor oficial es criterio suficiente para establecer que no existe razón jurídica para concluir que únicamente el Ministerio Público sea el órgano que puede llevar adelante tal función.

La anterior tesis pareciera confirmarla la propia legislación en el tanto en que si bien delega el ejercicio de la acción civil en el Ministerio Público, la ejecución de la sentencia que es la materialización del derecho resarcitorio no se la otorga al ente acusador, sino que tal responsabilidad la hace recaer en la Defensa Pública.²⁸

Sin embargo, además de no existir ese motivo indispensable para que sea el Ministerio Público quién ejerza la acción civil delegada, también debemos abonar a nuestra tesis el hecho de que en el ejercicio de la acción civil por parte del ente acusador, se operan una serie de limitaciones que hacen que tampoco se garantice plenamente que el particular va a contar con las mayores posibilidades al ejercitar su pretensión resarcitoria.

A-2- Limitaciones para el Ejercicio de la Acción Civil

Entretándose del ejercicio de la acción civil, el Ministerio Público costarricense cuenta con una serie de limitaciones que impide una adecuada actuación del órgano requirente en esta función. Tales limitaciones las podemos clasificar en dos tipos, aquellos de carácter propiamente legal que hacen referencia a la falta de una normativa que garantice adecuadamente los derechos de los titulares de la acción y otras de carácter operativo referente

a limitaciones de índole práctica con las cuales se enfrenta el Ministerio Público al ejercitar la acción civil resarcitoria.

Dentro de las limitaciones legales podemos reseñar dos que se refieren al inicio y el desarrollo de la acción civil resarcitoria. Una de ellas hace referencia al hecho de que tal y como esta redactada la norma del artículo 10 del Código de Procedimientos Penales, la intervención del Ministerio Público se inicia con el acto de voluntad del titular por el cual manifiesta su interés en delegar la acción, pero no existe una norma imperativa para el ente acusador que obligue al Agente Fiscal a citar al titular del derecho resarcitorio para que manifieste su derecho a delegar, ni tampoco a solicitarle al Juez de Instrucción que cite al titular del derecho para que exprese su voluntad de delegar la acción civil.²⁹

A falta de dicha normativa y salvo que interpretemos que el funcionario público por aplicación de los principios de eficiencia de la administración está obligado a llamar al titular del derecho resarcitorio, la gestión quedará a la simple buena voluntad del Agente Fiscal y a su sensibilidad social ante hechos de suma gravedad en los cuáles es evidente la paupérrima condición económica del titular del citado derecho.

Por otra parte, la segunda gran limitación que tiene el Ministerio Público en el ejercicio de la acción civil resarcitoria y que obviamente repercute en las posibilidades de ejercicio efectivo de ese derecho, consiste en que el ente acusador al plantear la interposición de la acción civil en representación de un heredero no requiere para ese acto de demostrar el carácter de heredero del titular, sin embargo una vez deducida en debate la acción resarcitoria para su acogimiento en sentencia en cierta hipótesis de daño material se requiere la acreditación de la condición de heredero, acreditación para la

²⁸ Código de Procedimientos Penales. Artículo 524

²⁹ En este sentido parece establecerlo la legislación Argentina. Véase. Núñez Op.Cit, pag 165. Observése que tampoco en el numeral 35 de la Orgánica del Ministerio Público donde se fijan las obligaciones del Agente Fiscal existe norma al respecto.

cual no puede intervenir el Ministerio Público por consistir en procesos de acreditación para los cuales el ente acusador no está facultado para actuar en representación del delegante.

Lo anterior lleva al contrasentido claro, de que ese titular del derecho resarcitorio de carencia de condiciones económicas, se encuentra en la encrucijada de que para impedir una condena en abstracto que involucra nuevos gastos procesales y de tiempo, debe procurarse una representación legal fuera del proceso penal para acreditar su carácter de heredero, curador, guardador o socio de una persona jurídica, por cuanto el Ministerio Público se encuentra imposibilitado para plantear fuera del proceso penal todas aquellas acciones que resulten necesarias para establecer la legitimidad o representatividad del titular.

La carencia anteriormente citada, nos lleva a considerar que en realidad la delegación en esas condiciones, viene a configurar una desventaja procesal entre el titular que delega la acción civil de aquel que la ejercita por sus propios medios.³⁰

En cuanto a las limitaciones de carácter operativo, podemos reseñar igualmente dos circunstancias que dificultan el ejercicio de la acción civil. La primera de ellas tiene que ver con relación a la estructura organizativa del Ministerio Público y la otra en cuanto a los gastos del ejercicio de la acción que eventualmente pueden hacer nugatorio el derecho resarcitorio.

El ejercicio de una acción civil resarcitoria involucra el conocimiento de materias tan especiales como los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual, el conocimiento de los daños resarcibles y su forma de prueba, aspectos que si bien no requieren una especialización académica muchas veces no son fáciles de manejar por operadores del derecho que están acostumbrados a desenvolverse dentro

de los límites del proceso penal y que por las múltiples funciones que cumple el Agente Fiscal³¹, le es sumamente difícil dedicarse al estudio e investigación de un tema extraño a su trabajo cotidiano.

Finalmente, como otra gran limitación al ejercicio de la acción civil tenemos que a pesar de que la Ley le otorga al particular la posibilidad de la delegación de la acción civil, lo relacionado con la prueba de los extremos petitórios de este tipo de acción exige que el demandante pruebe su dicho, mediante las formas propias para el proceso civil, prueba que cuando se trata de peritajes especiales pueden resultar sumamente costosos y deben ser asumidos por parte del titular del derecho.

En la práctica, lo anterior puede configurar para el titular del derecho una barrera difícil de franquear para el acceso a la satisfacción de su pretensión resarcitoria.

A-3- Contradicción entre la delegación y los principios rectores de la función requirente del Ministerio Público.

En el desarrollo de la función primordial del Ministerio Público, cual es la promoción y ejercicio de la acción penal, el ente acusador se encuentra regido por los principios de libertad, independencia y objetividad de sus actuaciones. Sin embargo si a ese mismo funcionario se le obliga a ejercitar la acción civil su libertad y objetividad en la promoción y ejercicio de la acción penal se puede ver comprometida y darse por consiguiente un choque entre la tutela de interés colectivo por la represión del delito y el interés privado del resarcimiento.

En este sentido, un leve vistazo a la práctica nos muestra que tal contradicción puede aflorar en circunstancias tales como, en aquellos casos en los cuáles habiéndose promovido una acción civil resarcitoria por el funcionario

30 Para una mayor comprensión del aspecto en cuestión Véase. Voto 69-F-94. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 9 horas del 8 de abril de 1994.

31 Véase. Ley Orgánica del Ministerio Público. Art. 35

del Ministerio Público durante la instrucción judicial, al término de ésta por razones diversas debe instar la solicitud de un sobreseimiento, o bien la circunstancia en que encontrándose en la etapa de debate el Agente Fiscal o Fiscal de Juicio, actuando según su saber y entender, solicita una absolutoria del encartado; afectando de esta forma el interés del particular en el resarcimiento; también puede quedar en entredicho la objetividad del ente acusador en aquellos supuestos en los cuales existiendo una pluralidad de imputados en relación a un mismo hecho tienen igualmente la posición de ofendidos y todos delegan el ejercicio de la acción civil en el ente acusador.

En todos estos casos citados, pareciera que los titulares del derecho resarcitorio, deberían tener una representación legal garantizado por el Estado para ejercitar a su favor la acción civil sin que en su labor tales órganos entren en contradicción con otras funciones asignadas por el ordenamiento legal.

A-4- Proyectos de Reforma a la Delegación.

Llegado a este momento de desarrollo del tema conviene establecer cuáles son los puntos primordiales a los cuales nos lleva un análisis de la normativa costarricense sobre el tema de la delegación y cuales serían las posibilidades de reforma en el futuro.

En tal sentido tenemos que se ha logrado establecer que la delegación de la acción civil debe mantenerse a favor de algún órgano del Estado, pero que la delegación en el Ministerio Público no es lo más acertado tanto por la contradicción que genera tal delegación con las funciones primordiales del ente acusador en el proceso penal, como las limitaciones que tiene el Ministerio Público para realizar una efectiva protección del interés particular.

Establecido lo anterior, pareciera razonable que la delegación de la acción civil pudiera recaer en otros órganos del Estado tales como podrían ser la Defensa Pública, a la cual ya el actual Código le asigna una parte del ejercicio de la acción civil, como es la ejecución civil.

Tampoco sería deseable la idea de que la delegación de la acción civil pudiese recaer en un órgano estatal no dependiente del Poder Judicial, como será el caso de la Procuraduría de Derechos Humanos o la Defensoría de los Habitantes, ello siempre que se le brinde una adecuada protección al derecho resarcitorio de los damnificados y herederos, ello en cuanto a la necesidad de ser informado de su derecho a delegar, igualmente en lo referido a que el ente delegado pueda actuar en todas las instancias para hacer valer el derecho resarcitorio y por último al hecho de que el acceso a la acción civil no se vea limitado por gastos procesales a los cuales el titular del derecho resarcitorio no pueda hacerles frente.

Teniendo presente lo anterior, podemos constatar que la promulgación del nuevo Código Procesal Penal, el cual entraría a regir el primero de enero de 1998, el legislador no ha resuelto satisfactoriamente lo apuntado en cuanto a la inconveniencia del ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Público.

En este sentido, el artículo 39 del nuevo Código Procesal establece que: "La acción civil deberá ser ejercida por un abogado de una oficina especializada en la defensa civil de las víctimas, adscrita al Ministerio Público"³²

La nueva propuesta legislativa tiene aun y cuando consideremos las observaciones anteriores, una virtud innegable, cuál es el que se amplía la protección del derecho resarcitorio por cuanto fija la creación de una oficina o dependencia adjunto al Ministerio Público encargado de la defensa civil de la víctima; ello deberá denotar en la práctica dos cuestiones de

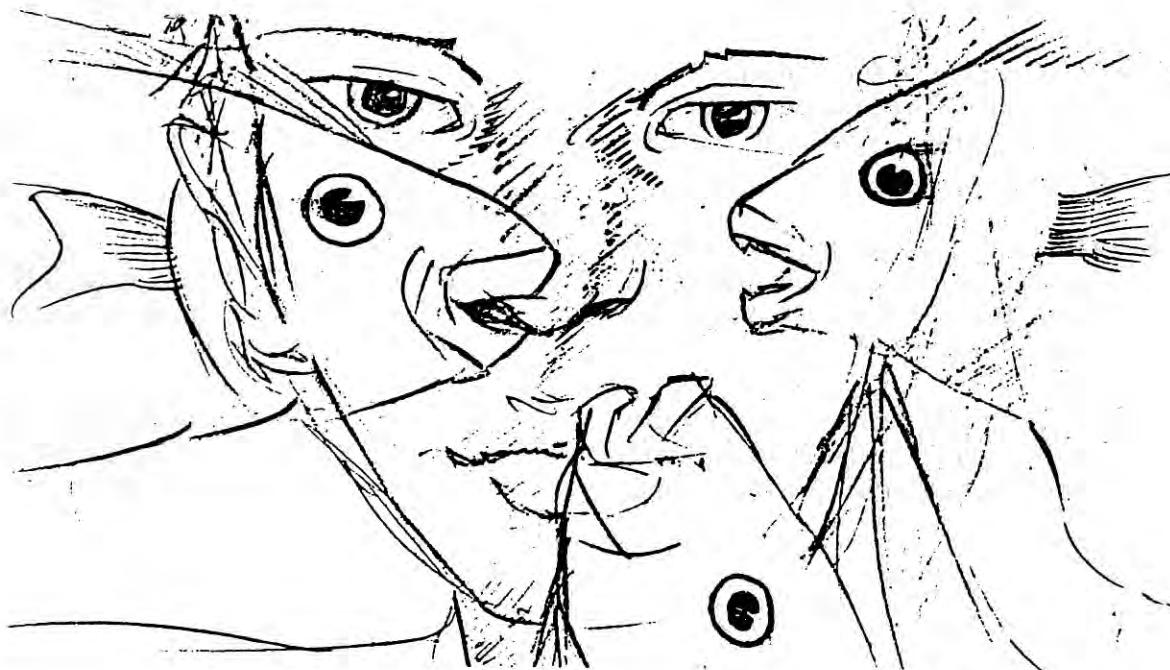
³² Artículo 39 del Código Procesal Penal, San José, Imprenta Nacional, 1996. Idem artículo 44 del Proyecto del Código Procesal Penal, San José, Asamblea Legislativa, 1995.

importancia, la primera referida a que dicha oficina de defensa civil deberá tener una gran dosis de independencia funcional respecto a la labor requirente del Ministerio Público, de tal forma que aún y cuando el criterio del Fiscal responsable de la persecución penal sea la de no solicitar la condenatoria, el abogado director de la acción civil delegada no debería estar condicionado a la petición absolutoria formulada por el Fiscal promotor de la acción penal, siendo que de esta forma la adscripción al Ministerio Público involucraría solo una dependencia presupuestaria.

La segunda cuestión hace referencia al hecho de que al hablarse de una oficina de defensa de la víctima, ello nos lleva a pensar en que la labor de dicho ente debería ir más allá de la simple ejecución de la acción civil delegada, sino que también su actividad involucraría la información y orientación a la víctima como sujeto en el nuevo proceso penal, lo anterior podría implicar que la actividad de esta oficina derive a una efectiva defensa de los

derechos de la víctima, siendo que en tal sentido la reforma se ha quedado corta al no establecer expresamente que dicha oficina de defensa a la víctima en el ejercicio de la acción civil resarcitoria, podría actuar aun fuera del proceso penal, ello a efecto de ejercer adecuadamente el derecho resarcitorio de la víctima.³³

Por último debe hacerse notar que conforme a los principios inspiradores de la reforma concretamente la celeridad del proceso penal, se ha eliminado la etapa de instrucción formal y únicamente existirá una investigación preparatoria por parte del Ministerio Público, siendo que en esas circunstancias si se mantiene como plazo máximo para el ejercicio de la acción civil se acortarán enormemente, en algunos casos a días, lo cual afectaría grandemente tanto el derecho del damnificado para delegar la acción civil, como la del propio Ministerio Público o cualquier otro ente del Estado para ejercitarla.



33 En este sentido, la omisión legislativa sería subsanable mediante norma expresa incorporada a una futura ley orgánica del Ministerio Público, legislación necesaria para la implementación del nuevo código, ello conforme a lo establecido por el transitorio IV del Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Cleriá Olmedo (Jorge) *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo III, Buenos Aires, Editorial Edior, 1962.

Couture (Eduardo) *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 12 ve. reimpresión, Buenos Aires, Editorial Depalma. 1985.

Creus (Carlos) *La Acción Resarcitoria en el Proceso Penal*, Santa Fé, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1985.

Cruz Castro (Fernando) *La Función acusatoria en el Proceso Penal Moderno*, San José, Ilanud, 1991.

Leone (Giovanni) *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Edior, 1965.

Maier B. J. (Julio) *La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público*, Buenos Aires, Editorial Lerner. 1975.

Núñez (Ricardo) *La Acción para la Reparación de los Perjuicios en la Materia Penal*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1985.

Tamayo Jaramillo (Javier) *Indemnización de Perjuicios en el Proceso Penal*, Medellín, Biblioteca Jurídica Díké, 1993.

Torres Bas (Raúl Eduardo) *El Procedimiento Penal Argentino*. Tomo I, Córdoba, Editorial Lerner, 1986.

Velez Mariconde (Alfredo) *Acción Resarcitoria*, Córdoba Universidad Nacional de Córdoba, 1965.

LEGISLACION CONSULTADA

Código de Procedimientos Penales de Costa Rica. Segunda Edición., San José, Editorial Porvenir , 1984.

Código Procesal Penal, San Joé, Imprenta Nacional, 1996.

Ley Orgánica del Ministerio Público, (Ley 7535 de 10 de mayo de 1993)

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Imprenta Nacional, 1986.

Proyecto de Código Procesal Penal, San José, Asamblea Legislativa, 1995.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto 69- F- 94 de las 9 horas del 8 de abril de 1994.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto 80- F- 92 de las 8:40 horas del 20 de marzo de 1992.

LA ACTIVIDAD INVESTIGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA CITACIÓN DIRECTA

Alberto Porras González¹

I. Los distintos papeles del Juez y del Agente Fiscal en el proceso penal: Roles en la Instrucción formal y en la citación directa.

Nuestro sistema procesal penal contempla dos tipos de procedimiento para la investigación de los delitos: la Instrucción formal y la citación directa. El primero ha de considerarse el rito ordinario que encuentra aplicación para la fase investigativa de aquellos delitos de acción pública (art. 184 *cpp*), mientras que la información sumaria, previa a la citación directa, constituye el rito de carácter especial (art. 401 *cpp*). Ambos procedimientos se distinguen no solamente por la diversa forma en que viene desarrollada la fase preliminar al juicio, sino porque responden a sistemas de naturaleza diversa, lo cual obliga a que tanto

el Juez de Instrucción como el Agente Fiscal deban asumir comportamientos distintos según el tipo de procedimiento a que se enfrenten. No obstante esta polaridad de sistemas, es una constatación práctica que en nuestro ordenamiento procesal penal la doble naturaleza de procedimientos no sea reconocida abiertamente por los operadores de la justicia, lo cual produce no pocos problemas operativos derivados de la confusión de roles entre el Juez de Instrucción y el representante del Ministerio Público.

1.1. La Instrucción formal. — Sin pretender profundizar sobre las características y diferencias de los procedimientos penales en nuestro sistema procesal, parece obligado señalar al menos que la Instrucción formal responde a un modelo tendencialmente inquisitorio, caracterizado por la presencia de un Juez que tiene a su cargo la función investigativa en la fase preparatoria al debate², la toma de

¹ Juez de Instrucción de turno extraordinario.

² Así, art. 18 LEJT donde atribuye a los jueces instructores la Instrucción judicial de los hechos punibles que sean de conocimiento de los Tribunales de Juicio. En particular se encuentran todas las disposiciones que regulan la adquisición del material probatorio, y que requieren de la participación personal del Juez de Instrucción: v. art. 201 *cpp* sobre la obligación del instructor de participar y dirigir la inspección judicial; art. 204 *cpp* sobre la inspección corporal; art. 206 *cpp* en lo que se refiere a la participación y dirección de la reconstrucción del hecho; arts. 209, 210, 214 y 216 *cpp* que regulan el registro, allanamiento, requisa y secuestro, y; art. 224 *cpp* sobre la obligación del Juez de proceder personalmente al interrogatorio del testigo. Se subraya que la ley atribuye al Juez el deber de practicar, para el desarrollo de la Instrucción, todas aquellas diligencias que fueren pertinentes y útiles a tal finalidad (art. 196 *cpp*).

medidas cautelares³, la tutela de los derechos del imputado⁴ y la emisión de resoluciones que implican valoración del material probatorio producto de su propia investigación⁵. Según el diseño de la Instrucción formal, el Ministerio Público, independientemente de sus funciones en relación al ejercicio de la acción penal⁶, extrañamente no tiene una participación activa en la fase investigativa del asunto, sino que la ley le asigna la simple función de “proponer diligencias” ante el Juez (art. 196 cpp). Por lo anterior debemos concluir que siendo el Juez de Instrucción el “dominus” de la investigación prácticamente necesita del Ministerio Público -en la persona del Agente Fiscal- una contribución mínima que de hecho se reduce a la confección de un “proyecto de acusación” -requerimiento de Instrucción formal- y de la acusación misma -requerimiento de elevación a juicio- la cual en la mayoría de los casos no es sino un resumen de los datos históricos contenidos en el auto de procesamiento, a través del cual el Juez de Instrucción replantea el proyecto de acusación de manera fundamentada.

1.2. *La Citación Directa.* — Por otra parte, como ya se ha dicho, en el procedimiento de información sumaria previa a la citación directa se aprecia una marcada tendencia ha-

cia el modelo acusatorio, caracterizado por una fase investigativa a cargo del Ministerio Público en la persona del Agente Fiscal (art. 41 cpp), quien para el desempeño de sus funciones, goza de los poderes acordados para el Juez de Instrucción (art. 42 cpp). Observamos, sin embargo, una variante sustancial entre el modelo procesal que inspira la Instrucción formal y aquel que rige la citación directa: el desplazamiento de la función investigativa del ámbito jurisdiccional hacia el órgano acusador. Como consecuencia, en la citación directa el representante del Ministerio Público deja de ser un simple “proponente de diligencias” - art. 196 cpp -, para convertirse en el protagonista de la investigación preliminar y en el acusador en sentido propio⁷.

En la información sumaria, el desplazamiento de la actividad investigativa hacia el Agente Fiscal presupone una modificación del comportamiento procesal del Juez de Instrucción en sus intervenciones en ese mismo tipo de procedimiento, ya que el mismo deja de ser inquisitorio y adquiere características de tercio, imparcialidad y objetividad, de frente a las solicitudes que el órgano acusador someten a su decisión⁸. Se comprende entonces que el Juez de Instrucción deba mantener una

3 Cfr. art. 265 cpp en materia de restricción provisional de la libertad personal; art. 293 cpp para el caso de la prisión domiciliaria; art. 296 cpp referido al internamiento provisional en un centro de cura; art. 297 y 298 cpp, en materia de excarcelación. Es claro que en los asuntos de su competencia, el Juez debe procurar todo el material probatorio que servirá de base para fundar sus resoluciones.

4 Existe gran cantidad de disposiciones normativas particulares inspiradas en el principio según el cual el Juez se considera un garante de los derechos de la defensa, así por ejemplo, v. art. 193 cpp en tema de garantías defensivas relacionadas a la intervención del defensor en diligencias probatorias. Más representativo aún pareciera ser el caso de la “conminación genérica” por violación de disposiciones relacionadas con la intervención, asistencia y representación del imputado donde, de oficio, corresponde al Juez la declaratoria de la nulidad (arts. 145, inc. 3°, 146 cpp).

5 V. art. 286 y 289 cpp en lo que se refiere a la situación jurídica del imputado; art. 318 cpp y sgts., que regulan la sentencia de sobreseimiento en la Instrucción; art. 325 y 327 cpp en materia de prórroga extraordinaria y sobreseimiento obligatorio y; art. 344 cpp sobre la decisión de elevación de la causa a juicio.

6 Cfr. art. 169 cpp según el cual el Ministerio Público tiene la obligación de requerir la Instrucción formal y de requerir la elevación a juicio (art. 341 cpp).

7 La función acusatoria se aprecia, no solamente en la labor investigativa sino además, en las solicitudes que el Ministerio Público presenta al Juez de Instrucción para la toma de medidas cautelares, como por ejemplo aquella de la detención provisional, y en particular con la solicitud de citación a juicio (art. 412 cpp).

8 En cuanto al comportamiento procesal del Juez de Instrucción en la actual Instrucción formal, baste señalar que desde el momento que la ley fija las funciones de investigador; garante de los derechos de la defensa; tutor de las garantías procesal y además el deber de resolver las solicitudes tanto del Ministerio Público como de la Defensa, teóricamente, un comportamiento imparcial no es posible desde el punto de vista lógico. Sobre el punto v. supra notas 1-4. Para ilustrar la anterior afirmación y solo a modo de ejemplo, se piensa en un caso típico que no pocas veces sucede en el Juzgado de Instrucción de Turno Extraordinario de San José: gracias a labores de investigación de la Policía Antidrogas del Ministerio de Seguridad Pública, se tiene conocimiento que en

posición *supra* partes a fin de establecer un balance entre el desequilibrio natural en cuanto a las posibilidades investigativas del órgano acusador y aquéllas de la defensa.

II. Actividad mínima investigativa en el procedimiento de citación directa previa a las solicitudes al Juez de Instrucción.

Premisa fundamental para establecer los alcances del concepto de "actividad mínima investigativa", lo constituye la disposición legal que obliga a los representantes del Ministerio Público a fundamentar sus peticiones (art. 8 *LOrgMP*). El contenido de este deber de fundamentar, que implica una obligación de investigar a fin de disponer de elementos que den sustento a las solicitudes presentadas al Juez de Instrucción, resta en todo caso abstracto, de manera que pareciera que la única forma para dotar de contenido este concepto, obligar a un establecimiento casuístico de las circunstancias sobre las cuales el Ministerio Público debe dedicar su actividad, a fin de aportar elementos que justifiquen la medida que se solicita.

En concreto, podemos intentar un primer acercamiento con la problemática a fin de establecer los lineamientos que deben regir una "actividad mínima investigativa", según se trate de solicitudes para el diligenciamiento de

actos definitivos e irreproducible, o bien, para la adopción de medidas cautelares.

2.1. Caso de la solicitud para practicar actos definitivos e irreproducible. — Como observación preliminar debe señalarse que nuestra legislación procesal penal no define cuales son los actos procesales denominados "definitivos e irreproducible". La ley solamente señala que éstos han de considerarse tales de acuerdo a su "naturaleza y características" (art. 191 cpp). Parecería más claro entender que los actos definitivos e irreproducible son todos aquellos que, considerados medios de prueba⁹ o medios de búsqueda de la prueba¹⁰ deban ser ordenados en la fase preliminar al juicio en razón de particulares circunstancias de hecho. Estos actos tienen la característica de agotarse en sí mismos¹¹, o bien, que hipotéticamente, se presume que no podrían ser reproducidos al momento en que se realice la etapa oral del proceso -el debate- en la que deberían ser asumidos como pruebas, de modo que obligan a una cierta formalidad cuando se ordenan en fase investigativa¹². En todo caso, queda claro que como elemento común entre la letra de la ley (art. 191 cpp) y la interpretación apenas propuesta, es que en definitiva corresponde al Juez de Instrucción determinar si en un caso particular se encuentran presentes las condiciones para definir como "definitivo" o "irreproducible" un determinado acto. Ello presupone que los elementos de hecho, así como las circunstancias que rodean un determinado caso, sean de conocimiento de la autoridad judicial que deberá ordenar la práctica de tales.

determinado momento y lugar se llevará a cabo un tráfico de droga, razón por la que se solicita al Juez de Turno una orden de Allamamiento, Registro y Secuestro. Acogida tal solicitud, el Juez, en el deber de ejecutar la orden personalmente, llega a tener conocimiento directo de la actividad de compra-venta de droga amén de haberse convertido en "testigo" del decomiso de la droga. Si el allamamiento se ejecutó en horas de la noche de un día viernes, es muy probable que debido al tiempo que necesita la policía para confeccionar los respectivos informes que presentará en la Agencia Fiscal, y debido al propio rol laboral de la Agencia y del Juzgado de Instrucción de Turno, el conocimiento de la causa pueda corresponder al mismo Juez que participó en la diligencia. En este caso, tenemos que en la misma persona del Juez se confunden las condiciones de investigador, testigo y juzgador, de manera que la objetividad que debe estar presente al momento de decidir sobre una solicitud de detención provisional, por ejemplo, presenta serios condicionamientos -aún psicológicos-.

9 Específicamente se refieren a la testimonianza, los careos, los reconocimientos, las pericias y la reconstrucción del hecho.

10 Tales se refieren a las inspecciones, las requisas, los secuestros y las interceptaciones de conversaciones o comunicaciones.

11 Así por ejemplo, la requisas corporal de quien se sospecha posea entre sus vestimentas el cuerpo del delito o bienes relacionados con éste.

12 Ejemplo lo sería la testimonianza de quien se encuentre en fin de vida.

Ahora bien, en cuanto a la actividad investigativa a que se encuentra obligado el Ministerio Público previo a la solicitud para practicar este tipo de diligencias, es necesario distinguir si nos entramos en un procedimiento por Instrucción formal o por citación directa.

En el primer caso, si la necesidad de practicar una determinada diligencia que revista las características de ser definitiva e irreproducible proviene del Ministerio Público, resulta claro que el deber de aportar los elementos que servirán al Juez para establecer si efectivamente el acto es de tal naturaleza, deriva del deber de fundamentar las peticiones de conformidad a criterios de orden general - art. 8 LOrgMP -. Entratándose del procedimiento por citación directa, la situación resulta similar, a diferencia del hecho que no siendo al Juez de Instrucción a quien corresponde la declaratoria de “definitivo e irreproducible”, la actividad mínima investigativa a que se encuentra obligado el Agente Fiscal, es precisamente aquella que sea necesaria para poder establecer fundamentadamente, que un acto en particular reviste estas características.

El art. 405 cpp, bajo el título de “Garantía Jurisdiccional” establece que si el Agente Fiscal ordenare actos definitivos e irreproducibles, éstos deberán ser practicados por el Juez de Instrucción bajo penal de nulidad, con arreglo de los artículos 191 y 192. Del texto de este último artículo pareciera ser que la garantía procesal no comprende aspectos de legalidad en cuanto a la declaratoria del acto como “definitivo e irreproducible” se refiere, de modo que contra la resolución que establece esta característica, no se contempla la posibilidad de impugnarla. El único vicio que eventualmente podría ser alegado se limita al hecho de que el diligenciamiento no hubiese sido realizado por autoridad jurisdiccional, tal y como lo dispone la propia ley.

En el caso de actos definitivos e irreproducibles, vemos como la actividad mínima investigativa que debe realizar el Agente Fis-

cal para informarse de las circunstancias que eventualmente le permitirían declarar esta característica, no tiene relevancia a efecto de la solicitud que hace al Juez de Instrucción para que sea éste quien practique la diligencia; sin embargo, es rescatable el hecho de que el Ministerio Público se encuentra obligado a desplegar esta actividad mínima, de modo de ponerse en condiciones para obtener a través de ella todos los elementos que serán determinantes al momento de establecer estas circunstancias, (o de esta “naturaleza”, según la terminología propia del art. 191 cpp) para los actos cuya ejecución se comisiona al Juez de Instrucción. Resulta interesante ver como el mismo art. 405 cpp señala como imperativo el deber del Juez de practicar los actos ordenados por el Agente Fiscal, de modo que no podría ni siquiera, cuestionar la declaratoria de “definitivo e irreproducible” que hubiere realizado el Agente Fiscal.

2.2. Caso de la solicitud para adoptar medidas cautelares. — Diferente a la solicitud de diligenciamiento de actos definitivos e irreproducibles ordenados por el Agente Fiscal la que se refiere a medidas cautelares, no comporta para el Juez una obligación automática de acceder a lo solicitado. En este caso resulta más evidente, no solo la posición de “parte acusadora” que tiene el Ministerio Público, sino la necesidad que junto al contenido de su solicitud, aporte los elementos indispensables en los cuales basa la misma.

Antes de avanzar en el análisis casuístico, es necesario advertir que no existe en la legislación procesal alguna disposición que aclare el significado del art. 42 cpp, por el que se acuerda para el Agente Fiscal, las mismas potestades y atribuciones que se fijan al Juez de Instrucción para la realización de la actividad instructoria. No obstante, resulta de la experiencia constitucional, que el límite de las atribuciones a que se refiere el mencionado art. 42 cpp se fija, según que la medida cautelar a imponer, afecte derechos de carácter personal

o de naturaleza real. Obviamente la intervención del Juez de Instrucción resulta, en nuestra "idiosincracia jurídica", incuestionable en primer caso.

Para efectos de estudio analizaremos separadamente y de forma abstracta el contenido de la solicitud de medidas cautelares según se trate de aquellas de carácter personal o de carácter real. En el primer caso - medidas cautelares personales -, encontramos las siguientes de carácter coercitivo:

- i) Solicitud de impedimento de salida del país sin autorización judicial¹³. Pareciera que la actividad investigativa mínima a que se encuentra obligado el Ministerio Público debe apuntar hacia la señalación de las circunstancias de hecho, concretas y específicas, de las que se pueda razonablemente desprenderse que el imputado se encuentra en una situación próxima para la evasión de la acción de la justicia mediante el abandono del país, entre ellas se puede anotar la indicación de nacionalidad extranjera y la ausencia de arraigo en el país; o bien la señalación de alguna prueba o indicio concreto que así lo haga presumir.
- ii) Solicitud de prevención al imputado para presentarse a firmar en determinado despacho judicial. Tal solicitud no responde necesariamente a un peligro "concreto" de evasión de la acción de la justicia, sino a una necesidad de "controlar" esporádicamente la presencia o el sometimiento del encartado al proceso. En este caso la actividad investigativa, que bien podría confundirse con el simple deber de motivar y fundamentar las solicitudes, podría limitarse a la señalación de algún elemento o circunstancia especial, que justifique a la luz de la debida prudencia, la necesidad de establecer este tipo de control.
- iii) Solicitud de prohibición de morada sin autorización judicial (abandono del hogar conyugal). Aquí la actividad investigativa debe apuntar hacia la recolección de elementos que tiendan a evidenciar la inconveniencia para los fines procesales, de que el imputado conviva con la víctima o con posibles testigos; o bien, que tienda a sentar la presunción de que la libertad del imputado comportaría un peligro para la integridad personal de la víctima o los familiares que convivan en la misma morada. Al respecto el art. 30 de la Ley de promoción de la igualdad social de la mujer n. 7142 del 2 de marzo de 1990, vino a adicionar el art. 152 cpp en el sentido de la facultad del Juez de ordenar el abandono del domicilio en caso de denuncias por delitos sexuales o lesiones, aún en grado de tentativa, en los casos de ascendientes, descendientes o cónyuges, hermanos consanguíneos, manceba o concubinario si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho (art. 112 inc. 1 cp).
- iv) Solicitud de detención domiciliaria (art. 293 cpp). Aún cuando nuestra legislación contempla esta medida en orden al dictado de la prisión preventiva que acompaña el auto de procesamiento (art. 291 cpp), una interpretación del espíritu de la norma podría hacer factible su aplicación al puesto de la detención provisional en cárcel que se determina al momento de resolver la situación jurídica provisional. Para este caso, la actividad investigativa del órgano acusador no ha de ser diversa de aquella que pueda acompañar a su solicitud de detención, más la señalación de la circunstancia de tratarse en el caso particular de una "mujer honesta" o persona

13 El código de procedimientos penales no establece una disciplina específica en relación a esta medida cautelar, no obstante que sea de uso frecuente por las autoridades jurisdiccionales, las cuales desprenden esta potestad de la genérica contenida en el art. 295 cpp en cuanto a la posibilidad del Juez de Instrucción de limitar la libertad de tránsito.

- mayor de 60 años. En el caso de las personas valetudinarias, pareciera que la actividad investigativa debe tender a demostrar con documento médico que se trata de una persona "enfermiza";
- v) Solicitud de detención provisional en cárcel. Tres condiciones procesales deben ser tenidas en consideración por el Ministerio Público en su solicitud a saber, la existencia de elementos indiciarios que vinculen al imputado con el hecho delictivo que se le atribuye (art. 37 Const. Pol.). La existencia de circunstancias que indiquen que la libertad del encartado pondrá en peligro el descubrimiento de la verdad (por ejemplo, la interferencia en la actividad investigativa, o la falta de identificación del imputado); que con ella se impida u obstaculice la actuación de la ley (v. gr. peligro de fuga) - art. 265 cpp -, o aún, haciendo una interpretación del espíritu del art. 298 cpp en cuanto a las causales para la denegatoria de la excarcelación, que el encartado pudiera continuar en alguna actividad de carácter delictivo. Para este último caso, se ha venido considerando que los antecedentes (de proveniencia policial o de otros despachos judiciales) referidos a anteriores delitos de naturaleza afín a aquella por la que se solicita la detención, pueden resultar idóneos para hipotizar que el imputado desarrolla actividades delictivas y en ellas pueda continuar;
- vi) Solicitud de custodia en centro hospitalario (art. 296 cpp). En este caso podría considerarse que por razones de urgencia, el simple señalamiento en la solicitud de la medida pueda justificar su disposición cuando exista un peligro para la salud del imputado o de la integridad física de otras personas.
- vii) Otras medidas autorizadas por leyes especiales. Sobre el particular ver las medidas de protección dispuestas en el art. 3 de la Ley contra la violencia doméstica n. 7586 del 25 de marzo de 1996, para los casos de violencia doméstica, psicológica, física, sexual y patrimonial, entre las que se tienen: salida del domicilio común; prohibición de mantenimiento de armas en el domicilio; suspensión provisional de la guarda crianza y educación de hijos menores; orden de abstención de interferir en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de hijos; suspensión del derecho de visita a hijos; prohibición de perturbar o intimidar a integrantes del núcleo familiar; prohibición de acceso al domicilio o al lugar de trabajo o estudio de la persona agredida;
- En cuanto a medidas cautelares reales se refiere, tal y como se indicó con precedencia, éstas podrían ser parte de las potestades que goza el Agente Fiscal en los casos de tramitación por el procedimiento de citación directa, (art. 42 cpp) y en cuyo caso, la actividad investigativa previa a la resolución que la dispone, tendría importancia únicamente a fin que el Agente Fiscal pueda fundamentar válidamente su resolución.
- i) El secuestro conservativo. Para los casos en que falten o peligren las garantías para el pago de la eventual pena pecuniaria o de las obligaciones civiles que derivan del delito. Un caso específico pudiera ser aquel en que la acción civil resarcitoria fuera delegada en el Ministerio Público. En aplicación de los criterios anteriormente señalados, basta indicar que corresponde al Ministerio Público el deber de fundamentar sus peticiones, aportar los elementos que hagan presumir o pongan en evidencia la existencia concreta del peligro y que venga a justificar la emisión de la medida propuesta.
- b) El secuestro preventivo: en caso en que la libre disponibilidad de la cosa relacionada con el delito pueda agravar o portar las consecuencias del mismo, o bien contribuir

a la comisión de otros delitos. Para ambos casos resulta claro que la circunstancia por la que se solicita uno u otro tipo de secuestro debe ser acreditada al momento de hacer dicha solicitud¹⁴.

III. La ley n. 7337 del 31 de marzo de 1993: El nuevo inciso 3° del art. 401 cpp. Implicaciones y consecuencias en orden a la actividad del Ministerio Público.

3.1. Desplazamiento de los delitos que por su penalidad o complejidad corresponden al trámite de Instrucción formal, al procedimiento por citación directa en caso de flagrancia. — La introducción de un tercer inciso al art. 401 cpp según el cual “se procederá por citación directa en las causas por delitos de acción pública: si fueren cometidos en flagrancia, aún si su conocimiento en juicio corresponde a un Tribunal Superior”, representa cambios de significativa trascendencia, en la experiencia forense del Ministerio Público. El más inmediato y que es de carácter doctrinario, lo constituye el transferimiento del modelo de tipo acusatorio, para la investigación de todo tipo de delito que presente como característica el elemento de la “flagrancia”. Esto es, que aquellos delitos que por su naturaleza y por su gravedad, antes de la reforma al art. 401 cpp eran de competencia del Juez de Instrucción, y por consiguiente su fase investigativa se realizaba por el rito de la Instrucción formal, pasaron a ser de competencia del Agente Fiscal y su fase investigativa se desarrolla bajo las reglas de la información sumaria.

Si partimos de la experiencia forense, pareciera ser que existe una costumbre invetera-

da cuyo origen en hipótesis se puede atribuir a la escasa relevancia del bien jurídico tutelado en los delitos que originariamente fueron destinados al trámite de la información sumaria (antes de la adición del inciso 3° al art. 401 cpp), que consiste en la práctica de una información sumaria bastante “burocrática” por parte de las diferentes Agencias Fiscales. Esto quiere decir que usualmente no se aprecia en las funciones investigativas del Agente Fiscal una agilidad en el diligenciamiento de los medios probatorio o aún de los medios de búsqueda de prueba, que pueda teóricamente caracterizar la actividad que diligentemente realizaría un verdadero “acusador”¹⁵. En otras palabras, como apreciación subjetiva de quien escribe, pareciera ser que nada ha cambiado en la metodología investigativa del Ministerio Público, a pesar que el nuevo inciso 3° del art. 401 cpp, trajo consigo implicaciones importantes en la función acusadora del Ministerio Público.

Junto a la modificación legal es de esperar que exista un cambio en el comportamiento investigativo del Ministerio Público, sobre todo en atención a la importante responsabilidad que la ley le ha concedido, al trasladarle la tramitación de todo tipo de delincuencia en tanto presente el elemento de la flagrancia, amén al respeto del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, cuyo perfil se aprecia no solo en la promoción en sí de la actividad destinada a la acusación, sino además en la diligente tramitación de la fase investigativa.

3.2. Problemática generada a raíz del incumplimiento del deber del Agente Fiscal de practicar una actividad mínima investigativa previa a la solicitud al Juez de Instrucción de la detención provisional como medida cautelar. — Como se ha señalado precedentemente, constituye obligación del Ministerio Público

14 Ver art. 3 inc. m ley contra la violencia doméstica, en cuanto al embargo preventivo de los bienes de un presunto agresor en caso de violencia.

15 Difícil resulta encontrar en la práctica una relación de permanente trabajo entre el Agente Fiscal y la Policía Judicial, que tenga por finalidad preparar los extremos de las acusaciones.

aportar los elementos indispensables que vinculen al imputado con el hecho delictivo que se le atribuye (art. 37 Const. Pol.), acreditar las circunstancias por la que se presume que la libertad del encartado pueda perjudicar la acción de la ley o el descubrimiento de la verdad real (art. 265 cpp), o aún, que el imputado pueda continuar una actividad de tipo delictivo (art. 298, inc. 3º cpp)¹⁶.

3.3. El deber del Juez de Instrucción de resolver conforme al estado presente de las actuaciones. — Porque se refieren a la distinta naturaleza de la Instrucción formal y de la citación directa, en este último tipo de proceso, el Juez de Instrucción ante una solicitud del Agente para la toma de una medida cautelar, se encuentra en una posición de terceridad e imparcialidad; ello comporta que no teniendo la función de investigador, pueda valorar libremente¹⁷ los elementos probatorios que le vienen sometidos a su consideración¹⁸.

A raíz de la promulgación de la disposición legal que introdujo al art. 401 cpp, el inciso 3º, se han generado no pocos problemas en la práctica judicial en la tramitación de las causas que actualmente son responsabilidad del Ministerio Público a través de las distintas Agencias Fiscales. Esto se demuestra con el surgimiento de diversos criterios de actuación del Juez llamado a resolver la solicitud de privación de libertad del imputado, por ser ésta la forma en que más comúnmente el Ministerio Público entiende el límite de las potestades de que goza como acusador, en los casos de flagrancia.

El Consejo Directivo de la Escuela Judicial al referirse al tema de las solicitudes de detención provisional que presenta el Agente Fiscal de Turno Extraordinario¹⁹ se pronuncia sobre los dos posibles criterios para la tramitación y resolución de tal solicitud: El primero de ellos se refiere al deber del Juez de resolver la solicitud inmediatamente ésta llegue a su conocimiento: ello presupone que la resolución se dicte conforme al estado presente de las actuaciones, sea, con arreglo a los elementos contenidos en el expediente judicial. El segundo criterio, que presupone que los elementos probatorios contenidos en el expediente sean insuficientes al fin de tomar una decisión, propone que el Juez pueda restituir el expediente al Ministerio Público sin resolver la situación provisional del imputado, a fin que éste proceda a recabar el material probatorio que corresponda de previo al dictado de la resolución²⁰.

El Consejo Directivo de la Escuela se expresa tal y como literalmente se transcribe:

“Es criterio de esta Escuela que en los asuntos de flagrancia, si el Agente Fiscal de Turno Extraordinario pasa un asunto con el respectivo requerimiento de Instrucción formal, para que el Juez de Turno, resuelva sobre la libertad del imputado, el Juzgado debe resolver de inmediato esa solicitud, sin diligencias de ningún tipo y bajo ninguna otra circunstancia podría devolver el expediente sin haber resuelto esa solicitud. Así lo refieren claramente los artículos 265 y 291 del Código de Procedimientos Penales. (...)

16 V. II Parte, primer tema.

17 La expresión “valorar libremente los elementos que vienen sometidos a su conocimiento”, no se confunde con el concepto de “arbitrariedad”, se refiere más bien a la ausencia de pre-juicios, que indubablemente nacen, aún a nivel subconciente, gracias a la actividad investigativa, cuando ésta viene desarrollada por quien tiene además la función de resolver. Sobre el punto v. supra nota 8.

18 A pesar que la legislación vigente no lo prevee, se podría hipotizar como deseable que, salvo casos de urgencia, fuera prevista la obligación de conceder audiencia a las partes, sobre la solicitud que presenta el órgano acusador, de previo al dictado de su resolución.

19 V. Consejo Directivo de la Escuela Judicial, Sesión 16-94 del 7 octubre 1994, art. XVI.

20 Tal criterio resulta de una interpretación sobre las funciones atribuidas al Juzgado de Instrucción de Turno Extraordinario. Cfr. Corte Plena, sesión del 24 agosto 1994, art. LXXXIII, inc. a.

En conclusión, podemos afirmar que en causas nuevas el Juez de Instrucción debe resolver las solicitudes de libertad del encartado de inmediato, aunque sólo se cuente con una breve noticia del hecho y aunque falten elementos de juicio suficientes, en cuyo caso, queda a criterio de esa autoridad judicial definir el punto en cada caso".²¹

Por su parte, la Comisión de Asuntos Penales del Poder Judicial se ha pronunciado en el mismo sentido señalando que conviene "recomendar que en lo sucesivo los Jueces de Instrucción se pronuncien y resuelvan la situación jurídica provisional del imputado, con los elementos de prueba existentes en ese momento; sin perjuicio de que el Ministerio Público y la Policía recopilen elementos de prueba urgentes antes de formular la solicitud al Juez, con el fin de que se tome la mejor decisión sobre el caso"²².

Ambos pronunciamientos apuntan hacia el deber del Juez de Instrucción de resolver "conforme al estado del expediente"²³ y en consecuencia, una vez que el Ministerio Público ha presentado la solicitud de detención provisional, no existe posibilidad para que el Juez de Instrucción le solicite mayores aciertamientos probatorios ni mucho menos, para que proceda muto propio a ordenarlos a fin de tomar una decisión.

Es lamentable que la Comisión de Asuntos Penales no haya enfrentado directamente el aspecto de la responsabilidad del funcionario, ni aún aquella del órgano que incumpla este importante deber de fundamentar las solicitudes que presente ante la autoridad jurisdiccional. En primer lugar, no se comprende

por qué una resolución "al estado del expediente" pueda emitirse "sin perjuicio" de que el Ministerio Público recopile elementos de prueba urgentes de previo a formular la solicitud al Juez, cuando precisamente la recopilación de este tipo de prueba constituye el núcleo central de la obligación del Ministerio Público. Ya que en todo caso de no ser así, la solicitud que no aporte los elementos que presupone el art. 37 Const. Pol. está destinada a no ser acogida.

Por otra parte, la vaguedad de la expresión no permite saber si la Comisión de Asuntos Penales opina que la responsabilidad del Ministerio Público debe ser de alguna forma "compartida" con la Policía. Tal y como se presenta la redacción de la recomendación, pareciera ser que se retiene "deseable" que ambas entidades fueran diligentes en la búsqueda de los elementos que el Agente Fiscal debe presentar a la autoridad jurisdiccional, cuando en realidad, la Policía, como auxiliar del Ministerio Público, no participa de las solicitudes que éste formule, de manera que no es corresponsable con el Ministerio Público en caso de inercia.

Por "prudente" que fuera la recomendación de la Comisión de Asuntos Penales, es en todo caso rescatable que la responsabilidad del Juez en la disposición o rechazo de la medida cautelar solicitada, se limita a la correcta valoración de los elementos que el Agente Fiscal le presente, sin importar si al momento contaba o no con los mínimos e indispensables para resolver de conformidad a un concepto genérico de justicia y de conveniencia procesal.

A manera de síntesis se puede decir que existe una diferencia fundamental en el com-

21 Así Consejo Directivo de la Escuela Judicial, cit. El criterio llama la atención por dos significativas imprecisiones técnicas: En primer lugar ignora que en los asuntos de flagrancia, cuyo trámite corresponde por citación directa (art. 401, inc. 3° cpp), no existe requerimiento de Instrucción formal, toda vez que éste no se encuentra previsto para la fase de la información sumaria en el procedimiento de citación directa; y por otra parte, hace una incorrecta referencia a los art. 265 y 291 cpp, toda vez que éstos se refieren a los criterios aplicables en materia de restricción de la libertad - detención provisional y prisión preventiva, respectivamente - y en consecuencia no se relacionana con aspectos procesales de la tramitación de la solicitud de detención provisional, respecto a la cual no hay disposición legal específica.

22 V. Comisión de asuntos penales, Sesión del 23 de junio de 1995.

23 Este criterio es perfectamente coherente con un procedimiento basado sobre un modelo de caracter acusatorio, tal y como fue diseñada la información sumaria en el Código de Procedimientos Penales de 1973.

portamiento procesal del Juez de Instrucción, según que su actividad sea la del investigador (caso de la Instrucción formal), o la del juzgador (caso de los asuntos de citación directa que conoce en virtud de solicitudes de las partes - acusadora y defensa). En este último tipo de procedimiento, el Juez es garante de la legalidad, de modo que la obligación del Ministerio Público de fundamentar sus peticiones adquiere un carácter pleno²⁴. Se comprende además que en este caso, el Juez sea un verdadero "Juez de garantías".

3.4. Dos falsos problemas propuestos para eludir la obligación del Agente Fiscal de ordenar diligencias investigativas previas a la solicitud de una medida cautelar al Juez de Instrucción. — Una de las argumentaciones más frecuentes expuestas a fin de eludir la obligación del Agente Fiscal de desplegar una actividad investigativa mínima de previo a solicitar una medida cautelar tiende a presentar de manera antagónica esta investigación con el respeto que se debe al precepto constitucional de la "justicia pronta". La situación viene justificada en la necesidad de resolver sin dilaciones la situación jurídica provisional de un imputado que transitoriamente se encuentra "arrestado" - aún en celdas de la policía judicial -. En este caso, se mira el tiempo que transcurre entre el momento del "arresto" por parte las autoridades de policía y el momento en que el representante del Ministerio Público tarde en efectuar la investigación destinada a aportar los elementos que fundamentarán una específica solicitud al Juez de Instrucción para la toma de una medida cautelar. Este tipo de argumentación, según sus sostenedores, toma

fuerza sobre todo tratándose de los asuntos que inician su tramitación en la Agencia Fiscal de turno extraordinario, ya que argumentan que en razón de la jornada laboral, la investigación resulta más difícil. La respuesta a esta posición ha de señalarse en dos partes: en primer lugar, los despachos de turno extraordinario, no constituyen un "privilegio de celeridad procesal"²⁵, sino una "garantía de no retraso" que pudiera ocasionar la existencia de días feriados, asuetos u horas no hábiles. Ello significa que con la introducción de los despachos de turno extraordinario, ninguna desigualdad de tratamiento se ha producido en favor de las causas que inician su tramitación en estos despachos, de toda suerte que los términos para poner al arrestado a la orden de la autoridad jurisdiccional continúan siendo, para todos los casos, aquellos que la ley señala y fija en 24 horas (art. 159 cpp). La segunda parte de la respuesta deriva de la experiencia práctica que demuestra que en algunos casos, es posible disponer de mayores recursos, por ejemplo del personal de la Policía Judicial, en las horas en que la actividad disminuye, en razón del cese de la actividad laboral ordinaria. De lo anterior se concluye que no es posible afirmar, de manera categórica, que una actividad investigativa desplegada por los despachos de turno extraordinario resulte más lenta o difícil en razón de la especial jornada, ni que ella pueda comportar atrasos que atentarían contra disposiciones legales.

El segundo falso problema que tiende a desmotivar las iniciativas investigativas del Ministerio Público previas a las solicitudes de medidas cautelares, lo presentan quienes mi-

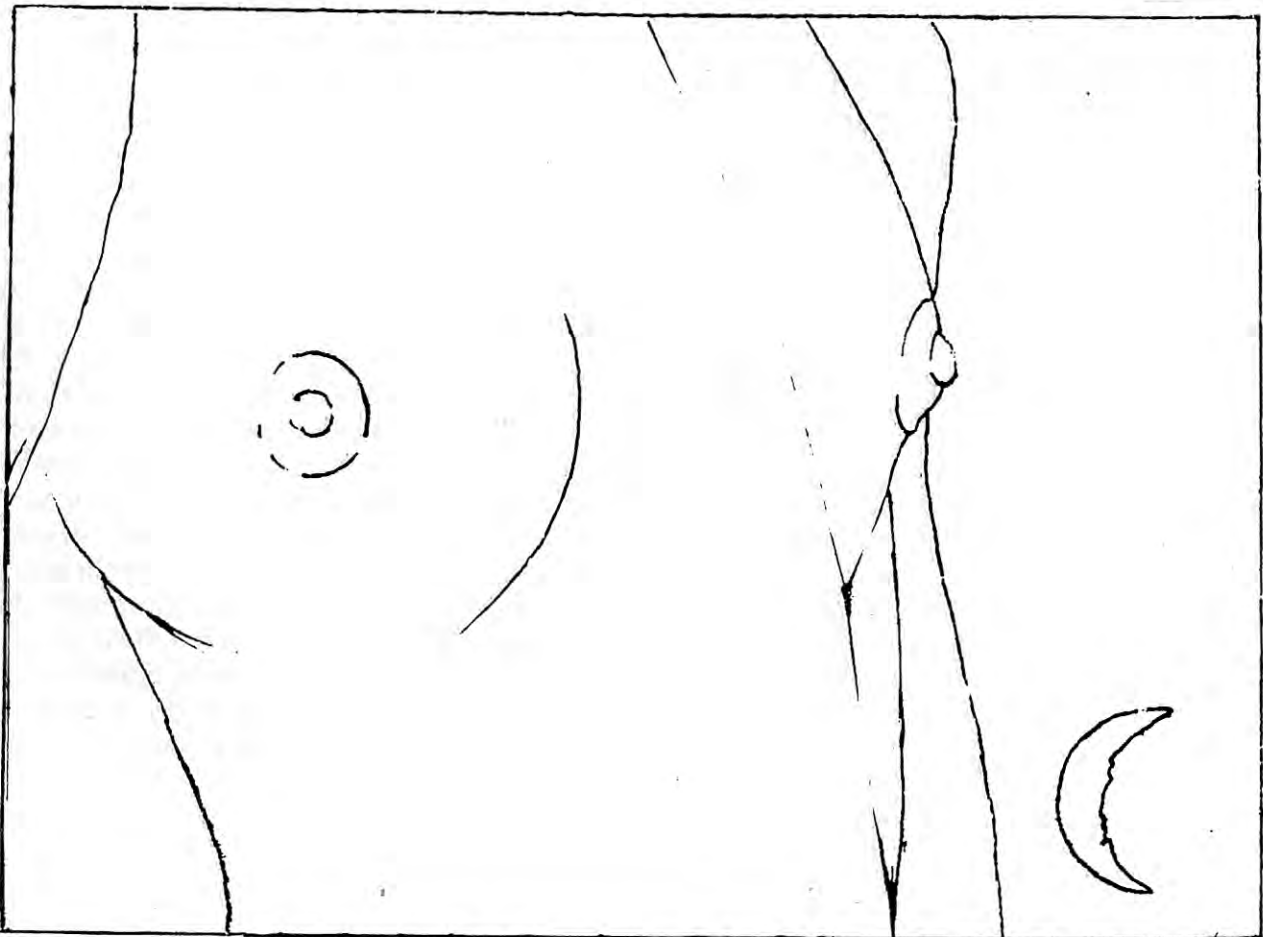
24 Resulta fundamental para entender en qué consiste el carácter "pleno" de la fundamentación, distinguir los conceptos de "motivar" y "fundamentar". El primero se refiere a la necesidad de exponer, lógica y coherentemente una solicitud, mientras que el segundo se refiere a la demostración procesal, sea de naturaleza probatoria o de naturaleza legal de la procedencia de esa solicitud. Así por ejemplo, una solicitud de detención puede estar motivada en el peligro de fuga del país y fundamentada en particulares circunstancias de hecho como aquella que en el imputado tenga arraigo en país extranjero, aún independientemente de su nacionalidad, lo cual en casos específicos podría no significar nada para los efectos procesales. Se precisa que en todo caso, tal circunstancia debe ser demostrada o al menos demostrable.

25 Afirmar lo contrario, significa admitir que existe una desigualdad de tratamiento en perjuicio de las causas que inician durante la jornada laboral hábil ordinaria.

ran el aspecto laboral-administrativo de la transferencia de tareas entre Agentes Fiscales que se intercambian en razón de la jornada laboral. Esto es, el caso en que el Agente Fiscal que recibe la causa, de previo a solicitar una medida cautelar al Juez de Instrucción, ordene una serie de diligencias probatorias, lo cual comporta que no serán envacuadas dentro de su propia jornada de trabajo y que la misma solicitud de medida cautelar pueda corresponder a otra persona diferente que participe de la investidura de Agente Fiscal. A lo anterior se responde con dos argumentos, el primero se refiere a que de ninguna manera puede concebirse el rompimiento de la unidad del órgano acusador, de modo que la actividad de sus individuales integrantes, no es un concepto jurídicamente admisible. Y por otra parte, quienes ven la justicia laboral en la equitativa

distribución del trabajo, deben aceptar que precisamente por la existencia de roles circulares, quien en algún momento ordenó diligencias investigativas, en otro deberá desarrollar aquellas ordenadas por otro Agente Fiscal, y obviamente, deberá hacer las solicitudes que tengan justificación a partir de diligencias ordenadas y practicadas por otros Agentes Fiscales.

Se debe concluir entonces que la actividad investigativa del Ministerio Público de previo a la formulación de solicitudes al Juez de Instrucción, no solamente es una función "deseable", sino que constituye un deber legal derivado de la obligación de fundamentar las diferentes peticiones, sin que puedan admitirse como válidos argumentos que tiendan a eludir esta responsabilidad a cargo del órgano acusador.



Ejercicio de la defensa técnica en la citación directa

LIC. ALEXANDER RODRIGUEZ CAMPOS¹

I. INTRODUCCION:

La redefinición de la naturaleza y de los fines, y la ejecución efectiva del procedimiento penal de Citación Directa, implica un cambio cualitativo de las funciones del órgano requirente, quien será el responsable de conducir la investigación. Este procedimiento sumarial no es sino el germen en el que se ha de basar la reforma del procedimiento penal, en procura de que éste sea más ágil y realista.

Visto así, se plantea la inquietud de cuál ha de ser el desempeño de la Defensa compatible con este procedimiento. Es por ello, que analizaremos el fundamento, las limitaciones y las funciones de la Defensa en la Citación Directa.

De obligado, hay que aclarar que parte de los comentarios que siguen se hacen bajo la óptica del ejercicio de la Defensa, como Defensa Pública. Se trata, en el fondo, de indagar si la implementación general del procedimiento de Citación Directa tendrá su repercusión en el ejercicio ordinario de las funciones de los Defensores Públicos del Poder Judicial.

II. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE DEFENSA

La situación particular de quien es sometido a un proceso penal, en el que desde etapas tempranas del procedimiento, se enfrenta al poder represivo del Estado, representado por los agentes policiales y los fiscales conductores de la investigación, obliga, por justicia, que exista un profesional que lo asista técnicamente en su defensa.

Tradicionalmente se ha sostenido el criterio de que el Derecho de Defensa cobra preponderancia en el debate. Esto no es de extrañar porque es en esta etapa procesal en la que concurren una serie de principios que facilitan y resaltan la labor de la Defensa. Basta con tener claro que la sentencia se debe documentar con la prueba receptuada en la audiencia oral; y es en esta oportunidad en la que la Defensa podrá ofrecer prueba para mejor resolver, interrogar testigos, y, en suma, a la luz de los hechos acusados, ilustrará al Tribunal de Juicio de su análisis de la prueba y la calificación jurídica que estima aplicable. El juicio previo que necesariamente debe anteceder a la sanción penal es la manifestación más pleclara de la vigencia del Derecho de Defensa en el proceso penal dentro de un Estado de Derecho.

¹ Defensor Público.

No obstante lo anterior, la misma dinámica del procedimiento de Citación Directa impone a la Defensa la *responsabilidad* de intervenir con mayor avidez en la fase de investigación, y en ella, en los procedimientos policiales². Es común percatarse de que en la práctica judicial los defensores se esmeran incoando incidentes de nulidad y demás actuaciones, con miras a desacreditar la prueba de cargo. En el fondo se cuestiona el incumplimiento -a nivel policial- de las formalidades legales para la producción de prueba. Salvo que se trate de actos definitivos e irreproducibles, en los que el Juez de Instrucción garantiza su legalidad, la intervención del Defensor contribuiría enormemente a efectivizar el Derecho de Defensa de los imputados en etapas iniciales del procedimiento (arts. 45 y 145 C.P.P.) y, consecuentemente, este control previo evitaría la gestión de ulteriores diligencias que cuestionen la validez de los actos mencionados.

No debemos engañarnos y pensar que la intervención de la Defensa obstaculizaría el curso normal del procedimiento, sino que por el contrario, su participación contribuiría a la legitimidad de la investigación, cuando ésta se pueda ver cuestionada por la inasistencia de la Defensa.³ En todo caso, debemos tener claro que *no se trata de impedir o facilitar el cumplimiento de las funciones de los investigadores, sino de hacer efectiva el derecho constitucional de defensa.*

Debemos aceptar que no basta con cuestionar las actuaciones policiales, sino que, si es factible evitar irregularidades en la investigación, todas las partes del proceso deben favorecer la participación del defensor a este nivel a fin de lograr un proceso más transparente.

Precisamente, hay que reconocer que uno de los problemas fundamentales del proceso penal es que la investigación judicial está marcada por la conducción que le da la policía judicial. Por lo tanto, no es de extrañar que a raíz de esta disfunción, los elementos probatorios recabados por la policía judicial no sólo se tengan como fundamento de la acusación, sino, y lo que es más grave, como fundamento de la sentencia.

Recordemos que si bien el Agente Fiscal es quien formalmente debe dirigir la investigación de la información sumaria previa a la Citación Directa, también es lo cierto que, materialmente, la policía realiza las diligencias y, una vez que ha reunido los elementos que considera de interés, remite al Agente Fiscal el sumario de prevención y demás informes policiales. Por iniciativa propia la policía solicita a los órganos especializados del Organismo de Investigación Judicial la realización de verdaderas pericias, en las que de hecho, no interviene la Defensa, y que a la postre se convertirán en actos definitivos e irreproducibles (por ejemplo: dictámenes criminalísticos de balística, grafoscopía, estupefacientes y otros). Generalmente, cuando el Agente Fiscal se impone del contenido del sumario de prevención las pruebas para fundar la acusación ya constan en el libelo policial.

En suma, para evitar que la investigación se conduzca bajo una óptica estrictamente represiva, es saludable para la averiguación de la verdad real de los hechos que la Defensa intervenga en este momento procesal: *“Sólo la defensa puede hacer patente los errores eventualmente cometidos o dar ocasión a nuevas y más fructuosas investigaciones, fuera de que garantiza el cumplimiento de todas las forma-*

2 “La defensa en juicio debe poder ser ejercida a lo largo de todo el proceso y, de manera particularmente intensa, durante la investigación, ya que las posibilidades de afectación de todas las garantías procesales se dan primordialmente en esta etapa”. Binder (Alberto). *Introducción al Derecho Procesal Penal, Argentina*, AD-HOC, 1993, p. 158.

3 En contra de la intervención del Defensor en la instrucción criminal se ha argumentado que no es conveniente su participación porque, bien sea por la mala fe, por error, o por abuso de la actividad defensiva, tanto el imputado como su defensor podrían entorpecer el curso normal del procedimiento. Así, SALA citado por: Vélez Mariconde (Alfredo). *Derecho Procesal Penal*, Carlos Lerner Editora Córdoba S.R.L., Córdoba, 1982, p. 382.

lidades requeridas por la ley; por tal motivo, un proceso sin defensa sería demasiado fácil para la acusación y demasiado fácil para quien se proponga imparcialmente descubrir la verdad; también ella, pues, contribuye a ese esclarecimiento"⁴.

III. FACULTADES DEL DEFENSOR EN LA INFORMACION SUMARIA

Advertida la relevancia de la participación del defensor en la información sumaria, conviene analizar cuáles son las acciones en las que se materializa el ejercicio de la Defensa, y a partir de que momento se pueden hacer valer.⁵

Como regla general el artículo 45 Código de Procedimientos Penales señala que los derechos que la ley acuerda al imputado, podrá hacerlos valer, hasta la terminación del proceso, la persona que fuere detenida como partícipe de un hecho delictuoso, o indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra (!). Es decir, a partir de la interposición de la denuncia, se le debe reconocer a la persona que se le atribuye el hecho delictivo los derechos que la ley consagra en favor del imputado (art. 52 ejúsdem).⁶

No se pretende que el defensor asista a todos y cada una de las diligencias policiales que fundamentarán el sumario de prevención. Esto sería lógica y materialmente imposible.

La mayoría de las veces los defensores asumirían la causa cuando el sumario prevencional consta en el expediente judicial. No obstante si al menos un encausado solicita que un defensor lo asista en sede policial, a partir del nombramiento podrá intervenir, sobre todo en aquellos actos que, por su naturaleza, se deban considerar actos definitivos e irreproductibles. Es claro que bajo ningún criterio, mucho menos para "preconstituir prueba", se le puede pasar por encima a la voluntad del imputado. Si este desea que lo represente un defensor privado en particular, su determinación ha de prevalecer y el acto para el que se requiere el defensor debe realizarse con la asistencia del mismo. Solo si el imputado carece de defensor de confianza o de los medios para costear sus honorarios, se le nombrará un Defensor Público⁷. Sin embargo, **no podrá recurrirse a la Defensa Pública indiscriminadamente como único medio para agilizar la investigación y procurar su legitimidad. El respeto de las garantías procesales del imputado debe sobreponerse a las exigencias de la investigación.** En todo caso, si lo que se pretende es realizar un acto definitivo e irreproductible, constatada su urgencia y necesidad, y no pudiendo asistir el instructor, la policía podría realizar la diligencia sin la presencia del defensor, haciendo constar la urgencia y la inasistencia del juez en el acta respectiva.⁸

De seguido, se expondrán las facultades concretas en las que se individualiza el Derecho de Defensa en la Citación Directa.

4 Conti citado por Vélez Mariconde (Alfredo). Op. cit., p. 399.

5 Para todos, y en nuestra legislación, ver: Jiménez V. (Carlos María). *Citación Directa: Aspectos Básicos del procedimiento y de la Información Sumaria*, Mesén Editores, San José, 1996, p. 115 ss.

6 A efectos de garantizar los derechos del imputado debe entenderse que en la Información Sumaria el procedimiento penal ya se ha iniciado -desde que se conoce la existencia del supuesto delito - El procedimiento existe, aún y cuando no se haya ejercido la acción penal, y aunque no haya intervenido el Juez, porque tal intervención no atañe a la constitución de la relación procesal sino a su integración. LEONE (Giovanni), *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, T.I., 1963, pp. 231-232.

7 Debe entenderse que la aceptación del cargo lo es para todo el proceso. En la medida de lo posible, y hasta que el imputado no manifieste su deseo de nombrar un defensor particular, el Departamento de Defensores Públicos debe evitar interrumpir la continuidad de la Defensa.

8 "...tales actuaciones están procesalmente limitadas a la imposibilidad de que el Juez de Instrucción pueda presentarse a tiempo en el lugar de los hechos y que, el retraso del juez, pueda perjudicar el éxito de la investigación, lo que no omite que deba ser, necesariamente, informado del hecho, y que se deba obedecer sus indicaciones. (Cfr: art. 134 incisos 2) y 3) y art. 166 del C.P.P.).

3.1. Comunicación del imputado con su defensor.

Sobre el punto la Sala Constitucional ha contribuido a esclarecer cuáles son los derechos del imputado en esta etapa procesal, entre ellos:

a. *Comunicación a sus familiares de la detención:*

Para la Sala: "...todo detenido tiene derecho a comunicarse, por la vía que él escoja, con su familia, amigos o abogado, en el momento en que se le informa que va a quedar detenido a la orden de la autoridad pública, o en el momento en que él lo estime oportuno, mientras se produce dicha detención...". En caso de que no existan medios públicos de comunicación, es obligación de la administración el facilitarles el suyo para tales efectos⁹.

b. *Nombramiento del defensor y su comunicación con el inculcado.*

Consecuente con lo expuesto, la Sala Constitucional ha reconocido el derecho del detenido de nombrar defensor y de comunicarse libre y privadamente con el mismo, desde el inicio del procedimiento. Así, se señaló que la defensa técnica "...incluye el contacto o comunicación libre entre el imputado y su defensor, dentro de los plazos y términos que señala la legislación procesal penal. La defensa técnica... es una exigencia para garantizar al encausado un juicio justo, razón por la cual debe permitirse su ejercicio, con lógicas restricciones desde la detención del presunto culpable,

durante el proceso y hasta que la resolución que se dicte en el caso adquiriera la condición de cosa juzgada. De ello se desprende que la intervención del defensor y el ejercicio de la defensa no puede coartarse, a menos que colisione seriamente con otro interés que resulte preponderante en razón de los fines del proceso. El ejercicio de la defensa crea entre el abogado y su defendido desde el momento mismo en que éste es detenido (artículo 45 del Código de Procedimientos Penales), una relación que no puede verse interrumpida en ningún momento, ya sea con anterioridad o con posterioridad a que se rinda la declaración indagatoria y así hasta la finalización del proceso, relación que en algunos casos exige la presencia del defensor (artículos 191 y 192 *ibidem*) para la validez del acto, presencia que no puede estimarse sea meramente física, pues representa la asesoría letrada con que, constitucionalmente, debe contar todo procesado en salvaguarda de sus derechos..."¹⁰.

De ahí la importancia de que el defensor tenga la más amplia posibilidad de comunicarse con el imputado, con los medios que estime más convenientes. Se ha de procurar que la comunicación sea libre, espontánea y secreta, sin que se enteren del contenido de la comunicación los agentes de seguridad (custodios) —salvo cuando peligre la integridad física del defensor—, ni los escribientes. En todo caso, vale recordar que es prohibido intervenir las comunicaciones que realice el abogado defensor, debidamente acreditado como tal, y su clientes, siempre que se produzcan en el ejercicio del derecho de defensa¹¹.

La comunicación debe ser tan diáfana y continua que no podemos admitir que la inco-

9 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 456-92.

10 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 4784-93

11 Artículo 26, párrafo segundo. Ley sobre Registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones. Ley No. 7425 del 9 de agosto de 1994. El principio es que el defensor se pueda comunicar con el imputado en cualquier estado del proceso, sin limitaciones: "...la comunicación oral o escrita entre el imputado y defensor, debe ser libre, secreta, sin interceptaciones ni interferencias, en cualquier estado y grado del proceso y cualquiera que fuere el lugar donde habrán de tomar contacto (sede judicial o centro de reclusión)". Minvielle citado por Edwards (Carlos), *El Defensor Técnico en la Prevención Policial*, ASTREA: Buenos Aires, 1992, p. 126.

municación legalmente ordenada - por la policía o por el Juez de Instrucción- sea entendida como un obstáculo al Derecho de Defensa. La incomunicación es por definición una medida precautoria tendiente a evitar que el imputado se comunique con terceras personas, sea que trate de comunicarse con los cómplices o que intente por otros medios alterar o desaparecer elementos de prueba a los que conduciría la investigación¹². No es de extrañar que en la práctica policial la incomunicación sea utilizada como un medio para obtener una confesión.¹³

Con mayor razón se justifica la intervención de la defensa si al imputado además de privársele de su libertad, se le impide cualquier contacto con el mundo exterior. Cuando recién se inician las pesquisas, en la medida en que se le restrinjan los derechos al imputado, con sobrada razón debe garantizársele su derecho de defensa. Como hemos señalado, desde el momento en que la persona es indicada como autor o partícipe de un hecho punible ante cualquiera de las autoridades encargadas de la persecución penal, tiene derecho a ejercer todas las facultades legales tendientes a enervar

o debilitar dicha persecución¹⁴. Una buena asesoría en tiempo podría evitar confesiones policiales que conducirían a prueba incriminante (cuyo valor probatorio sería espúreo) y posibilitaría al defensor ejercer su derecho de asistencia y participación en los actos definitivos e irreproducible¹⁵.

Afirmar que durante la incomunicación el imputado no puede comunicarse con su abogado defensor es presumir que el letrado favorecería la acción ilícita del imputado, ayudándolo a desaparecer o alterar la prueba; convirtiéndose así en un verdadero cómplice del acusado. Es bien sabido que la reglamentación del derecho de defensa supone encausarlo dentro de los fines del proceso; siendo que para alcanzar éstos, excepcionalmente se admiten limitaciones a la actividad defensiva; sin embargo, no existe prohibición legal para que el imputado incomunicado pueda asesorarse por su defensor, por el contrario, la incomunicación se relativiza y cede ante el derecho del incomunicado para entrevistarse con su defensor; derecho que es recíproco y amplio, que no admite restricciones¹⁶. Es claro que si el defensor entorpece la investigación, burlando los fines legíti-

12 La incomunicación consiste en una medida de coerción personal, por la que se impide al imputado encarcelado mantener todo contacto (verbal o escrito) con terceros, para evitar que estorbe la investigación. Es provisional y presupone la detención. Se aplica en los actos de investigación y puede ser ordenada por el juez o por la autoridad prevencional. Por su gravedad debe ser de aplicación excepcional.

13 "La realidad nos indica que el verdadero motivo de extender la incomunicación al abogado defensor no radica en que esa comunicación pueda hacer fracasar la investigación, sino en que el consejo profesional oportuno puede hacer peligrar la confesión inminente.". Edwards (Carlos E.). Op. Cit., p. 105 . Jurisprudencialmente se ha señalado que: "...la incomunicación no puede utilizarse para permitir que los encargados de la investigación policial sometan a interrogatorio al detenido, ello transforma la incomunicación en tortura, y ésta, está constitucionalmente proscribida dentro de nuestro sistema democrático de gobierno...". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 789-91.

14 Así: Maier (Julio). Derecho Procesal Penal Argentino, Tomo 1, Vol. b., Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 312.

15 "La realización de actos que puedan ser definitivos y no reproductibles, en cualquier estado del proceso, aun antes de la indagatoria o con secreto de sumario, debe ser notificada a los defensores -no a las partes-, para su asistencia...". Este derecho de asistencia no podrá ejercerse cuando en casos de suma urgencia. Darritchon (Luis). *Cómo es el nuevo proceso penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T. 2, 1992, p. 99.

16 A esta conclusión se ha llegado con la implementación del nuevo procedimiento penal en Argentina. Darritchon (Luis). Op. cit., T. 2., p.110.. En nuestro medio, se ha sostenido que la incomunicación no impide el contacto del detenido con su defensor: "Si el ejercicio de la defensa se encuentra constitucionalmente autorizado y aún más exigido en el artículo 39 de la Constitución, no puede estimarse que la relación del abogado con su defendido pueda en modo alguno, constituirse en un medio que altere los fines de la incomunicación, pero aún si así lo fuere, debe prevalecer el interés de la defensa. Desde luego que el juez puede indicar las medidas necesarias, que sin perjudicar el marco de intimidad en que debe efectuarse la relación del defensor con su defendido, permite proteger los fines de la incomunicación, establecer la oportunidad, modo y tiempo de la entrevista, pero en ningún caso podrá negarla, aún antes de recibírsele declaración indagatoria al reo, pues la asistencia letrada no debe ser coartada en ningún momento.". El resaltado no es del original. Mora Mora (Luis Paulino). Principio "pro libertate" y proceso penal, en Jurisdicción Constitucional, San José, Júricentro, 1992, p. 263.

mos de la incomunicación, sobrepasaría con sus acciones los límites de su ejercicio profesional para ingresar en la esfera delictiva.¹⁷

Para los efectos de la Defensa Pública, se ha entendido que la comunicación entre el encausado y su defensor es de tal importancia -para planear la estrategia de la defensa: declaración, ofrecimiento de pruebas, etc.- que se le exige al cuerpo nacional de defensores públicos que den a la visita carcelaria de los reos presos, la misma importancia, en tiempo y dedicación, que debe otorgársele a un debate. Asimismo, se ha resaltado el deber mutuo de comunicación entre el imputado y su defensor, de modo que, por conducto éste, el primero pueda enterarse de los actos y diligencias procesales¹⁸.

Por último, el ordenamiento jurídico debe garantizar y favorecer la confianza que el imputado pueda tener con su defensor, de forma que lo que aquel le narre como confidencia, no pueda ser revelado a terceros¹⁹.

3.2. Oposición al trámite de Citación Directa.

El defensor tiene la facultad de solicitar que la causa sea tramitada por instrucción formal, en lugar de la ruta procedimental de la citación directa, cuando no se esté en los presupuestos que indica el artículo 401 del C.P.P., o bien cuando concorra lo dispuesto en el artí-

culo 402 (complejidad o duración incompatibles con este procedimiento sumario, cuando procediere la internación provisional del imputado- art. 296- y , por último, cuando existieran obstáculos fundados en privilegios constitucionales o se tratara de delitos imputados a funcionarios que administran justicia). La objeción se presentará ante el Juez de Instrucción quien solicitará el sumario y resolverá sin sustanciación ni recurso alguno. En caso de discrepancias entre el Juez de Instrucción y el Agente Fiscal, el incidente será resuelto por el Tribunal de Apelaciones.

Podría pensarse que el procedimiento de instrucción formal es más ventajoso para la Defensa, ya que por su duración y por las amplias posibilidades de objetar las actuaciones y cuestionar las resoluciones que se dicten en esta etapa, valorando incluso la prueba y la calificación legal de los hechos, se vislumbra como más garantista que la Citación Directa. No obstante no debemos llamarnos a error y pensar que la Información Sumaria es un trámite inconstitucional, por ser menos proteccionista que la instrucción. Ya la Sala Constitucional se ha manifestado, y al respecto ha señalado que el procedimiento de Citación Directa no es violatorio del artículo 37 de la Constitución Política, ni del principio de él derivado, en relación con el artículo 42, ni del debido proceso, siempre que se interpreten tal

17 La óptima intervención del defensor consiste en realizar una actividad defensiva eficaz; no una defensa a ultranza. "...el defensor tiene la obligación de no impedir el desarrollo legal y justo del proceso penal, y, ante todo, de no obstaculizar la indagación de la verdad de acuerdo con la ley y la justicia; y esto condiciona su independencia del cliente. Esto no lo obliga en modo alguno a indagar personalmente la verdad: y por tanto, no está obligado a poner a disposición del proceso penal pruebas concluyentes por él conocidas; su actividad tan solo se orienta a asegurar la justicia en favor de su cliente." Gössel (Karl). El Defensor en el Proceso Penal, Colombia, Temis, 1989, p. Temis, p. 35.

18 Sobre esto, la Sala Constitucional ha establecido "...la obligación que tiene el acusado de estar pendiente del desarrollo del proceso que se le sigue en su contra, no solo por sus medios, por medio de su defensor, quien debe ejercer su defensa en las condiciones apropiadas teniendo en cuenta los intereses legítimos de su acusado. De ahí que el acusado debe estar en una constante comunicación con aquel para no desnaturalizar su sentido..." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 832-95 de las quince horas doce minutos del catorce de febrero de mil novecientos noventa y cinco. Se estila que el defensor público le entregue al imputado, desde el primer acto en que se conocen, una tarjeta con los datos básicos del sumario, así como su nombre, número de teléfono, dirección y horario en el que lo puede localizar. Es obligación de cada defensor advertirle al imputado su deber de estar en constante comunicación.

19 Haciendo suyo el pensar de GIMENO SENDRA, la Sala Tercera ha manifestado que: "... ha de existir en el inculpado la certeza, avalada y amparada por el ordenamiento jurídico, de que su defensor no podrá ser obligado a revelar lo que confía en esta relación, de que no se va a convertir en un testigo de cargo, en una especie de delator...". Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto 298-F-94 de las nueve horas con diez minutos del cinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

y como lo dispone la Sala. En todo caso, en la Citación Directa siempre se puede acudir al juez como garante de los derechos del imputado.

Y es que la Información Sumaria no deja de ser eso, una simple recopilación de información para fundamentar la acusación, de forma que se pueda a elevar el juicio con el mérito suficiente, para que la acusación, por infundada, no resulte temeraria, y por lo tanto, contradiga los derechos del imputado (arts. 161, 404, 412, y 341 del C.P.P.). Los actos de la Información Sumaria servirán, de ordinario, exclusivamente para fundar la acusación, carecen por lo tanto de valor en el plenario como prueba válida y fundamento de la sentencia. La prueba en la que se apoye no es la base de la sentencia, solo excepcionalmente cuando se trate de actos definitivos e irreproductibles; actos que el agente fiscal no puede realizar por disposición expresa de la ley (art. 405 C.P.P.)²⁰.

Presumiblemente, la mayoría de las causas tramitadas por Citación Directa serían elevadas a juicio. El Agente Fiscal requerirá la Citación Directa respaldado en la información que obre en el expediente. Nada obsta, sin embargo, para que el Defensor si lo estima conveniente gestione la desestimación o la inste la solicitud de una prórroga extraordinaria.

3.3. Ofrecimiento de pruebas y proposición de diligencias.

Como lo hemos resaltado ampliamente, la intervención del defensor siempre es necesaria, cuando el imputado así lo ha solicitado, y

no solo para que lo asesore con su consejo profesional antes de la declaración indagatoria, sino que su presencia se extiende también en la realización de actos pre-procesales (de Investigación Policial), pero es eventual en los actos de la Información Sumaria (arts. 191 y 192 C.P.P.). En los actos y diligencias en las que intervenga, debe ser una figura activa, indicando al instructor los puntos que resalten los intereses de su patrocinado. No puede ser un mero espectador, un "convidado de piedra en el proceso penal"²¹.

IV. POSICION DE LOS POLICIAS, AGENTES FISCALES Y JUECES

La plena vigencia del Derecho de Defensa en la Citación Directa exige que las autoridades de policía, los Agentes Fiscales, y aún de los mismos jueces penales una posición amplia, abierta. Por ello, y desde el inicio de la investigación, a fin de no hacer nugatorio la defensa en el sumario de prevención se requiere que al imputado se le informe de sus derechos básicos. Amén de que, como corolario de la imparcialidad en la investigación de la verdad real de los hechos, el Ministerio Público debe garantizar que los elementos de prueba indicados por el imputado desde su declaración, sean objeto de averiguación²².

Sin embargo, es en la etapa de juicio en la que se requiere una colaboración más amplia de parte de los juzgadores quienes no deben rechazar prueba descargo, ni indisponerse

20 En contra, Darritchon, quien sostiene la posibilidad de que el Ministerio Público realice este tipo de actos: "...La garantía del acto no pasa por quien la realice, sino por el control de las partes...". Darritchon (Luis). Op. cit., T. 1, p. 128 Por ser anticipo de prueba, se le resguarda desde el momento de su recepción, para que cumpla debidamente con la garantía del contradictorio. Aún en sede policial al defensor debe notificársele la realización de estos actos. Si el Ministerio Público los realiza, sería una nulidad "no absoluta". Ibidem., T. 6, p. 53.

21 "Es necesario que el defensor sea, cuando asiste a un acto, un efectivo colaborador del Juez (aunque su misión unilateral no le permitirá poner de relieve sino las circunstancias favorables a su cliente) y no un "convidado de piedra" obligado siempre a callar.." Velez Mariconde (Alfredo). Op. Cit., p. 407.

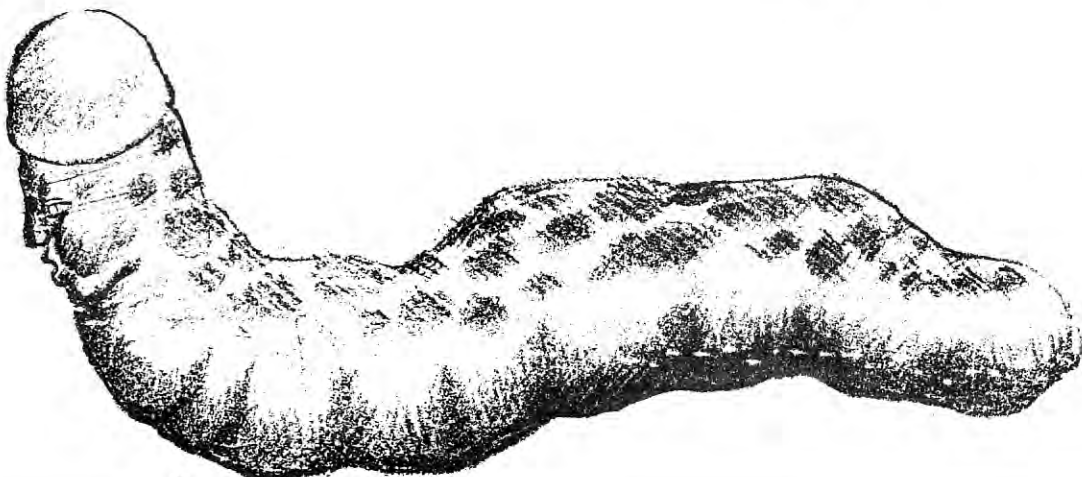
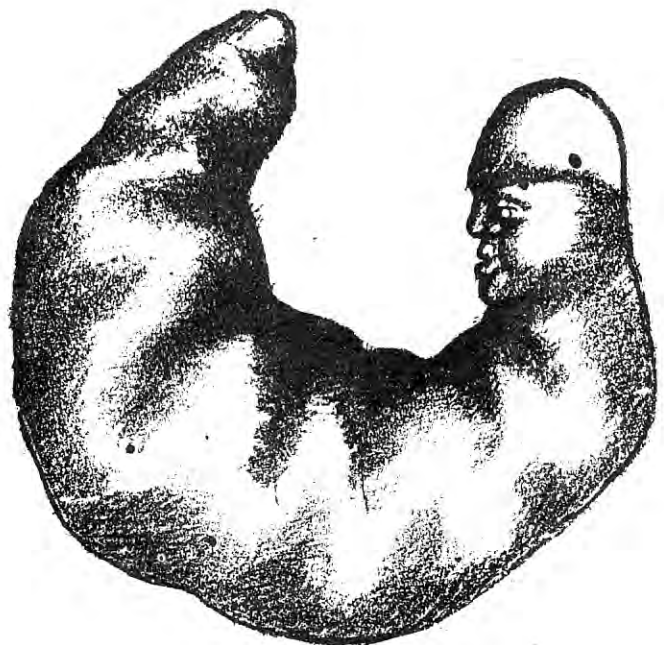
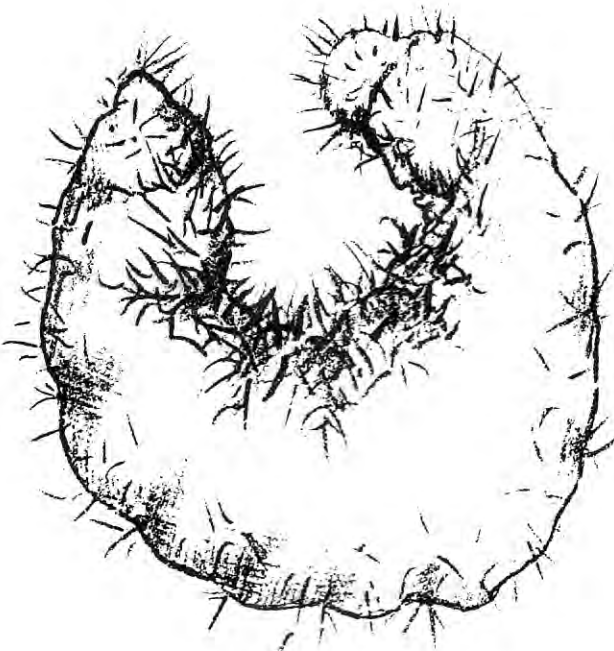
22 Una investigación preliminar e informal le permitirá al Agente Fiscal contar con mayores elementos de juicio para solicitar, cuando proceda, una prórroga extraordinaria de la instrucción (o, con la reforma del proceso, la aplicación de cualquier otra salida no convencional). Ello con el propósito de que en el ejercicio de su función requirente no sature a los juzgados penales de causas que irremediabilmente terminarían en absolutorias. La requisitoria fiscal de elevación a juicio que se fundamente solamente en la denuncia y la indagatoria evidencia una inercia absoluta en la investigación.

ante la presentación de la misma. Con especial cuidado el juez debe analizar la utilidad y pertinencia de la prueba ofrecida para la justa solución del conflicto.

V. CONCLUSION

En conclusión, si la implementación de la Citación Directa supone una mayor celeridad

de los procesos penales en los que corresponda, no por ello deben menoscabarse los derechos del inculcado. La prontitud con la que el sistema de administración de justicia debe resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, exige de parte de todos los órganos que intervienen en la persecución penal el respeto y cumplimiento de las garantías consagradas en favor del imputado. Se conciliaría así la exigencia constitucional de justicia pronta y cumplida.



LEGISLACIÓN COMENTADA

EL PROYECTO PARA INTRODUCIR LA PRISIÓN PERPETUA EN COSTA RICA'

Elías Carranza²

Estimado Diputado:

Oportunamente recibí su atenta nota del 20 de septiembre de 1996 comunicándome que la Comisión Especial para estudiar y dictaminar sobre el proyecto "Reforma a los artículos 38 y 40 de la Constitución Política" resolvió invitarme a participar en la sesión del jueves 26 del mismo mes con el propósito de conocer mi criterio al respecto.

La reforma a los artículos 38 y 40 suprimiría la prohibición constitucional de las penas perpetuas, abriendo la posibilidad de legislar en ese sentido. La exposición de motivos del proyecto de ley hace especial referencia a los delitos de homicidio y sexuales.

Habiendo participado en la sesión del día 26 como se me solicitara, cumplo ahora en poner por escrito los conceptos entonces expresados, aclarando nuevamente, como entonces lo hice, que éstos son exclusivamente mi criterio profesional, y no los del Instituto o el programa al que pertenezco.

Fundados en los argumentos que desarrollaremos a renglón seguido, adelantamos

nuestra conclusión sobre la posible reforma constitucional: Creemos que sería un error.

Costa Rica ha iniciado una amplia e integral reforma de la justicia penal, habiendo sancionado muy recientemente una excelente Ley de Justicia Penal Juvenil y un excelente Código Procesal Penal, y teniendo actualmente a consideración de la Asamblea Legislativa dos proyectos de nuevo Código Penal, instrumento que será fundamental para integrar un elenco completo y sistemático de penas, en armonía con las dos leyes penales ya aprobadas.

Cabe recordar que las penas de los delitos de homicidio y sexuales que motivan la reforma que se propone ya fueron elevadas notablemente en fecha muy reciente, el 3 de mayo de 1994, oportunidad en la que también se elevó el máximo de la pena imponible hasta 50 años (antes eran 25) y se reformaron una serie de disposiciones referentes a la multa y al trabajo penitenciario haciéndose más severo el sistema y alejando en el tiempo la posibilidad de la libertad condicional (La Gaceta, Ley 7.398 del 3 de mayo de 1996).

Nuestra argumentación desarrollará -con cierta brevedad- que las penas excesivamente severas o muy drásticas 1) no reducen el delito, y 2) generan otros problemas graves.

1 Criterio entregado el 26 de septiembre de 1996, a solicitud de la Comisión Especial de Reforma Constitucional de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

2 Director Proyecto Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD/COMISIÓN EUROPEA.

Que las penas excesivamente severas no reducen el delito se puede comprobar en Costa Rica analizando los resultados -que ya pueden ser medidos- de la reciente reforma a la que hicimos referencia. El análisis es el siguiente:

En el país los homicidios habían venido ocurriendo, desde enero de 1980 (y posiblemente desde antes de ese año) hasta diciembre de 1993, con una tasa promedio de 4.2 por cada cien mil habitantes, oscilando siempre menos de un punto hacia arriba o hacia abajo, entre un mínimo de 3.5 y un máximo de 5.1. En mayo de 1994 se elevan las penas con la que popularmente se llamó "la ley de los 50 años". Pues bien, la tasa posterior a este aumento de las penas fue la más alta de los últimos quince años, 5.5 por cien mil, y se mantuvo igual de alta al año subsiguiente (1994 y 1995). ¡Parecería que los homicidas lo hubiesen hecho a propósito! (A esta altura es muy importante aclarar que, con todo y el aumento habido en los años 1994 y 1995, Costa Rica es el país -con la sola excepción de Canadá- que registra la tasa más baja de homicidios de toda América.

Ahora podríamos legislar la pena perpetua, pero a partir de la experiencia que ya tenemos podemos prever también los resultados que se obtendrían en un futuro análisis dentro de otros dos años.

En el cuadro 1 puede verse la información que corrobora el análisis que acabamos de hacer.

CUADRO 1
Costa Rica: Homicidios Dolosos
Número y tasas por cien mil

1980	101	4.4
1981	103	4.4
1982	84	3.5
1983	95	3.8
1984	98	3.8
1985	109	4.1
1986	103	3.8
1987	114	4.1
1988	117	4.1
1989	116	3.9
1990	139	4.6
1991	132	4.3
1992	160	5.1
1993	160	4.9
1994	182	5.5
1995	184	5.5

Fuente: Elaborado con datos de criminalidad de "Homicidios atendidos por el O.I.J. 1980-1994", Poder Judicial, Departamento de Planificación, Sección de Estadística, y con datos de población del Boletín Demográfico CELADE año XXIII #46.

Corroborando lo que surge de la información de Costa Rica, veamos el caso del Reino Unido: Allí, investigadores criminólogos del Home Office (Ministerio del Interior) midieron los efectos de las que llamaron penas drásticas o "ejemplarizantes", para determinar su posible efecto disuasor sobre otros potenciales delincuentes. El resultado al que llegaron luego de analizar semanalmente durante dos años todas las condenas dictadas en las ciudades de Birmingham, Manchester y Liverpool, fue que "en ninguna de las áreas estudiadas la sentencia tuvo dicho resultado".³

Un último ejemplo sobre los efectos reales de legislar y aplicar penas extremas en procura de lograr niveles reducidos o razonables de delito nos lo da el notable caso de los Estados Unidos de Norteamérica, país en el que se

3 Sobre esto, E.Carranza. *Criminalidad: ¿Prevención o Promoción?*, EUNED 1994, pp.81-82.

imponen penas perpetuas y condenas a prisión que superan en muchos cientos de años el tiempo promedio de vida de las personas y donde al 30 de abril de 1995 había 3.009 sentenciados a muerte en espera de ejecución, y sin embargo su tasa promedio nacional de homicidios es una de las más altas del mundo y cercana al doble de la de Costa Rica (9.5 por cien mil), teniendo ciudades y numerosas agrupaciones geográficas en las que la tasa de homicidios multiplica por diez y hasta por 15 veces la tasa de Costa Rica.⁴

El razonamiento que venimos haciendo exhibe que las penas extremas son respuestas no exactamente justas, sino violentas al delito y a la violencia, que contribuyen a elevar aún más los niveles de violencia del delito y de la sociedad.

El punto que acabamos de tocar nos alerta sobre uno de los posibles efectos peligrosos de las penas extremas o excesivas. Estudiosos del tema tanto en países desarrollados como en vía de desarrollo han advertido que cuando se legislan penas extremas, o desproporcionadas entre las múltiples categorías de delitos, podría ocurrir que quienes delinquen razonen escogiendo cometer un delito de mayor violencia o gravedad, si ésto les asegura menor riesgo de ser descubiertos y mayor impunidad. (Sobre esto, y justamente en materia de delitos sexuales y contra la vida, en la vecina República de Nicaragua la Ley 150 de 1992 reformó el código penal prácticamente duplicando las penalidades que existían para la violación (la pena, que era de 8 a 12 años de prisión, se elevó de 15 a 20), y hasta el momento, no sólo no se ha registrado descenso en los delitos en cuestión, sino que se ha advertido con alarma un mayor número de violaciones con homicidio.

Quisiéramos referirnos a un punto en el que la opinión pública está mal informada:

Suelen reclamarse penas más severas a partir de la suposición de que el sistema de justicia penal es suave y usa poco la prisión.

Esto es un error. Muy por el contrario, la severidad de la justicia penal, medida por los niveles de encierro, ha aumentado muchísimo en los últimos años.

Al respecto, los cuadros siguientes son muy significativos. En el cuadro 2 se observa cómo la población penitenciaria del país se incrementó en más de una tercera parte desde 1992 hasta la actualidad, pasando de 3.346 personas a 4.722.

En el mismo cuadro se observan las tasas penitenciarias. Este dato es muy importante por cuanto nos revela que cada vez se encierra proporcionalmente más: mientras en 1992 se encerraban 105 personas de cada cien mil, en 1996 se encierran 135.

El cuadro 3 es muy claro sobre esto, y se explica por sí solo.

Cuadro 2
COSTA RICA
POBLACION PENITENCIARIA TOTAL
Y TASAS X 100.000 HABITANTES

	1992	1993	1994	1995	1996
Presos	3346	3473	3698	4200	4722
Tasas	105	106	110	123	135

Fuente: Elaborado con datos de población penitenciaria de "Evolución y tasa de la población penitenciaria según condición jurídica", y de "Población penitenciaria. Informe Demográfico Semestral, Primer Semestre 1996", ambas del Area de Investigación, DGAS, Instituto Nacional de Criminología, Ministerio de Justicia y Gracia, y con datos de población penitenciaria del Boletín Demográfico CELADE Año XXVIII, # 55.

⁴ La información oficial que publica sobre esto el Departamento de Justicia es muy rigurosa. Ver "Sourcebook of Criminal Justice Statistics 1994" y "Crime in the United States 1994. Uniform Crime reports".

Cuadro 3
COSTA RICA
Presos/as en 1992 y en 1996
y razón del aumento

Año	Presos/as
1992	3.346
1996	4.722
Aumento en el número de presos/as	1.376
Aumento por crecimiento vegetativo	323
Aumento por mayor uso de la prisión	1053
Aumento por crecimiento vegetativo	23.5%
Aumento por un mayor uso de la prisión	76.5%

Fuente: Proyecto "Sistema Penal y Derechos Humanos" ILA-NUD/COMISIÓN EUROPEA.

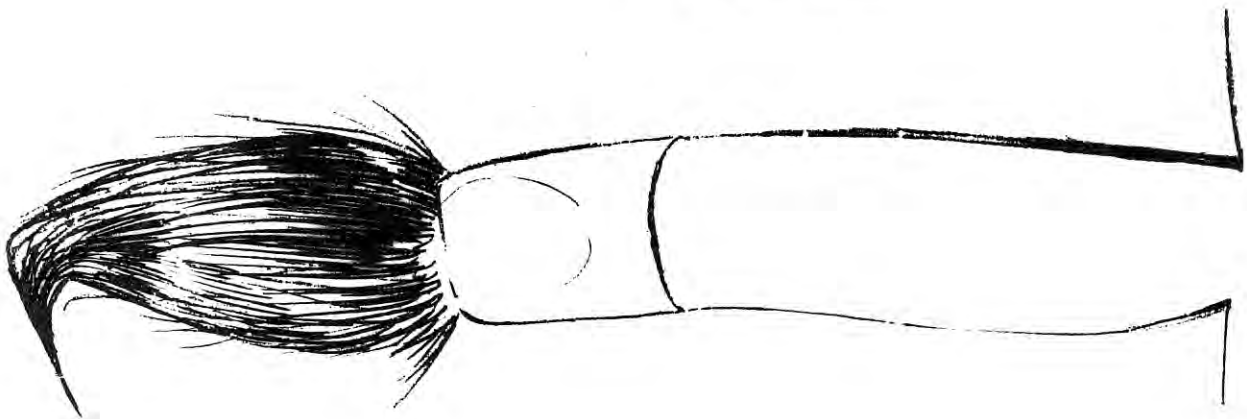
Las penas perpetuas elevan las tasas de presos al mantener una población presa fija que se va acumulando cada vez más a través del tiempo.

Sería posible, si los legisladores así lo decidieran, elevar las tasas aún más de lo que están, por medio de la prisión perpetua y de otras medidas que generan ese efecto. Pero además de los argumentos que hemos venido dando tendríamos que decidir si estamos dispuestos a asumir el costo económico.

Cada preso cuesta al país una suma muy alta de dinero, estimada en alrededor de \$2.400.ºº anuales entre costos directos e indirectos (aproximadamente \$ 200.ºº mensuales). Y hay que considerar también que el costo de la construcción carcelaria es altísimo, y que ya el sistema penitenciario está funcionando al 148% de su capacidad (sobran 48 presos de cada cien)⁵, con lo cual la necesidad de mayor espacio es inminente.

Finalizaremos la opinión que se nos ha solicitado reiterando nuestro criterio contrario a la reforma de los artículos 38 y 40 de la Constitución, y reiterando también la importancia de que la Asamblea Legislativa complete la excelente tarea de legislación penal que ha venido realizando, avocándose al estudio y oportuna sanción del futuro Código Penal que se proyecta, el que deberá contar con un sistema de penas diversas, y con un amplio margen entre los mínimos y máximos posibles de imponer para los delitos sancionados con pena de prisión, de manera tal que los jueces puedan individualizar adecuadamente la pena a cada caso, sentenciando con levedad, o con la mayor severidad, según corresponda.

Saludo a usted, y por su intermedio a la Comisión Especial de Reforma Constitucional, muy atentamente



5 Estudio del Area de Investigación y Estadística del Instituto Nacional de Criminología del 31 de julio de 1996 "Informe diario de población penitenciaria de los Centros al Departamento de Radiocomunicaciones, DGAS, Cuadro comparativo capacidad real y capacidad instalada".

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente

Cecilia Sánchez Romero¹

CONTENIDO RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

A- DERECHO PENAL

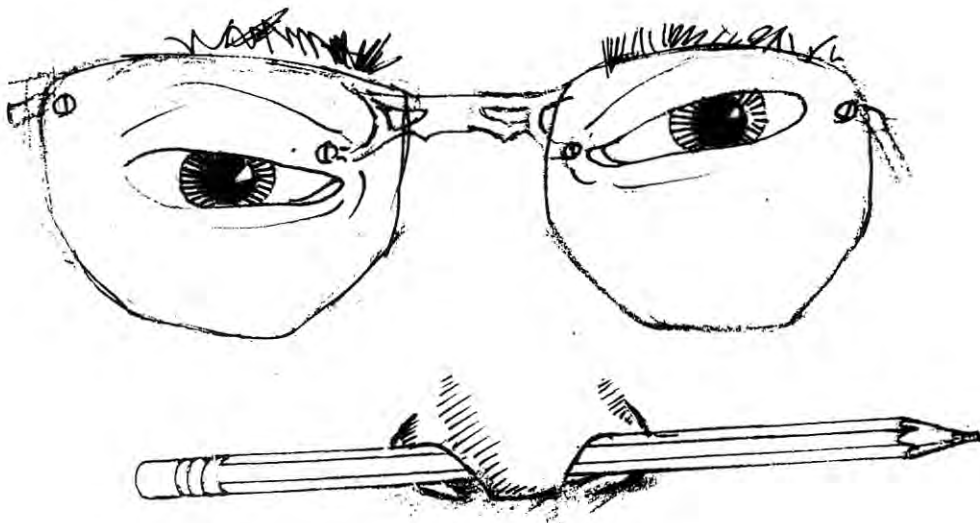
- 1.- **ABUSOS DESHONESTOS AGRAVADOS** - Paternidad reconocida ante Registro pese a no ser padre biológico es suficiente para agravar ilícito.
- 2.- **ABUSOS DESHONESTOS, VIOLACION Y CORRUPCION DE MENORES** - Diferencias y naturaleza del concurso que se produce entre ellos - Caso de violencia doméstica y sexual.
- 3.- **ALEVOSÍA Y ENSAÑAMIENTO** - Análisis sobre sus alcances.
- 4.- **CONCURSO IDEAL ENTRE RESISTENCIA AGRAVADA Y DESACATO** - Ofensas proferidas para oponerse a detención.
- 5.- **DAMNIFICADO** - Alcances del concepto para efectos indemnizatorios.
- 6.- **DAÑO MORAL** - El derecho a la reputación de las personas jurídicas es tutelable.
- 7.- **DELITO CONTINUADO RETROSPECTIVO** - Posibilidad de adecuar penas impuestas en el primero y segundo fallos.
- 8.- **EMOCION VIOLENTA** - Existencia por conmoción impulsiva en el ánimo de la actora, causada por ofensas proferidas por la víctima.
- 9.- **ERROR DE PROHIBICION** - Venta de patente para hacerse pago de deuda no cancelada, por consejo de profesional en derecho.
- 10.- **ESTAFA** - Concurso ideal con falsificación de documento y uso de documento falso.
- 11.- **ESTAFA PROCESAL O TRIANGULAR** - Falsificación de recibos en juicio de desahucio, induciendo en error al juez.
- 12.- **ESTUPRO** - Consideraciones sobre el concepto honestidad.
- 13.- **EXTORSION** - Momento de consumación - Acción que pone en peligro libertad de disposición patrimonial.
- 14.- **PECULADO** - Admisión de la tentativa - Consumación por haber sacado los bienes de la esfera de custodia.
- 15.- **PENA** - Obligación de respetar el principio de proporcionalidad y necesaria motivación.
- 16.- **PERDON DE LA OFENDIDA** - Posibilidad de dictar sobreseimiento en el delito de estupro interpretando adecuadamente la reforma al Código Penal de 1975.
- 17.- **ROBO** - Disponibilidad como elemento determinante para la consumación.
- 18.- **ROBO AGRAVADO** - Uso de arma - Análisis sobre distintos tipos de armas.
- 19.- **ROBO AGRAVADO Y VIOLACION DE DOMICILIO** - Inexistencia de concurso ideal.

¹ Directora del Centro Electrónico de Información Jurisprudencial.

- 20.- **VENTA DE DROGAS** - Cierre de negocio donde se vendía la droga, sin darle intervención al propietario atenta contra el debido proceso.
- 21.- **VENTA DE DROGAS** - Varias ventas a agente encubierto no configuran concurso real.
- 22.- **VENTA DE DROGAS A CONSUMIDORES** - Tenencia es conducta anterior a la venta y por ello procede disminuir la pena.
- 23.- **VIOLACION** - Aceptación de cerveza no implica consentimiento de actos posteriores.

B- DERECHO PROCESAL PENAL

- 24.- **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - Absolutoria no exime del deber de fundamentar este aspecto.
- 25.- **CORRELACION ENTRE ACUSACION Y SENTENCIA** - Alcances.
- 26.- **COSTAS** - Condenatoria improcedente al actor civil por existir justificación legal para intervenir.
- 27.- **DERECHO DE ABSTENCION** - Requisitos de la unión de hecho para ser amparada - Necesidad de valorar cada caso.
- 28.- **EJECUCION DE SENTENCIA** - Improcedencia de solicitud de suspensión mientras se tramita recurso de revisión.
- 29.- **INTERVENCION DEL ACUSADO** - Posibilidad de valorar las manifestaciones emitidas al final de la audiencia.
- 30.- **PENA** - Posibilidad de recurrir en casación por violación al principio de proporcionalidad.
- 31.- **PRUEBA ESPURIA** - Derivada de allanamiento declarado ilegal por la Sala en sentencia anterior.
- 32.- **RECURSO DE CASACION** - Interpuesto por funcionaria del Ministerio Público que gozaba de licencia - Validez por prevalencia de fundamentales intereses jurídicos.
- 33.- **RECURSO DE CASACION** - No recibido por cierre de atención al público - Modificación de horario por remodelación no puede afectar derechos de quienes desconocen esa circunstancia.



A- DERECHO PENAL

1.- ABUSOS DESHONESTOS AGRAVADOS - Paternidad reconocida ante Registro pese a no ser padre biológico es suficiente para agravar ilícito.

“Alega el impugnante errónea aplicación del artículo 161 en relación con el 158 inciso 2) del Código Penal, ya que dice que en la especie no se configuró el delito de Abusos Deshonestos Agravados, al no ostentar B. S. la condición de tutor o curador de M. X., independiente-mente de que la considerara o no como su hija. El reclamo no procede. En efecto, el impugnante en su argumentación pretende incluir en los hechos demostrados, circunstancias que no tuvo por acreditadas el a-quo, con lo que torna inexacta la especie fáctica respecto a la que corresponde verificar la apropiada aplicación de la normativa de fondo. Ahora bien, no obstante lo indicado, aprecia esta Sala un error en la normativa aplicada; obsérvese que el tribunal de mérito señaló que: “El hecho que la fiscal de Juicio haya solicitado la pena de por (sic) Abusos deshonestos Calificados debe ser rechazada, ya que precisamente aunque exista una certificación del registro civil (sic) la cual fue incorporada al debate, en la cual se indica que el imputado es el padre de la menor ofendida, la prueba recabada en el debate demostró que el imputado reconoció a la niña no siendo su padre, y siendo que el artículo 157 del Código penal refiere que debe ser ascendiente o descendiente consanguíneo y en la especie el encartado no lo es, pero si ejercía la custodia como padre o guardador de la niña el hecho se tipifica como Abusos deshonestos Agravados” [...]. Al respecto, el Tribunal en forma evidente y errónea dejó de aplicar lo dispuesto en los numerales 378 y 198 del Código de Procedimientos Penales, que disponen la libre valoración de la prueba excepto en lo que se refiere al estado civil de las personas. Así las cosas, independientemente de que en el debate se haya señalado que el encartado no es el padre biológico de la menor perjudicada, ante el reconocimiento efectuado por él, la paternidad se acreditó debidamente con la certificación del Registro Civil [...] respecto de la que en aplicación del artículo 198 ibídem no existe libre valoración, de manera que resulta incuestionable que las acciones ejecutadas por E. E. se dieron en perjuicio de su hija. Sobre este mismo aspecto y a mayor abundamiento, el artículo 87 del Código de Familia dispone que: “El reconocimiento es irrevocable”. En consecuencia, estima esta Sala que los abusos deshonestos están correctamente encuadrados pero la pena se agrava conforme a lo dispuesto en los artículos 161 y 157 del Código Penal, en razón de que fueron ejecutados por el padre de la ofendida, supuesto en que califica la conducta

del justiciable. Por lo expuesto, se declara sin lugar el motivo de fondo y de oficio se establece que E. E. B. S., es autor responsable del delito de Abusos Deshonestos Agravados -conforme a lo dispuesto en los artículos 161 en relación con el 157 del Código Penal-; sin embargo, careciendo de interés y habiendo recurrido únicamente la defensa y en virtud del principio de non reformatio in peius (artículo 459 del Código de Procedimientos Penales), se mantiene la pena dispuesta originalmente en el fallo impugnado.”

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 532-F de las 8,55 hrs. 20 de setiembre.

2.- ABUSOS DESHONESTOS, VIOLACION Y CORRUPCION DE MENORES - Diferencias y naturaleza del concurso que se produce entre ellos - Caso de violencia doméstica y sexual.

“Conforme al artículo 75 del Código Penal, para el concurso ideal debe aplicarse la pena correspondiente al delito más grave, a saber el de Violación Calificada. Como el hecho sucedió antes de la reforma introducida por la Ley N° 7398 del 10 de mayo de 1994, debe aplicarse la pena prevista en el texto original del artículo 157 del Código Penal, que consiste en prisión de ocho a quince años. Para la fijación de la pena vale todo lo que se ha dicho sobre la reprochable conducta del encartado en su condición de padre de la víctima -aspecto determinante en la comisión de los hechos-, de lo cual cabe subrayar la multiplicidad de bienes jurídicos que lesionó; el grave perjuicio físico y mental que le causó a su propia hija y el implícito desprecio que tuvo para ella. En este punto debe destacarse que el imputado amenazó a su hija de forma tal que le dio a entender que si ella lo delataba le haría un mal a él, argumento con el cual la revictimizó porque -siendo hija suya- la indujo a sentirse culpable de la suerte que pudiera correr aquel si se descubría la situación. Por todas estas razones la Sala considera que debe imponérsele el extremo mayor de la pena, a saber, quince años de prisión que deberá descontar en el lugar y forma que indiquen los respectivos reglamentos carcelarios previo abono de la preventiva que por estos hechos hubiere cubierto. Firme la sentencia se inscribirá en el Registro Judicial de Delincuentes y se remitirá los testimonios de estilo al Instituto Nacional de Criminología y al Juzgado de Ejecución de la Pena para lo de sus cargos. El resto de la sentencia se mantiene incólume.”

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 328-F de las 9,45 hrs. del 28 de junio.

3.- ALEVOSIA Y ENSAÑAMIENTO - Análisis sobre sus alcances.

"XI°.- En el único motivo por el fondo, la Licda. G. S. en representación del Ministerio Público, alega violación por aplicación indebida del artículo 111 y falta de aplicación del artículo 112 inciso 3) del Código Penal. Señala que de los hechos probados se desprende que "...los encausados actuaron sobre seguro, a resguardo de la posible defensa que ejerciera el ofendido sosteniéndolo uno de ellos, de una mano y de un pie, en tanto los otros lo "mataban". Agrega que el argumento del tribunal, al descartar la alevosía porque el ofendido estaba informado del posible ataque, no es atendible porque el acecho tendiente a tomar a la víctima desprevenida es sólo una de las formas posibles de la alevosía pero no la única, ya que hay otras variantes que no implican tomar por sorpresa al perjudicado [...]. Agrega, que la conducta descrita por el Tribunal es constitutiva del delito de homicidio agravado. Consecuentemente, solicita que se case la sentencia. El reclamo es procedente. En efecto, según se desprende de los hechos que se tuvieron por demostrados, cuando el ofendido trataba de huir fue acorralado contra una pared por los imputados y otros menores, sitio en el cual fue inmovilizado y brutalmente golpeado en la cabeza y en todo su cuerpo. Mientras unos imputados lo sujetaban otros lo golpeaban. Acto seguido"...el encartado O. sacó el revólver mencionado, que portaba y apuntó al perjudicado R. y disparó, contra éste, hiriéndole en el hemitórax izquierdo, bajo la clavícula y no contento con esto, el imputado O. le propino diez estocadas con el puñal que llevaba, en distintas partes del tórax, a pesar del disparo y las puñaladas mencionadas, los imputados R. y G., continuaron golpeando al ofendido R. mientras J. C. lo sujetaba, e incitaba a O. que siguiera apuñalando al ofendido, mientras el ofendido suplicaba que dejaran de agredirlo pero los encartados siguieron golpeándolo, con el fin de que R. J. muriera. Que una vez que los imputados se cansaron de golpear al ofendido se fueron del lugar para ocultarse..." [...]. Según lo expuesto, de los hechos acreditados se desprende como la víctima se ve sometida a una terrible golpiza previa, y cuando estaba en un estado de absoluta indefensión le disparan con un arma y además le incrustan en el tórax diez puñaladas, lo que el Tribunal califica de "masacre" [...]. Pese a lo expuesto el tribunal concluye que no concurren los supuestos del ensañamiento y -además- que el ofendido "estaba sobre aviso", por ende que al estar ausente el acecho falta -en su criterio- un elemento esencial que impide que se configure la agravante de la alevosía. Por lo anterior excluyen la existencia de la agravación del inciso 3 del artículo 112 del Código Penal. Esa argumentación del tribunal no es atendible. El en-

sañamiento consta de un elemento psíquico, entendido como la intención de causar deliberadamente males innecesarios para la ejecución del delito, y de un elemento objetivo constituido por el tipo de acciones ejecutadas para provocar el sufrimiento. Ciertamente no estaremos en presencia de la agravante sólo porque se le hayan ocasionado múltiples heridas a la víctima, que podría ser el caso típico del homicidio pasional. El ensañamiento requiere una idea, una circunstancia subjetiva, que precisamente consiste en ese propósito deliberado de causar daño de más por crueldad. El homicidio con ensañamiento requiere también que la víctima se encuentre aún con vida, y que ya indefensa, sufra por la acción del homicida dolores innecesarios, que no son imprescindibles para provocar la muerte (Véase Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, V- 508-F, de las 9:50 hrs del 6 de marzo de 1995, entre otros). De los hechos probados en la sentencia se observa que los imputados actuaron en grupo y se abalanzaron sobre el cuerpo del ofendido para golpearlo en diferentes partes. Al inmovilizarlo G. R. procede a golpearlo con un tubo metálico por la cabeza, mientras J. C. C. lo sujeta y a la vez lo golpea con una piedra en la frente Luego el imputado O. C. lo golpea, le dispara y lo hiere repetidamente con un cuchillo [...]. El deseo de causarle la muerte provocándole un sufrimiento innecesario, no sólo se desprende de la manera como lo inmovilizan y golpean brutalmente, sino como disfrutaban produciéndole lesiones aún cuando estaba indefenso y herido de bala. Además, de acuerdo con el fallo, los imputados le insistían a O. C. que le introdujera el cuchillo a su víctima, lo que efectivamente hace en repetidas ocasiones. En consecuencia no podemos excluir el ensañamiento en la conducta de los imputados, ante el brutal y cruel ataque al que sometieron a su víctima.

XII°.- Lo expuesto en el considerando anterior sería suficiente para declarar con lugar el recurso del Ministerio Público. Sin embargo, respecto de la alevosía deben hacerse también otras consideraciones. En la antigua legislación española e italiana se hablaba de dos tipos de alevosía, uno de las cuales se denominaba homicidio "proditorio", donde el homicida se ganaba la confianza de la víctima para poder ultimarla sobre seguro. En este supuesto hay un ocultamiento moral. En el segundo tipo, denominado homicidio "per aguato" de la antigua ley italiana, hay un ocultamiento material o físico del sujeto. Éste se esconde, se embosca, esperando el paso de la víctima para darle muerte sobre seguro. Hoy son reconocidas otras formas de alevosía, en especial tomando en cuenta las especiales circunstancias de indefensión en que la víctima puede encontrarse, que son aprovechadas por el agresor para realizar el homicidio. La jurisprudencia ha establecido que existe alevosía en los casos en que la víctima estaba de espaldas o indefensa (así Sala Ter-

cera de la Corte Suprema de Justicia, V-127 F, de las 9:15 horas del 10 de marzo de 1995), también lo admite la doctrina, cuando estando la víctima enferma no puede ofrecer resistencia. Esta condición de la víctima hace innecesario que los autores del hecho tengan que obrar emboscados. Desde este primer punto de vista no puede descartarse la alevosía cuando la víctima no ignora la presencia de su agresor, pues la indefensión de la víctima es un supuesto que también le permite al victimario actuar sobre seguro y eso solo basta para configurarla, siempre que el homicida se haya aprovechado dolosamente de ese estado para actuar sobre seguro o minimizando cualquier reacción defensiva de aquella o de un tercero. Como se expuso arriba, el Tribunal realiza una valoración congruente de la prueba al señalar la manera como el occiso fue inmovilizado por los imputados, quienes le disparan y apuñalean actuando sobre seguro hasta lograr su muerte. En tales circunstancias, bastó para la configuración de la agravante el haber aprovechado los imputados las condiciones en que se encontraba la víctima, pues no se detuvieron ante sus súplicas y por el contrario continuaron su despiadado ataque al extremo de ocasionarle múltiples heridas [...], con las consecuencias conocidas, todo sin ningún riesgo para ellos. Por lo expuesto debe declararse con lugar el recurso del Ministerio Público, pues el homicidio fue calificado por ensañamiento y alevosía."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 560-F de las 9,15 hrs. del 27 de setiembre.

4.- CONCURSO IDEAL ENTRE RESISTENCIA AGRAVADA Y DESACATO - Ofensas proferidas para oponerse a detención.

"En cuanto al recurso por el fondo, en el que se alega que los hechos atribuidos fueron cometidos en concurso ideal, y no real, como lo estimó el tribunal, es necesario entrar a despejar como punto básico si se trata de una o más acciones las que se atribuye a la encartada B. V. Al respecto, esta Sala, mediante resolución 101, de las nueve horas del tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco, hizo una reflexión que resulta de útil alusión, diciendo: "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 es-

pacial) 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 la justiciable en contra de los funcionarios públicos, tenían por finalidad oponerse a la detención que aquéllos 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. En consecuencia, procede dar la razón en este aspecto al recurrente, casar la sentencia en lo atinente a la cuestión y declarar que los ilícitos acreditados fueron cometidos en concurso ideal. Por ello, tomando en cuenta los argumentos extendidos por el a-quo al fijar la pena, y en aplicación del artículo 75 del Código Penal, se fija en el tanto de un año de prisión la pena a imponer. El resto del fallo se mantiene incólume."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 282-F de las 9,55 hrs. del 31 de mayo.

5.- DAMNIFICADO - Alcances del concepto para efectos indemnizatorios.

"Señala el impugnante que la resolución recurrida presenta inobservancia de la ley sustantiva en cuanto se refiere al caso de S. A. Ch. M., pues, aunque fue condenado por el delito de Cohecho Impropio, la acción civil fue declarada sin lugar en lo que a él se refiere, argumentando el Tribunal "que fue terminante su intención de violentar los deberes de la función pública, pero no de manera subsidiaria perjudicar el bien jurídico de la propiedad o el patrimonio del Banco de Costa Rica" (sic), interpretación que estima violatoria de los artículos 103 del Código Penal, 122 del Código Penal de 1941, 1045 y 1046 del Código Civil. Por ello, pide que se revoque la sentencia impugnada y se declare con lugar la acción civil resarcitoria formulada contra Ch. M., condenándolo a pagar los extremos solicitados en las conclusiones. Lleva razón la parte impugnante. Es indudable que los juzgadores confundieron el derecho del Banco de Costa Rica para reclamar los daños y perjuicios ocasionados por la conducta ilícita, es decir, el carácter de "damnificado" que corresponde a dicho ente, con la determinación del "bien jurídico" que tutela la norma legal aplicada en este caso para sancionar penalmente al convicto Ch. M. En efecto, "damnificado" es la persona a la que el hecho ilícito

le ha causado de manera directa un perjuicio sujeto a restitución, reposición o indemnización; mientras que, "el bien jurídico" es el interés o valor determinante que protege la norma penal. Se trata, por lo tanto, de dos cuestiones claramente diferenciables entre sí, toda vez que el bien jurídico se establece a través del contenido de la norma penal, en tanto que la condición de damnificado se determina analizando la conducta ilícita, para saber sobre qué persona (física o jurídica) recaen sus efectos dañosos. Siguiendo este último procedimiento, se observa que los juzgadores tuvieron por cierto, entre otros aspectos, que el "descongelamiento" anticipado de los fondos de la cuenta corriente número [...], conducta que dio lugar a la pérdida económica sufrida por el Banco de Costa Rica, se produjo por la acción directa del sentenciado Ch. M., funcionario de la Sección Extranjera de dicho Banco, quien -de acuerdo con el fallo- no sólo omitió consultar o informarse acerca de datos que hubieran evitado la defraudación, sino que, además, recibió de parte de la justiciable L. C. L. M. -principal responsable de los hechos- la suma de ochenta y ocho mil colones en efectivo, "...a título de dádiva por su gestión de liberación de fondos, materializando así la promesa que previamente se le había hecho" (sic). Además, del fallo se desprende con toda claridad que a raíz de lo ocurrido el Banco de Costa Rica fue objeto de una defraudación que alcanza en total la suma de sesenta y cuatro mil quinientos sesenta y tres Dólares, moneda de los Estados Unidos de Norteamérica. [...]. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 103 del Código Penal, todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; debiendo ordenarse, según el inciso 2): "La reparación de todo daño, y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros". Esta norma debe relacionarse con los artículos 122, 124 y 126 del Código Penal de 1941, como también con lo dispuesto en el artículo 1045 del Código Civil, norma esta última según la cual: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios." Conforme a lo expuesto, resulta claro que la acción civil que interpuso el Banco de Costa Rica en contra de Ch. M. fue indebidamente declarada sin lugar, pues dicha entidad sí resultó damnificada a causa directa de la conducta que desplegó este último. Por lo tanto, procede acoger el recurso en examen y casar la sentencia únicamente en cuanto rechaza la citada acción civil."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 540-F de las 9,35 hrs. del 20 de setiembre.

6.- DAÑO MORAL - El derecho a la reputación de las personas jurídicas es tutelable.

"Por último, repara -en relación con la condenatoria civil,- aplicación indebida de los numerales 702 y 704 del Código Civil, 123, 124, y 125 del Código Penal de 1.941 e incorrecta aplicación de los artículos 17 y 44 del Arancel de Honorarios de Profesionales en Derecho (Decreto Ejecutivo N° 20.307-J de marzo de 1.991), en relación con el 56 del Código de Procedimientos Penales, al haberse acogido la acción civil sin determinarse con la prueba pertinente, ni el monto de la defraudación, ni el faltante de inventario. Además, agrega que al no haberse solicitado en la interposición de la demanda el daño moral, no resulta pertinente otorgarlo en sentencia. Asimismo, considera el recurrente que al no quedar demostrados los extremos antes citados, ni la existencia del delito, tampoco resulta pertinente la fijación de costas. El reclamo no procede. En primer lugar, el tribunal con prueba legal y eficaz, tuvo por demostrados los temas que extraña el impugnante, sin que sean atendibles al respecto las manifestaciones contenidas en su alegato, mediante las que critica el valor fijado por el a-quo al material probatorio. Por otra parte y en segundo lugar, en cuanto a la concesión del daño moral a favor de la empresa ofendida, tampoco resulta pertinente el motivo. En efecto, conforme se aprecia del contenido de interposición de la demanda, el actor civil gestionó a su favor -en lo pertinente- la condenatoria en cuanto a los daños ocasionados, lo que comprende la reparación de los daños material y moral; además, no obstante esa petición, también solicitó expresamente el pago de los daños morales: "en la buena fama y seriedad de la empresa" [...], aspectos que reiteró al emitir conclusiones en la audiencia oral. Cabe agregar, que para fijar la indemnización por daño moral, el tribunal de mérito señaló expresamente los aspectos que tomó en consideración. Sobre este mismo plano y a mayor abundamiento, la Sala Constitucional mediante voto número 1.026-94 de las diez horas cincuenta y cuatro minutos del 18 de febrero de 1.994, señaló -entre otros aspectos- que: "...el honor objetivo, o prestigio o reputación es tutelable a las personas jurídicas como valor fundamental, como bien preciado. Esto es así, puesto que el valor del honor es íntimo de la persona física como autopercepción, más la reputación como percepción exterior de la persona resulta un bien muy preciado para dichos grupos como elemento de cohesión y proyección. De esta forma, en cuanto al derecho a la reputación como derecho fundamental consistente en la percepción exterior de los demás hacia una persona es tutelable a una persona jurídica". Conforme lo expuesto, la indemnización en concepto de daño moral resultaba pertinente al tutelarse el honor objetivo. Por último, el reclamo sobre

la fijación de costas carece de fundamento y más bien se sustenta de manera exclusiva, sobre la remisión a los restantes alegatos que se rechazó, por lo que resulta improcedente. Consecuentemente, no estando en presencia de los quebrantos alegados, se rechaza el motivo interpuesto."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 255-F de las 8,45 hrs. del 24 de mayo.

7.- DELITO CONTINUADO RETROSPECTIVO

Posibilidad de adecuar penas impuestas en el primero y segundo fallos.

"IX.- En sentencia anterior, dictada por esta misma Sala (N° 565-F-94 de 16:15 horas de 12 de diciembre de 1994), al resolver Recurso de Casación presentado en algunas causas de la totalidad integrante del primer juicio celebrado con relación al Fondo de Emergencias, se consideró que existía delito continuado de peculado y no un sólo ilícito, como lo había estimado el Tribunal de Juicio, en la totalidad de las acciones que se atribuía a los acusados en las causas comprendidas en los Tomos I a V. Partiendo de esa determinación, que la Sala ahora reitera, debemos resolver entonces, cómo han de aplicarse las reglas procesales de la acumulación, a los supuestos de delito continuado, cuando, como en el caso en estudio, ha habido causas originalmente acumuladas que por una u otra circunstancia, no fueron objeto de juzgamiento simultáneo y respecto de los cuales se ha constatado, en la primera de las sentencias, el vínculo de continuación. Es decir, es necesario establecer cómo ha de enfrentarse el problema del delito continuado y la concurrencia de una primera sentencia en la que se ha fijado pena por delitos considerados como continuados y tiene carácter de cosa juzgada, no obstante, quedaron pendientes de juzgamiento otros hechos, respecto de los cuales se constata con posterioridad la existencia de los mismos vínculos respecto de los anteriores. ¿Es posible imponerle a estos delitos una pena, a pesar de aceptar que integran el delito continuado ya declarado en la primera sentencia, sin lesionar el principio de cosa juzgada? En otras palabras, resulta válido cuestionarse sobre la penalidad del último delito de peculado acreditado, para resolver: A) si este hecho ya fue sancionado con la pena impuesta en la primera sentencia; B) si debe sancionarse con una pena independiente de aquella, o; C) si aquella primera condena debe adecuarse con la consideración del delito acreditado en esta segunda sentencia. El tema de la sancionabilidad o no de los hechos constitutivos de un delito continuado precedentes a la sentencia pero juzgados con posterioridad a esta, encuentra en la doctrina diferentes posiciones. Sin embargo, la concepción que se tenga acerca de la naturaleza misma del delito

continuado, o la teoría que se siga, reviste importancia secundaria ante la principalidad de la solución normativa, pues bien puede suceder que una conceptualización lleve en doctrina a soluciones inviables en nuestro ordenamiento o no compartible, o que ninguna se muestre idónea para resolver el punto. Por eso ha de estimarse que el debate en cuanto a la naturaleza del delito continuado es una disquisición circunstancial, porque, debiéndose resolver el caso conforme a derecho, ha de estarse ante todo a lo dispuesto con la normativa, la cual sólo toma partido en cuanto a las consecuencias prácticas de la figura, mas no en cuanto a su conceptualización. Por eso ha de estimarse que el examen del punto en entredicho debe dirigirse a buscar la solución que otorga esa normativa, y sólo adicionalmente, dentro del margen de esa solución, buscar la conceptualización dogmática que permita aclarar su interpretación. Como se señaló, bien puede suceder que se deba obtener la respuesta fuera de esas teorías o corrientes, independientemente de si se acomoda alguna doctrina o a ninguna, por cuanto estas no son las únicas vías de solución, sino algunas. Aclarado lo anterior, debe examinarse si nuestra legislación prevé una solución clara para el asunto. Cuanto sucede en otras legislaciones, como en Italia, Argentina y Alemania, las disposiciones existentes en cuanto al delito continuado son modestas y dejan de regular explícitamente el tema que nos ocupa. Así, el artículo 81 del Código Penal Italiano, se limita a señalar los elementos constitutivos del delito continuado y a prescribir la aplicación de la pena más grave, aumentada hasta el triple. Por su parte, el de Argentina, en su artículo 54, se restringe a decir que cuando un hecho cayere bajo más de una sanción, se aplicará solamente la pena mayor, en lo cual la doctrina y jurisprudencia local identifican, amén del concurso ideal, el delito continuado. Finalmente, el StGB alemán, a pesar de sus modificaciones tampoco lo regula, quedando la cuestión con carácter consuetudinario. Siendo de este modo, y tratándose el delito continuado, como se explicó en el considerando anterior, de una modalidad de concurso real o material, toda vez que se parte de que cada uno de los hechos constituye por sí mismo un ilícito, modificado el concurso únicamente a efectos de imponer una pena (CASTILLO, Francisco. "El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense". Facultad de Derecho U.C.R., San José, 1981, p.p. 90 y 92; BETTIOL, Giuseppe. "Diritto Penale". Parte General. CEDAM, Padua, 1986, p. 622) -y no como apuntaba la doctrina y jurisprudencia española de los años treinta como un recurso facilitador del juzgamiento de hechos que se sabe cometidos pero de difícil comprobación (ONECA, Antón. "Derecho Penal". AKAL, Madrid, 1986, p. 499), y que empezó a abandonarse a finales de los sesenta por considerar que se estaba reputando la inde-

terminación como elemento constitutivo de la figura, en defecto de los que sí lo son, o sea supeditando su configuración o no al éxito de la práctica probatoria (CASTIÑEIRA, María. "Delito Continuado". BOSCH. Barcelona, 1977, p.p. 27 y 174), es necesario, en consecuencia, remitirse a la regulación conducente que respecto a este, el concurso real, se halla establecida. Al respecto, el artículo 80 del Código Penal Italiano, prescribe que las disposiciones relativas al concurso de material (puesto que alude a los artículos precedentes), "se aplicarán aun en el caso en que, después de una sentencia o de un decreto de condena, haya que juzgar a una misma persona por una infracción anterior o posterior a dicha condena...", de lo cual lleva a BETTIOL a indicar que: "...que una sentencia penal condenatoria firme haya juzgado hechos continuados con otros, no significa que para los otros hechos, cometidos antecedentemente pero venidos a la luz con posterioridad a la condena, esté precluida la acción penal. Esta está excluida con relación al mismo hecho, pero no se puede hablar de mismo hecho cuando nos encontramos frente a hechos nuevos los cuales, desde el punto de vista formal y sustancial, tienen autonomía propia. En consecuencia, correctamente puede promoverse la acción penal respecto a los hechos nuevos cometidos con anterioridad. Ello llevará, si la sentencia es condenatoria, a una modificación de la pena ya impuesta dentro de los límites permitidos por la ley, en caso de que en la primera sentencia el juez no haya aplicado el máximo previsto" (BETTIOL, p.p. 622 y 623). Similarmente, el Código Penal Argentino en su artículo 58, prevé que las reglas precedentes (esto es las de los concursos que, como se apuntó, incluye al delito continuado) "se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor, dictar, a pedido de parte, su única sentencia sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras", lo cual la jurisprudencia local ha interpretado que no significa la absorción de una pena por otra, sino incluso hasta la suma de ambas o de unificarlas aunque una haya sido agotada, lo que significa que la segunda no está contenida en la primera (MANIGOT, Marcelo. "Código Penal de la Nación Argentina, Anotado y Comentado". Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, p.106). A pesar de lo anterior, Zaffaroni, apoyándose en la doctrina alemana, concluye en sentido contrario a BETTIOL ("Tratado de Derecho Penal". Parte General. Tomo IV. EDIAR, Buenos Aires, 1982, p. 543), arguyendo que la consideración del delito continuado no es sólo una cuestión de penalidad, sino el reconocimiento de la desvaloración unitaria del comportamiento. Sin

embargo, esta misma razón podría esgrimirse para afirmar la necesidad de adecuar la pena primeramente impuesta en vista de los hechos ulteriormente condenados, que también deben ser sopesados para precisar la citada desvaloración unitaria. La unitariedad del hecho y la misma conclusión que Zaffaroni es sostenida por Hans Jeschek, para quien la condenatoria dictaba alcanzará todos los actos parciales, indiferentemente de si el Tribunal los conoció o no ("Tratado de Derecho Penal". Parte General. Tomo II. BOSCH. Barcelona, 1981, p. 1004), lo cual es tesis de principio en la doctrina y jurisprudencia alemanas. No obstante, el Tribunal Supremo Alemán, cuya jurisprudencia no es vinculante, ha querido hacer una excepción a la regla en aquellos casos en que los actos parciales de un delito continuado fallado tienen relación con delitos graves, de forma que pueda estimarse que están ligados a aquellos. A estos actos parciales no puede ampliarse la cosa juzgada SCHÖNKE - SCHÖDER. "Strafgesetzbuch. Kommentar", Ed. C. H. Beck, Munich, 1991, p. 690). Nótese entonces cómo en esos sistemas jurídicos la ley abre la posibilidad de posteriores juzgamientos de hechos constitutivos de un delito continuado ya sentenciado. Luego, en lo que respecta propiamente al Código Penal costarricense, puede acotarse que carece de regulación explícita sobre la problemática, y la doctrina costarricense no se ha planteado el punto. No obstante, debe entenderse que, al igual cuanto sucede en los sistemas aludidos, la normativa prevé la potestad (entendida como poder-deber) del Tribunal de proceder a unificar las penas y determinar una sola proporcional al daño. En efecto, actualmente, el concurso real retrospectivo se acepta sin cuestionamiento y, a pesar de no estar expresamente previsto por el Código Penal, sí lo está por el artículo 23 del Código de Procedimientos Penales, que ordena la unificación de penas en el fallo ulterior cuando las causas acumuladas deban separarse para evitar atrasos, cual es el caso que nos ocupa. Siendo así, no hay motivo para limitar esta regla sólo a los hechos contenidos en las causas acumuladas, negando su aplicación a los tramitados por aparte, toda vez que, una circunstancia procesal no puede incidir en la configuración o no del concurso o en la sanción a imponer. Por ende, tratándose el delito continuado de una variedad de concurso real, la ley prescribe su aplicación retrospectiva, en lo que podría denominarse un delito continuado retrospectivo, ya que no hace diferencia alguna en lo correspondiente a la especie que genera la unificación de penas. Debe admitirse que esta es la solución que, conforme a la normativa nacional, se da a la vicisitud, puesto que, si el sentido de la ley hubiera sido, en cuanto al delito continuado, tener por contenida la segunda sanción en la primera, no habría hablado de "unificación", pues ninguna cabría, sino una absorción o decreto de impunidad. Pero, no

siendo así, en el segundo fallo, se impone reconsiderar la calidad o cantidad de la pena primeramente impuesta en consideración de los hechos posteriormente juzgados para efectos de calibrar la pena unificada, lo cual surge de la letra expresa del artículo 71 del Código Penal, el que en su letra b) ordena apreciar la lesión causada. De lo contrario, piénsese en el absurdo que significaría la impunidad de una serie apreciable de actos delictivos (estafas, por ejemplo), ejecutados en su variedad de delito continuado, cuya sanción debe entenderse incluida en la primera sanción impuesta, que bien puede referirse únicamente a dos de ellos, con una modesta pena proporcional a estos solamente, cuyo juzgamiento quizá pudo ser agilizado por el mismo encartado a fin de procurarse una garantía contra los fallos posteriores relativos a los demás hechos constitutivos del citado delito continuado. Ciertamente, la magnitud de esta lesión será diferente si sólo se considera los primeros hechos condenados a si se considera la globalidad de ellos; aunque en algunos casos, la diferencia no justifique una modificación en la pena. Argumentar que ello sería interpretar la figura en contra del imputado es erróneo, pues la alternativa sería aplicarle una pena independiente, lo cual ciertamente lo perjudicaría, y como en efecto bien podría hacerlo el Tribunal si estima que no hay continuidad entre ambos conjuntos de hechos. Ahora bien, en lo que se refiere específicamente al caso en estudio, establecido que los hechos sancionados en la sentencia recurrida están contenidos en la primera sanción impuesta por el delito continuado de peculado, estima la Sala que no amerita modificar la pena ya dictada agravándola, puesto que el daño ahora juzgado no representa, en comparación al monto cuya sustracción fue conocida en el primer proceso, una lesión adicional desmedida que justifique la modificación de la pena comentada, sino una porción cuya reprochabilidad puede considerarse incluido en el cuántum de quince años de prisión dictado contra D. B. por esta Sala mediante el voto 565-F-94. Por consiguiente, se declara con lugar el motivo alegado como primero por el Lic. W. G. M., sólo en cuanto condena a R. A. D. B. a descontar la pena de prisión de cinco años como autor responsable del delito de peculado."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 444-F de las 15 hrs. del 21 de agosto.

8.- EMOCION VIOLENTA - Existencia por conmoción impulsiva en el ánimo de la actora, causada por ofensas proferidas por la víctima.

"El a quo tuvo por demostrado: (a) que la madrugada del suceso el ofendido M. M. llegó al prostíbulo denominado [...], sitio donde laboraba la imputada a

quien el ofendido invitó a tomar licor. (b) En determinado momento mientras departían se suscitó una discusión entre la imputada y el ofendido insultándose recíprocamente. (c) "Que ante tal situación la imputada L. Ch. se dirigió a la parte interna del bar donde...tomó el revólver calibre 38 SPML...y en el momento en que el ofendido se encontraba en la puerta principal de entrada a ese establecimiento, y estando de frente a la imputada, aproximadamente a cinco metros de distancia de ésta, la misma le disparó..." . (d) La imputada no acusa juzgamientos anteriores. Nótese que, en el apartado de la sentencia denominado "Existencia del hecho delictuoso, participación de la imputada, calificación, imputación", consta que la misma encartada declaró en el debate que se dio un altercado entre ella y el occiso, que el mismo fue iniciado por el ofendido quien "...se le vino encima y le hizo el hombro como queriéndola empujar, después le gritó a ella que salieran a pelear,...luego le tiró un vaso con café y se lo pegó en la espalda,...le dijo "hijueputa tortillera", "que se fueran a hacer mierda afuera" [...] ella dijo "que le tenía mucho miedo"...que él (el ofendido) pateó la puerta y entró otra vez y pensó que la iría a matar porque él seguía de majadero" [...]. El dicho de la imputada fue corroborado por los testimonios de A. L. S. S. -"el ofendido le decía que era una tortillera, que él tenía plata y le podía hacer lo que le diera la gana, que se cagaba en la madre de ella... le decía vení, pegame, se reía de ella y la insultaba" [...]; F. B. G. -"El muchacho y la imputada se decían vulgaridades, él decía que le pagaba a ella y que le haría el amor por detrás...le dijo que se cagaba el corazón de su madre, volaron envases" [...]; C. L. R. M. -"El occiso llegó la invitó a tomar...él salió, luego volvió a la mesita con ellas dos, comenzó la discusión entre él y la imputada..." [...]; y S. D. P. C. -"...escuchó la discusión, se levantó y la mandaron a cerrar la puerta pero fue imposible, le decía (al ofendido) que se fuera pero no lo hacía, no logró cerrar la puerta en ningún momento...Estaba con licor, violento y quería entrar a la fuerza al bar, hablaba en voz alta." [...]. Por su parte, el dictamen psiquiátrico determina: que la imputada tiene antecedentes personales patológicos, cuenta con expediente clínico en el Hospital Psiquiátrico "donde se anotan dos internamientos...el primero...con diagnóstico de egreso: Personalidad histérica -Subestructura Ezquizo- Afectiva. Intento Suicida..." [...]; la impresión diagnóstica: "personalidad emocionalmente inestable: tipo fronterizo"; que se trata de una paciente que ha sido víctima de agresión sexual... y concluye, en respuesta a lo solicitado por el Tribunal diciendo: "1) La evaluada al momento actual no presenta sintomatología psicótica (estado de enajenación mental) por lo que conserva sus capacidades mentales y la capacidad de reconocer el carácter ilícito de sus actos. 2) En relación al posible

estado mental de la evaluada al momento de los hechos es factible plantear y tomando en consideración el antecedente traumático vivido a sus dieciséis años, que en el momento de cometer tal acción pudo haberse dado un estado de obnubilación de la conciencia, esto en forma breve, conllevando a una alteración de las capacidades mentales superiores, pudiendo haberse dado una disminución de las mismas" [...]. Por su parte, el Tribunal de mérito consideró, respecto de la pericia médica-psiquiátrica, que "en primer orden, no es concluyente que se haya dado un estado de obnubilación de la conciencia en forma breve; eso es sólo un planteamiento factible, que a como pudo darse, pudo no haberse presentado; en segundo lugar, tampoco es definitivo que, de haber ocurrido ese ofuscamiento en la conciencia, se haya producido una alteración de las capacidades mentales superiores, ni que esto llevara a su vez, a una disminución de las mismas, puesto que esa disminución, como así lo afirman los psiquiatras, de igual manera, "pudo" haberse dado" [...]. El a quo resume su análisis diciendo: "...el dictamen no demuestra per se, que al momento de accionar el gatillo la imputada, ..., sufriera una alteración de la conciencia, ni que sus capacidades mentales estuviesen alteradas, tampoco que tuviese una disminución de las mismas" [...]. A pesar de que, los Juzgadores descartaron la presencia de un estado de obnubilación de la conciencia, de inimputabilidad y de emoción violenta, sobre este último dicen: "pues de igual manera las circunstancias en que se desarrolló el hecho no lo harían excusable" [...]. La situación de conflicto no debe analizarse teórica y aisladamente sino conforme a las circunstancias específicas que rodearon el suceso. De acuerdo con las circunstancias que tuvo por acreditadas el Tribunal, se está en presencia de un homicidio especialmente atenuado por el estado de emoción violenta, contemplado en el artículo 113 inciso 1) del Código Penal. Esta Sala ha afirmado reiteradamente, con cita de doctrina, que existe emoción violenta cuando se presenta una conmoción impulsiva en el ánimo del autor, causada por una ofensa a sus sentimientos que proviene muchas veces de la propia víctima, que relajando el pleno gobierno de sus frenos inhibitorios, lo conduce a la acción homicida. La emoción violenta implica una situación de menor responsabilidad criminal y para que sea aplicable la norma de comentario se necesita que la persona encartada al momento del suceso se encuentre emocionada, alterada psíquicamente, y que esa alteración sea violenta que se trate de un verdadero impulso desordenadamente afectivo, capaz de hacerla perder el control de sí misma y hacerla realizar un acto que en circunstancias normales no habría hecho. (Votos No. 172 -F de 16:50 hrs. del 20 de diciembre de 1983; No. 194-F de 10:00 hrs. del 24 de julio de 1987; y No. 500 de 8:50 hrs. del 30 de octubre de 1992,

Sala Tercera). En otros términos, la emoción violenta requiere de un estado de alteración psíquica, pero también de una causa idónea generalmente provocada por la propia víctima o por circunstancias atribuibles a ella, de tal magnitud que hacen perder el control normal al agresor, quien llega a comportarse de una manera distinta y agresiva. También la doctrina ha señalado la necesidad de que exista ese factor externo (causa eficiente) para que pueda configurarse esa causa de atenuación de la responsabilidad penal (Entre otros véase LEVENE, RICARDO (h). El delito de homicidio, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 328 y 330; LOZANO DELGADO, JORGE AUGUSTO. Aspectos sustanciales y procesales del delito de homicidio emocional. En "Derecho Penal y Criminología", Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Vol. VIII, N° 25, Ediciones Librería Profesional, 1985, pp. 70 y ss.; entre otros). De acuerdo con los hechos probados de la sentencia existe fundamento para estimar que concurren los dos requisitos indispensables para aplicar la atenuación prevista en el inciso 1º del artículo 113 del Código Penal. Es conveniente agregar que el examen para verificar la concurrencia de ambos requisitos debe hacerse en forma integral y no separando los componentes del hecho. Aplicando lo dicho, del análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos se hace excusable el estado de emoción violenta como atenuante. Toda vez que se constata, por un lado, la existencia del aspecto subjetivo de la alteración psíquica de la imputada -un estado de obnubilación de la conciencia, según lo revelado por el dictamen médico de folios 92 a 95- y, por otro, el objetivo, la causa eficiente que generó en ella la referida emoción de carácter violento,- a saber, la violencia con que el ofendido trató de imponerse e insultó a la imputada;- a este último se debe sumar todo el antecedente psiquiátrico de la imputada L. Ch. Entonces, la causa eficiente no sólo está constituida por el aspecto externo-objetivo, la conducta del ofendido que provocó la alteración, sino también por la personalidad, "la psique", de la agresora que, ante las circunstancias que se dieron el día del suceso aunadas a sus antecedentes psiquiátricos, reaccionó violentamente bajo un estado en el que su conciencia se encontraba alterada. En consecuencia y de acuerdo con lo expuesto, el Tribunal de mérito aplicó indebidamente el numeral 111 del Código Penal e inobservó el artículo 113 inciso 1) ibídem, al no tipificar debidamente los hechos en la figura del homicidio especialmente atenuado, por encontrarse la autora en estado de emoción violenta, no obstante estar debidamente demostrada. Así las cosas, procede declarar con lugar el recurso de casación interpuesto en cuanto al fondo, se casa la sentencia impugnada y en aplicación del derecho

sustantivo, se recalifican los hechos a HOMICIDIO ESPECIALMENTE ATENUADO en perjuicio de J. E. M. M., y tomando en consideración las condiciones personales de la imputada, quien es madre y tiene a su cargo hijos menores por quienes velar, quien no presenta peligrosidad [...], colaboró en la investigación y no cuenta con antecedentes penales, así como la naturaleza de los hechos, el daño causado y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los mismos, se le impone a M. E. L. CH. en calidad de autora responsable, la pena de tres años de prisión, que deberá descontar previo abono de la preventiva sufrida, en el lugar y forma que señalen las leyes y los reglamentos respectivos.”

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 323-F de las 9,20 hrs. del 28 de junio.

9.- ERROR DE PROHIBICION - Venta de patente para hacerse pago de deuda no cancelada, por consejo de profesional en derecho.

“I.- Recurso por la forma. En el primer motivo de su recurso, que lo es por cuestiones de orden procesal, alega el impugnante que la sentencia del tribunal de mérito vulnera el artículo 106 del Código de la materia al incurrir en el vicio de falta de fundamentación o ser esta defectuosa. Apoya su reclamo en que para dictar absolutoria se afirma que el imputado M. U. V. “... ante el incumplimiento del ofendido (en el pago de un millón y medio de colones producto de la compra del negocio [...]) acude ante un profesional en derecho con el fin de ser informado de qué podía hacer en este caso, siendo aconsejado de que vendiera la patente de licores para abonarse al crédito lo que por ella le pagaran y creyendo que no hacía algo indebido procedió a vender la misma al negocio C. C. del Sur, S.A. representada por C. C. H., incurriendo en error de derecho...” [...]. Sin embargo -agrega- los juzgadores no indican a cuál profesional en derecho supuestamente acudió el imputado, ateniéndose sólo al dicho de éste, sin indagar de quién se trata para hacerlo llegar al debate y establecer en qué términos fue dada esa asesoría, máxime que ese fue el razonamiento esencial para eximir de responsabilidad a U. V., a pesar de que la citada patente fue vendida en dos oportunidades (lo cual se reprocha en uno de los aspectos del recurso por el fondo, [...]). El reparo no puede ser atendido. Aunque es parcialmente cierto que el a quo utiliza el mencionado argumento, no lo es menos que se pudo constatar en el debate (con prueba documental y pericial debidamente incorporada) la existencia de la deuda referida y la aportación por parte del ofendido, de recibos falsos que pretendió judicialmente -de modo infructuoso- hacer valer para demostrar que aquélla había sido cancelada, mientras acudía a otros medios para

impedir el embargo y cobro del compromiso contraído (ver dictamen criminalístico de [...] así como el análisis del tribunal sobre este aspecto [...]). La situación anterior deriva en la causa de inculpabilidad que se examina en el fallo (aunque denominada incorrectamente error de derecho invencible por ser ésta la fórmula que usa el actual Código Penal en el artículo 35, siendo que lo que se trata es de un error de prohibición -que también puede ser vencible conforme a las circunstancias que aprecien los jueces y en cuyo caso la pena se atenuaría-). Con sustento en lo expuesto se concluye que no existe el vicio que se reclama, pues, según el criterio de esta Sala, no era indispensable en el subjúdice la prueba que se echa de menos para acreditar el motivo que condujo a la absolutoria del imputado. Por ello se desestima el reproche.-

II.- Recurso por el fondo. En el segundo aspecto de la impugnación, que lo es por el quebranto de la ley sustantiva, se reclama la falta de aplicación del numeral 217 inciso 1° y la aplicación errónea del artículo 35, ambos del Código Penal. Para sustentar su solicitud el recurrente insiste en el argumento relativo a la inexistencia de la causa de inculpabilidad y acusa al fallo de confundir el tratamiento del error, afirmando que además de emplearse mal el concepto técnico (error de derecho cuando es error de prohibición, conforme reiteradamente lo ha indicado esta Sala a partir del voto 446-F del 25 de setiembre de 1992) el a quo debió analizar, si es que había error alguno, que éste sería de tipo y no de derecho o de prohibición [...]. Tampoco es procedente el reparo. Si un sujeto actúa creyendo que el hecho que realiza no está sujeto a pena (que es como lo analiza el tribunal sentenciador), resulta claro que lo que se afecta es la prohibición de la conducta (es decir, el error recae sobre la conducta prohibida y no propiamente sobre las características del tipo penal), por lo que, aún utilizándose de modo incorrecto el concepto técnico que motivó la decisión exculpatoria que se cuestiona, el resultado se mantiene invariable. Por otra parte, discute el impugnante que en el cuadro fáctico de la sentencia se tuvo por demostrado que U. V. vendió en dos oportunidades la misma patente de licores, pero ello no puede verse como un hecho aislado y ajeno al problema que se analiza en el contexto del fallo, que, como ya se dijo, se ajusta a los razonamientos que llevaron a concluir a los jueces de la forma que consta en autos. Por todo lo expuesto se declara sin lugar el recurso presentado por el Ministerio Público.”

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 306-F de las 8,45 hrs. del 21 de junio

10.- ESTAFA - Concurso ideal con falsificación de documento y uso de documento falso.

“En el único motivo del recurso, el impugnante acusa violación de la ley sustantiva por inobservancia de los artículos 21, 75, 359 y 363 todos del Código Penal, por considerar que en el sub-júdice se trata de un concurso ideal de delitos y, no de un concurso aparente de normas, en el cual el delito de estafa subsume las figuras de la falsificación de documento privado y uso de documento falso, criterio que aplicó el Tribunal de mérito para recalificar los hechos a la primera delincuencia y condenar al imputado a seis meses de prisión.- El reclamo es atendible. En la sentencia recurrida el a quo señala que “Son varias las figuras penales que se encuentran en juego en este caso, a saber la Falsificación de documento privado, Uso de documento falso y Estafa. Sin embargo, las dos primeras fueron realizadas con el único fin de poder realizar la última figura de Estafa por lo que debe considerarse que se encuentran comprendidas dentro de esta última” [...]. Sin embargo, en la especie no se da el presupuesto necesario de aplicación del concurso aparente de normas a que alude el Tribunal de mérito, ya que este requiere que las disposiciones legales se excluyan entre sí, en cuyo caso sería aplicable una sola de ellas. El “concurso ideal significa que una sola acción u omisión realiza varios tipos penales, que no se encuentran entre sí en relación de concurso aparente de normas. Esta figura requiere, en consecuencia dos presupuestos: de un lado, la unidad de acción; de otro, que la acción (u omisión) produzca una pluralidad de lesiones jurídicas” (Castillo González, Francisco, “El concurso de delitos en el derecho penal costarricense”, San José, Litografía e imprenta LIL S.A., 1985, pág. 58). El imputado, según lo tuvo por acreditado el a quo, falsificó los recibos y “posteriormente los presentó en un Juicio de Desahucio, que le presentaron para que desocupara la casa que estaba habitando, de esa forma indujo al juez a error, con lo que al final obtuvo sus buenos beneficios pues logró que la orden de desalojo fuera revocada y habitó la casa que inicialmente pretendía comprar, sin pagar ninguna cantidad de dinero por alquiler y esto por espacio de varios años, forzando al ofendido a presentar un juicio ordinario para lograr que desalojaran al imputado y le devolviera su propiedad, juicio que fue estimado en la suma de dos millones de colones” [...], es decir que el imputado prevaleciéndose de las falsificaciones y el uso de los documentos falsos llevó al Juez Civil a incurrir en el error de aceptar tales recibos y en definitiva, revocar la orden de desalojo de la casa en mención con el consiguiente perjuicio económico para el ofendido que al final de cuentas, tuvo que asumir los costos (pérdidas) de un proceso ordinario como consecuencia del método fraudulento empleado. Como bien lo señala el a

quo, en virtud de los hechos tenidos por demostrados se constituyen los delitos de falsificación de documento privado, uso de documento falso y estafa. Sin embargo, estas acciones -en que incurrió el encartado- no son excluyentes entre sí, pues tutelan, de conformidad con nuestro ordenamiento, dos bienes jurídicos diferentes, a saber: mediante la figura de estafa se protege la propiedad; a través de la falsificación y uso de documentos falsos, la fe pública, además de que las falsificaciones, como claramente se desprende del cuadro fáctico acreditado en el fallo, fueron utilizadas con el objeto de hacer incurrir en error al Juzgador, por lo que es procedente aplicar las reglas que rigen el concurso ideal al momento de fijar la pena. Esta Sala, al tratar una situación similar, en el voto 108-F de las 8:45 del 27 de marzo de 1991, indicó que no necesariamente la existencia de un vínculo de medio a fin entre los delitos concurrentes lleva a estimar que hay un concurso aparente de ilícitos, es decir que éste deba resolverse considerando subsumido el denominado comúnmente de “pasaje”. Los argumentos que surgen en favor de esta interpretación son fácilmente comprensibles si se parte de la noción del disvalor contenido en cada norma penal. En efecto, la norma penal está prevista como un factor que reprocha conductas que el legislador estima superlativamente lesivas a terceros. De manera tal que si en un caso concreto el disvalor viene a menos, la aplicación de la norma habrá perdido todo objetivo y, en consecuencia, será inútil, cual sucede en los casos en que la conducta prevista por el tipo penal de “pasaje” está también desvalorada en el tipo penal final. Mas si en el tipo penal final no está ínsito el disvalor de aquella norma, entonces conservará su plena utilidad y aplicabilidad. En el presente asunto, como se dijo, es evidente que el delito de estafa sanciona la afectación al patrimonio ajeno, ofensa que puede ser llevada a cabo a través de medios diversos al uso de un documento falso. Por ello, mal podría estimarse que nuestro sistema jurídico penal sanciona de idéntico modo a quien valiéndose de un engaño sencillo induce en error y procura un beneficio patrimonial injusto, por una parte, y, a quien, por otra parte, logra ese engaño aprovechándose de un documento que sabe falso, lo cual facilita su tarea embelecadora y pone en mayor vulnerabilidad al sujeto pasivo, al lesionar la fe pública; es decir, otro bien jurídico tutelado, lo que excluye la subsunción. Amén de ello, sería absurdo que quien simplemente usa un documento falso esté conminado a una pena de uno a seis años de prisión; mientras que quien lo usa para una estafa menor, lo que revela mayor daño a los bienes protegidos, reciba una sanción, según la posición del recurrente, de dos meses a tres años. Aunque no es la tesis expuesta, tampoco es admisible que resulte igual el uso de un documento falso por el que se busca cualquier ventaja sencilla, al uso efectuado para

lograr un perjuicio patrimonial injusto, lo cual no es efecto necesario de aquello. (Ver los Votos números: 468-F-91 de las once horas treinta minutos del seis de setiembre de mil novecientos noventa y uno, 108-F-91 de las once horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno y, 565-F-94, de las dieciséis horas con quince minutos del doce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro). Conforme a lo expuesto debe declararse con lugar el recurso por el fondo instaurado por el Ministerio Público y casar la sentencia en lo que fue motivo de impugnación para declarar al imputado C. Ch. M. autor responsable de los delitos de falsificación de documento privado, uso de documento falso y estafa en concurso ideal, previstos y sancionados respectivamente por los artículos 359, 363 y 216 del Código Penal [...].”

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 562-F de las 9,30 hrs. del 27 de setiembre.

11.- ESTAFA PROCESAL O TRIANGULAR - Falsificación de recibos en juicio de desahucio, induciendo en error al juez.

“Como primer y único motivo de su recurso por el fondo, el encartado acusa la aplicación indebida del artículo 216 de Código Penal, por cuanto “el señor Juez que conoció y resolvió el juicio de desahucio, nunca fue engañado ni padeció error...” y, al no haber engaño no nació a la vida jurídica el delito de estafa. Como sustento a la anterior afirmación, el recurrente argumenta que de los hechos que tuvo por demostrados el a quo, del primero al cuarto, se desprende que el contrato celebrado entre imputado y ofendido, denominado en la sentencia recurrida contrato de opción, en realidad es un contrato de compraventa perfecto ya que se identifica la cosa que se vende y se establece el precio. Agrega que en el juicio de desahucio, “la alteración de los recibos no tuvo ninguna importancia..., pues esos recibos con alteración o sin ella producían el mismo resultado...” “demostraban que pagaba intereses sobre el precio no pagado...” ya que “la ocupación del inmueble no tenía como causa la mera tolerancia que falsamente invocó la parte actora sino el contrato de compraventa, cuyo incumplimiento sólo puede ventilarse por la vía ordinaria” [...]. Concluye, el acusado, afirmando que “quien trató de engañar al Juez que conoció del juicio de desahucio fue la parte ofendida” [...].- El reclamo es improcedente. En cuanto a la existencia del delito de estafa, además de estarse a lo dicho en el considerando anterior, debe entenderse como se dijo que nació a la vida jurídica y verificó sus nada deseables consecuencias, con la particularidad de que se trata de una estafa procesal, también llamada triangular, la cual cumple con todos los elementos de la figura de la estafa

común pero caracterizada por la participación de tres sujetos: el sujeto activo que se encarga de engañar, el pasivo engañado y que por error realiza el acto dispositivo y, un tercero que es el perjudicado. Es decir, que cuando se da la modalidad de la estafa procesal o triangular no se está en presencia de un delito de autolesión. Veamos, en el caso que nos ocupa: el imputado, como parte en el juicio de desahucio, engaña al Juez, induciéndolo a error mediante la presentación de recibos falsos y, a raíz de este engaño el Juzgador dicta una resolución que implica disposición del patrimonio ajeno, el patrimonio del perjudicado.- Sirva la oportunidad para aclarar los otros dos aspectos de la impugnación. Primero, del estudio de la sentencia de marras no se desprende confusión alguna en cuanto al uso de los términos de opción de compra y compraventa, para el Tribunal de mérito lo que el ofendido le entregó al acusado fue un contrato de opción de compra y no una compra-venta. Segundo, mediante prueba documental, pericial y testifical, incluyendo lo dicho por el propio imputado, quedó debidamente comprobado que los recibos fueron falsificados para ser ofrecidos en el juicio de desahucio, con el propósito de que no fuera declarado con lugar. La falsificación de los recibos se adecua a la descripción típica del artículo 359 del Código Penal, cumpliendo con todos los elementos requeridos para su configuración, independientemente de que el recurrente alegue que, “la alteración de los recibos no tuvo ninguna importancia..., pues esos recibos con alteración o sin ella producían el mismo resultado” [...]. Por su parte, el numeral 363 del Código de rito dispone: “Será reprimido con uno a seis años de prisión el que hiciere uso de un documento falso o adulterado”. De ahí se extrae, en términos generales, que la acción típica del delito aquí previsto es la de hacer uso, es decir, utilizar el documento en cualquier acto (público o privado) de acuerdo con su destino probatorio y en forma dolosa, en tanto se requiere que el autor actúe a sabiendas de la falsedad o adulteración del documento y con la voluntad de utilizarlo como tal según su finalidad probatoria. De esta forma, el delito se consuma instantáneamente con la utilización propia del documento falso o adulterado, donde por documento se entiende “la expresión de voluntad por escrito, emanada bajo forma pública o privada, de una persona física o jurídica y que puede producir efectos jurídicos en el caso de que se trata” (NUÑEZ, Ricardo: *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial., Buenos Aires, Ediciones Lerner S. R. L., 1978, págs. 475-6). Por su parte, “documento falso” es el que, a la hora de ser confeccionado, se le consignan manifestaciones que el otorgante no formuló. Con el análisis que precede queda desvirtuada la afirmación de la defensa consistente en que la acción de alterar un documento y presentarlo como prueba ante una autoridad judicial no reviste importan-

12.- ESTUPRO - Consideraciones sobre el concepto honestidad.

“En este capítulo del recurso se acusa la inobservancia, por errónea interpretación y falta de aplicación, del artículo 159 del Código Penal, porque la conducta del imputado es constitutiva del delito de Estupro, razón por la cual solicita que se le imponga la pena de dos años de prisión. Considera esta Sala que la recurrente lleva razón en su reclamo. El Tribunal de mérito consideró que la menor ofendida no era honesta al momento del hecho, porque con anterioridad ya había tenido una relación sexual con otro muchacho y además porque ella manifestó que en la escuela ya le habían enseñado lo relativo al orden sexual, sabiendo distinguir todas y cada una de las partes de las áreas genitales del hombre y de la mujer; que estaba consciente de las consecuencias de su actuación; y porque tenía la intención de quedar embarazada, para tener un hijo del imputado. Parte el Tribunal de que el concepto honestidad equivale a “inexperiencia sexual”, en el contexto del tipo penal de Estupro, y además señala que: «Debe quedar claro que del razonamiento esbozado por el Tribunal, no debe interpretarse que aseguremos que la menor R. E. H. S. sea deshonesto, sino que en la especie lo que no se configura es el elemento objetivo de honestidad, exigido para el delito de Estupro», aseveración a todas luces contradictoria, porque no se puede ser mujer honesta y deshonesto (o “no honesta”) a la vez, en los términos supuestos por el tipo penal. Para sustentar su tesis, el Tribunal a quo hace las siguientes citas doctrinales, las cuales vale la pena comentar:

«Coincide la doctrina en que la honestidad está referida, en el tipo estudiado, a la inexperiencia sexual. Mujer honesta es la sexualmente inexperta y es, por esta circunstancia, por lo que la ley reputa insuficiente el consentimiento prestado por ella para tornar ilícito al acceso carnal (...) Aunque la doctrina se remite a distintos parámetros para apreciar la vigencia de la honestidad del sujeto pasivo (recato, pudor, decoro, castidad), todos ellos tienen que referirse a la inexperiencia en lo sexual; inexperiencia que no importa desconocimiento de lo sexual, sino ausencia de experiencia en ese ámbito (no deja de ser honesta la menor a quien, en el desarrollo de su educación, se le han impartido exhaustivos conocimientos sobre la sexualidad, pero que carece de esa experiencia...» (CREUS, Carlos: Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Astrea, 4ª edición, T. I, 1993, p. 208).

También “en igual sentido” -dice el Tribunal-, se cita a los autores Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna (Código Penal y Leyes Complementarias, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª edición, 1987, p. 384). Sin embargo,

al consultarse esta obra resulta que lo que estos autores dicen no se aviene totalmente a lo señalado por Creus, sino que arrojan dudas sobre su tesis. Esto porque al referirse al sujeto pasivo del delito explican que:

«Debe ser honesta. La desfloración reciente hace presumir la honestidad, como la desfloración de antigua data presume la deshonestidad. Pero estas pautas tienen hoy poco valor. La relación por vía anal no excluye la honestidad. Pero el concepto es sumamente complejo y la honestidad debe valorarse teniendo en cuenta circunstancias de lugar (ubicación geográfica), educación y costumbres. En principio la virginidad es un concepto extraño a la honestidad.» [...].

Del mismo modo se hace cita del autor Sebastián Soler (Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 3ª edición, 9ª impresión, T. III, 1983, pp. 292 a 295), quien considera -según la lectura efectuada por esta Sala-, en síntesis, que la honestidad es “un estado moral y un modo de conducta que corresponde a ese estado” y que el Estupro es un delito que defiende la “inexperiencia sexual”. Finalmente, se cita en sentencia a los Doctores Javier Llobet Rodríguez y Juan Marcos Rivero Sánchez (Comentarios al Código Penal, San José, Editorial Juricentro, 1989, pp. 247 a 249), en tanto, luego de indicar que honestidad se toma como sinónimo de inexperiencia sexual, señalan que:

«La honestidad de la mujer es un estado de inexperiencia sexual que se manifiesta a través de la conducta. Ese estado que la ley protege, no supone sólo una total ignorancia con relación a los actos sexuales, ya que esa exigencia no sería compatible con la educación y forma de vida actuales, sino que comprende también los casos de jóvenes advertidas pero sin experiencia en las relaciones sexuales que no sean corrompidas...»

Como se puede ver, de los autores citados por el a quo, solamente Creus, Soler, Llobet y Rivero estiman que la honestidad es sinónimo de inexperiencia sexual, pues Breglia y Gauna restan valor a ese criterio, señalando incluso que la virginidad es un concepto extraño a la honestidad. Antes de tomar partido por una determinada tesis doctrinal, el juez debe hacer el esfuerzo de tratar de interpretar por sí mismo el tipo penal. En este sentido se tiene que en el artículo 159 del Código Penal “mujer honesta” es un elemento normativo socio-cultural del tipo que requiere necesariamente un juicio valorativo para su comprensión (como por cierto lo sugieren Breglia y Gauna). Para lograr esto el primer paso que debe darse es buscar cuál es el sentido común que tiene la palabra. De esta manera, resulta que la “honestidad” de una mujer resulta ser la cualidad de ser decente, decorosa, recatada o pudorosa (Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 1992,

comprensión (como por cierto lo sugieren Breglia y Gauna). Para lograr esto el primer paso que debe darse es buscar cuál es el sentido común que tiene la palabra. De esta manera, resulta que la "honestidad" de una mujer resulta ser la cualidad de ser decente, decorosa, recatada o pudorosa (Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 1992, p. 790), donde "decente" es la persona justa, que obra dignamente y es bien portada (Op. cit., p. 470); "decorosa" es la mujer que tiene decoro y pundonor, es decir honor, pureza, recato (Op. cit. p. 472); "recatada" es la persona circunspecta, cauta y modesta (Op. cit., p. 1232); y "pudorosa" se dice a la mujer llena de pudor, esto es, honestidad, modestia o recato (Op. cit., p. 1197). El mismo significado se le asigna a esta palabras en otros diccionarios comunes (cfr. Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Larousse, Bogotá, 1994 y Diccionario Enciclopédico Éxito, Grupo Editorial Océano, Barcelona, 1991). Hechas estas precisiones debe considerarse el contexto de la norma penal. En segundo lugar, se tiene que el término "mujer honesta" debe relacionarse con el acceso carnal a que se somete esta persona, aún con su consentimiento, cuando ésta es mayor de doce y menor de quince años de edad, lesionándose o poniéndose en peligro, necesariamente, el bien jurídico que pretende tutelar el tipo penal (necesariamente porque de no ser así no hay delito). De aquí se colige que la honestidad de la mujer se refiere al recato, pudor, dignidad o buen comportamiento que esta tiene desde el punto de vista sexual, y que únicamente cuando se lesiona o pone en peligro la honestidad, así entendida, puede existir un delito a raíz de un acceso carnal. Siguiendo el razonamiento en sentido contrario, significa que la ley penal admite que una mujer honesta, entre los doce y quince años de edad, bien puede consentir en tener relaciones y mantenerlas, siempre y cuando no se afecte la tutela penal (por ejemplo en el caso de las relaciones sexuales realizadas durante el matrimonio de la menor de quince años, que aun siendo anulable, puede convalidarse sin necesidad de declaratoria expresa por el hecho de no separarse los contrayentes durante un mes de que el cónyuge menor cumpla esa edad). También quiere decir que una mujer sexualmente honesta no es necesariamente aquella que es virgen o que todo lo ignora respecto al sexo. Respecto a esto último, resulta absurdo considerar que el conocimiento recibido a partir de las lecciones de educación o salud sexual, o de las clases de biología recibidas por las menores, tienen la virtud de excluir la honestidad de la persona, como parece entenderlo el a quo en relación a la aquí ofendida. Del mismo modo, resulta absurdo que el haber tenido relaciones sexuales excluya la honestidad de la menor de edad, como también lo consideró el Tribunal de mérito respecto a la menor H. R. En tercer lugar, conforme a las reglas de la experiencia, se debe considerar que la hon-

estidad sexual, por tener una vinculación directa con la evolución biológica y psicológica del individuo, adopta también modalidades diferentes en relación a las etapas de su desarrollo, dando lugar a que las maneras de afectarla como bien jurídico también difieren en función de esos períodos de desarrollo. Desde esta óptica resulta que, en términos generales, entre los doce y quince años de edad, la mujer inicia su pubertad o adolescencia y empiezan a desarrollarse en ella las condiciones biológicas que la capacitan para el matrimonio, la vida en pareja y la maternidad, al tiempo que comienza a tomar conciencia física, intelectual y moral de su sexualidad, tornándose entonces particularmente vulnerables al abuso por parte de hombres adultos que, aprovechándose de esas transformaciones físicas y psicológicas, logran incluso obtener su consentimiento para tener relaciones sexuales (sobre este tema concreto véanse las extensas consideraciones de BRUNO BONELLI, Mario: El Delito de Estupro, Buenos Aires, Ediciones Lerner pp. 97 a 99). Por todo lo que se lleva expuesto la Sala no comparte aquellos criterios doctrinales citados por el Tribunal de mérito que equiparan a la honestidad como inexperiencia sexual entendiendo esta última como la total ignorancia en materia sexual o la virginidad, pues tal criterio únicamente conduce a conclusiones sin sentido, como la de Soler cuando asevera que: «Si una muchacha ha sido objeto de violación a los catorce años y luego es seducida, difícilmente será admisible la honestidad de la víctima, porque no existirá ese desconocimiento acerca del acto que realiza, y que es el objeto mismo de la protección» (Op. cit., p. 295). Por ello la jurisprudencia ha establecido en casos análogos al presente que:

«...no es posible concluir que una mujer es deshonestas por haber mantenido relaciones sexuales con un hombre, pues ello significaría que la mayoría de las mujeres no lo sean sólo por esa razón... el delito de estupro lo que sanciona es precisamente el hecho de que un adulto haga incursionar a una menor de edad (entre 12 a 15 años de edad) en actividades sexuales, aprovechándose de su consentimiento viciado por la falta de desarrollo y experiencia en ese campo... En el delito de estupro lo que se incrimina es la denominada "estafa sexual", es decir la actitud de aquel sujeto que aprovechándose de la inexperiencia de una menor de doce a quince años, logra seducirla y así obtener su consentimiento para mantener relaciones sexuales con ella» (Sala Tercera, V-632-F de las 10:05 horas del 20 de octubre de 1995).

El anterior criterio jurisprudencial se encuentra avalado por la doctrina, pues se ha señalado que:

«La idea de honestidad puede coincidir o no con la condición de mujer virgen, pero ambos conceptos no

deben ser identificados. La honestidad se aprecia desde el punto de vista del recato, el pudor o la castidad. Por eso, no deja de ser honesta la mujer que ha sido violada, ni siquiera puede decirse que pierda siempre esa condición la que ha tenido alguna vez acceso carnal, por ese solo hecho. La honestidad debe ser estimada en cada caso, sin someterse a cánones rígidos, y apreciando la conducta de la mujer en todas sus manifestaciones, en cuanto de ella pueda resultar la condición requerida» [...], FONTAN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal Parte Especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, p. 182).

La experiencia es la "enseñanza que se adquiere con el uso, la práctica o el vivir" y entonces resulta claro que la experiencia es susceptible de medirse en grados, pues es algo que puede desarrollarse o ampliarse. Por ejemplo, cuando un sujeto toma clases de manejo y, una vez dominados los aspectos teóricos, conduce por primera vez un vehículo automotor, bajo la supervisión de un maestro, ya puede decirse de él que manejó, que tuvo la experiencia de manejar, pero no puede afirmarse que es un conductor "experimentado o experto", pues la experiencia o vivencia que ha tendido sobre la conducción de vehículos es ínfima, apenas apreciable. Volviendo al análisis que nos hemos propuesto, una mujer que antes de los quince años ha tenido una o algunas relaciones sexuales no necesariamente se convierte por ello en una persona "experimentada" en el trato sexual, pues esa mera actividad física raramente coincidirá con la madurez psicológica necesaria para mantener relaciones sexuales o disponer de su sexualidad, del mismo modo que resulta insuficiente para estimar que tal grado de madurez se ha alcanzado a partir de experiencias tan exiguas. Retomando el caso en examen, se tiene que en la sentencia se acreditaron los siguientes hechos:

«...en el transcurso de la tarde de un día del mes de octubre de 1994, el imputado E. A. E. U., aprovechando que la ofendida R. E. H. R. era amiga de una hermana suya y que visitaba la casa de sus padres ubicada en B. F. de A., le propuso que lo acompañara a una casona abandonada que se encuentra en las inmediaciones, a lo cual accedió la menor. Una vez en dicho (sic) lugar, encartado y ofendida comenzaron a besarse y abrazarse, pidiéndole el acusado que mantuviera relaciones sexuales con él, proposición que fue aceptada por la ofendida y en el acto con su consentimiento se consumó el acceso carnal por la vagina. 2.- Dichos actos sexuales se repitieron por dos veces en días posteriores de la misma semana, siempre con el consentimiento de la menor H. R. y en la misma casa abandonada. 3.- Para el momento en que se verificó

el primer acto sexual entre el encartado y la menor, ésta contaba con doce años de edad y once meses de edad (sic). 4.- Que la menor R. E. H. R., meses antes de mantener acceso carnal con el imputado E. U., había tenido relaciones sexuales, vía vaginal, con un varón, cuya identidad se ignora, y conocía perfectamente las consecuencias de su consentimiento a yacer con el acusado. 5.- El acusado no acusa juzgamientos anteriores...» (Hechos Probados de la sentencia, [...]).

Los anteriores hechos, tal como lo hace ver la impugnante, reúnen los elementos constitutivos del delito de Estupro, toda vez que el acusado, procurándose circunstancias que le permitieran estar a solas con la ofendida, se aprovechó de la falta de madurez de aquella para besarla, abrazarla y pedirle después que tuvieran relaciones sexuales, a lo que ella accedió. Si bien es cierto la menor con anterioridad había tenido una relación sexual con otro varón, tal circunstancia por sí sola no excluye su honestidad. Por el contrario, se indica en la sentencia que la intención de la ofendida era la de "quedar embarazada para tener un hijo del encartado, según ésta igual a los que tenía el justiciable dentro del matrimonio" [...], lo cual pone en evidencia que su consentimiento para yacer por tres veces con el acusado provenía de un marcado afecto hacia él, lo cual ella misma reconoció en su declaración [...] y no porque ella fuera una mujer promiscua, o falta de decoro, pudor o recato. Tal conducta del imputado es claramente dolosa, pues ninguna duda le podía caber sobre la edad y grado de madurez de la ofendida, al tiempo que lesionó el bien jurídico tutelado por el tipo penal en comentario, en vista del resultado físico (tres accesos carnales) y afectivo causado, en tanto la menor actuó motivada por el cariño que sentía hacia él y con la ilusión de ser madre de un hijo suyo. Siendo así, la conducta achacada es constitutiva de un delito de estupro, pues, conforme a la jurisprudencia de esta Sala (ver voto 106, de las 10:10 del 15 de abril de 1988), ese ilícito se consuma con el primer acceso carnal y los demás, de haberlos, no son sino actos cuyo disvalor está contenido en primero, puesto que, como delito continuo que es, la lesión al bien jurídico ya se ha agotado en aquel, el cual absorbe los actos sucesivos que en apariencia podrían configurar la misma especie típica. La conducta le es altamente reprochable al encartado, no solo por lo que se lleva dicho sino también porque, teniendo veintidós años de edad, estando casado y teniendo hijos, debió tener claro que estaba induciendo a la menor a una aventura amorosa que ningún resultado provechoso podía tener para ella y que además resultaba prematura para su corta edad. Por lo tanto debe casarse la sentencia para aplicar correctamente la ley sustantiva, declarando al imputado E. A. E. U. autor responsable de

un delito de estupro cometido en perjuicio de la menor R. E. H. R. Por ello, atendiendo a las consideraciones ya dichas sobre la reprochabilidad de la conducta delictiva acreditada, se fija la condena correspondiente en el tanto de dos años de prisión que el imputado deberá descontar, previo abono de la preventiva sufrida -si la hubiere-, conforme a los reglamentos pertinentes. Considerando que el imputado es delincuente primario, que la pena de prisión no excede de tres años, que trabaja como soldador, que es casado y tiene hijos que mantener y que razonablemente puede suponerse que se comportará correctamente sin necesidad de ejecutar la pena, de oficio la Sala de Casación considera pertinente ejercer la facultad de concederle el beneficio de ejecución condicional de la pena por el término de tres años a contar de la fecha en que esta sentencia quede firme, advirtiéndole expresamente que si durante ese período de prueba de tres años comete nuevo delito doloso sancionado con prisión mayor de seis meses, se le revocará este beneficio. Por resultar innecesario, se omite pronunciamiento sobre los otros motivos del recurso interpuesto."

1996.- SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 244-F de las 9,45 hrs. del 17 de mayo.

13.- EXTORSION - Momento de consumación - Acción que pone en peligro libertad de disposición patrimonial.

"En el segundo motivo, se argumenta inobservancia de los artículos 24, 71, 73 y 214 del Código Penal, acotando que la acción de P. T. quedó en grado de tentativa, porque la disposición patrimonial exigida por el tipo penal de Extorsión no se llevó a cabo, al ser sorprendidos los encartados en el acto mismo de recibir el dinero, por lo que no se dio la disposición patrimonial que supone el tipo penal. El reclamo es atendible. Conforme a nuestro Código Penal, incurre en el delito de Extorsión simple: «...el que para procurar un lucro injusto obligare a otro con intimidación o con amenazas graves a tomar una disposición patrimonial perjudicial para sí mismo o para un tercero» (artículo 214). Como se puede apreciar, el núcleo de la acción típica (obligar) tiene por finalidad procurar un lucro injusto, y los medios de los cuales se sirve el autor consisten en la "intimidación" o "amenaza grave" con la cual se quiere determinar al sujeto pasivo a tomar la "disposición patrimonial perjudicial para sí mismo o para un tercero". En este contexto, la palabra procurar significa -en su acepción común- "hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa" (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid, 1992, pág. 1185). Otros diccionarios comunes definen la palabra en términos idénticos, señalando que procurar consiste en "hacer diligencias o

esfuerzos para conseguir lo que se desea" (Diccionario Enciclopédico Éxito, España, Grupo Editorial Océano, Vol. 4, 1991) al tiempo que se le señala como sinónimo de intentar (véase el Pequeño Larousse Ilustrado, Colombia, 1994, pág. 841) o de pretender, tratar, probar, gestionar, negociar, diligenciar, ensayar, proponer, encaminar, mediar, pesquisar, comerciar (véase el Diccionario de Sinónimos y Antónimos, España, Grupo Editorial Océano, así como el Diccionario de Sinónimos Castellanos, Argentina, Editorial Sopena, 1961, pág. 203). A partir de estas apreciaciones, debe considerarse que el delito de Extorsión se consuma al momento en que el sujeto pasivo -obligado por la intimidación o amenaza- toma la disposición patrimonial perjudicial, que es el objetivo mediante el cual procura, intenta o trata de conseguir un lucro injusto el autor con su conducta, sin que entonces sea necesario -a efecto de estimarse consumado el delito- que se verifique o realice efectivamente el lucro injusto. Esto así, porque en el tipo penal la palabra tomar significa adoptar, poner por obra, o emprender la disposición patrimonial, lo cual puede corroborarse consultando la voz respectiva en los diccionarios supracitados. Varios autores -incluso costarricenses- señalan que la disposición patrimonial debe verificarse para que pueda estimarse consumado el delito. Así, por ejemplo, el Dr. Francisco Castillo González, citado por el recurrente, señala que la Extorsión es un delito de resultado que condiciona su consumación al acacimiento de un perjuicio o daño patrimonial (cfr. su obra El Delito de Extorsión, San José, Seletex Editores, 1991, págs. 93 a 99). Otros autores, particularmente los argentinos, también exigen la realización de la disposición patrimonial como condición para que se consume el delito, esto es, que el delito se consuma cuando el sujeto pasivo se ha desahogado de la cosa (cfr. CREUS, Carlos: Derecho Penal Parte Especial, t. I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, págs. 472 a 473; FONTAN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 10ª ed., págs. 472 a 473; NÚÑEZ, Ricardo: Manual de Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1978, pág. 231). Se entiende que la posibilidad de poner en peligro o de lesionar el bien jurídico tutelado es un requisito de la tipicidad, aunque no esté expresamente enunciado en el artículo 214 del Código Penal. En una sociedad democrática, respetuosa de los derechos humanos, debe considerarse que el llamado principio de lesividad está implícito en el tipo penal, lo cual reconocen tanto la doctrina mayoritaria como nuestra jurisprudencia, ya que sólo se sancionan penalmente conductas que afecten significativamente un bien jurídico, esto es, aquella relación de disponibilidad entre un sujeto y un objeto de protección suyo, calificado como importante por la ley penal (cfr. BUSTOS

RAMÍREZ, Juan: Principios Fundamentales de un Derecho Penal Democrático, en "Ciencias Penales", N° 8, marzo de 1994, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, págs. 12 a 14; y CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo y otro: Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal, San José, ILANUD, 1991, págs. 40 a 43). En el caso de la Extorsión, se tutela la libre disposición del patrimonio contra una conducta que la afecta injustamente, es decir, la conducta afecta tanto la libertad como el patrimonio suyo o de un tercero. Hechas estas consideraciones, resulta que en este caso se acreditó que al ofendido J. R. C. le fue sustraído su vehículo, el cual había dejado estacionado frente a la Facultad de Medicina de la Universidad de Costa Rica. A partir del día siguiente fue llamado varias veces por un sujeto no identificado quien le exigió cien mil colones a cambio de devolverle el vehículo, citándole una primera oportunidad en que no se concretó nada. En estas primeras conversaciones telefónicas, el sujeto no identificado le manifestó al ofendido que él sabía donde estaba el auto que le habían sustraído, que sabía su dirección, el número de denuncia, y que tenía una hija. El ofendido le dijo que lo llamara al teléfono de su señora madre y el sujeto desconocido le contestó que conocía ese número telefónico y el de su trabajo, y que se abstuviera de hacer llamadas prolongadas porque concluirían que estaba contactando con la policía. En otra llamada le advirtieron que iban a verificar si había hecho algún contacto con la policía. A la primera cita compareció un hermano (J. R. C.) del ofendido en su representación, mientras que este último y miembros de la policía, se encontraban cerca del lugar simulando reparar el vehículo en que viajaban, pero -como se dijo antes- nada se pudo concretar en esa oportunidad. Ese mismo día el ofendido recibió una nueva llamada telefónica a la casa de su madre, en la que se le indicó que le iban a dar una segunda oportunidad. A esta cita se presentó nuevamente el hermano del ofendido, haciéndose acompañar de su padre, para realizar la entrega del dinero, mientras el ofendido viajaba en otro vehículo junto a tres policías. J. R. C. se presentó al lugar y seguidamente llegaron los encartados en un taxi pirata con la intención de recoger el dinero, pero al darse cuenta de que estaban siendo vigilados trataron de huir del lugar, momento en el cual fueron detenidos por las autoridades. Como puede apreciarse, el contenido de las manifestaciones recibidas por teléfono -concretamente el claro conocimiento que se tenía de la vida personal del ofendido y los suyos-, en el contexto de la sustracción del vehículo, son circunstancias que evidencian cómo el ofendido fue víctima de una clara y manifiesta intimidación por parte de los autores, la cual es idónea para obligar a una persona común a tomar la disposición patrimonial impuesta a cambio de

la supuesta devolución del vehículo y, en consecuencia, tal acción de los encartados puso en notorio peligro la libertad de disposición patrimonial del ofendido. El hecho de que el ofendido no se viera despojado de los cien mil colones y de que los extorsionadores fueran capturados por la policía cuando intentaron recibir el dinero, excluye la consumación de este delito, pero deja incólume la responsabilidad penal que les corresponde en grado de tentativa. Resultaría absurdo que el valor mostrado por el ofendido y su hermano al contribuir con la policía a la captura de los encartados pudiera favorecer a estos últimos, pues lo cierto es que realizaron una conducta que puso en peligro el bien jurídico tutelado, sin que medie causa alguna que excluya la antijuridicidad y culpabilidad de la acción. Por todo lo expuesto se declara con lugar el reclamo, únicamente para recalificar la conducta de los encartados a TENTATIVA DE EXTORSIÓN. La defensa solicita en su recurso que la pena sea disminuida al mínimo de dos años de prisión, sin embargo tal petición no es atendible en vista de que esta Sala comparte las razones dadas por el a quo para fijar la pena de los encartados, ya que estas son justas, graves y excluyen la posibilidad de que se disminuya la pena a juicio de los suscritos, conforme a la facultad discrecional que establece el artículo 73 del Código Penal."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 556-F de las 8,55 hrs. del 27 de setiembre.

14.- PECULADO - Admisión de la tentativa - Consumación por haber sacado los bienes de la esfera de custodia.

"En el único motivo del recurso por violación de leyes sustantivas se reclama la errónea aplicación del artículo 352 del Código Penal por cuanto el tribunal de mérito no individualiza conductas ni establece si se trata de un delito consumado (Peculado) o en estado de tentativa. Igualmente se afirma que los jueces confunden los conceptos "sustrajere" y "distrajere" utilizados en el respectivo tipo penal. Finaliza el impugnante alegando que no se demostró que sus defendidos hubiesen actuado en forma dolosa, distrayendo dineros que no eran suyos, sino que no se les permitió terminar con su labor del día. El reproche no puede ser atendido. En primer término se pretende modificar el cuadro fáctico del fallo, lo que ya por sí hace defectuoso el reparo al exceder los límites del contralor impuestos en esta vía. Pero a mayor abundamiento también es importante señalar que en el presente caso no era indispensable la individualización que se recrimina de las conductas investigadas, puesto que resulta obvio que ambos imputados tenían el codominio del hecho y adecuaban su comportamiento a los actos e intereses ilegítimos en que fueron descubiertos. Por otra

parte, la circunstancia de que el curso causal del ilícito hubiese sido interrumpido cuando se les sorprendió sin que pudiesen disponer de los dineros que habían recaudado (lo que habían hecho conforme al ejercicio de sus atribuciones), no elimina la conducta dolosa configurada ni cabe la posibilidad de encontrarse ante un delito en grado de tentativa (la que efectivamente admite el delito de Peculado), ya que en este caso se demostró que los bienes habían salido de la esfera de custodia correspondiente, conforme a las características propias del tipo penal que se discute, sin que tenga mayor relevancia en el subjúdice hacer alguna diferencia entre "sustraer" o "distraer". Por todo lo expuesto, se declara sin lugar este último aspecto del recurso."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 334-F de las 8,50 hrs. del 5 de julio.

15.- PENA - Obligación de respetar el principio de proporcionalidad y necesaria motivación.

"El presente recurso de revisión se presenta con base en la causal sexta del artículo 490 del Código de Procedimientos Penales (relativa a la violación del debido proceso) por cuanto al sentenciado E. M. A. se le impuso cinco años de prisión como coautor del delito de Tentativa de Robo Simple en perjuicio de J. A. M. A., no obstante que su participación fue menor que la de J. A. M. A. [sic] a quien se le impuso solamente tres años de prisión. Efectivamente, lleva razón el recurrente, pues se observa en el considerando I, hechos 9 a 11 de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cartago a las 14:50 horas del 16 de marzo de 1990 [...], que mientras el sentenciado M. A. vigilaba la vivienda de dicho ofendido en Santa Cruz de Turrialba y el otro co-sentenciado A. S. ejercía violencia sobre la puerta principal, fueron descubiertos por el señor M. G. V. Igualmente se aprecia en el considerando IV [...] y en la parte dispositiva del fallo que al momento de fijar las penas, sin fundamentación alguna, impuso al recurrente una pena mayor (cinco años de prisión) mientras que al otro sentenciado le impuso tres años de prisión. Desde luego esta desigualdad en las penas violenta el principio de proporcionalidad. Este, como lo sostiene la Sala Constitucional al ser consultada (ver voto 1953 de las 12:03 minutos del 26 de abril de 1996), "forma parte de las reglas del debido proceso" [...]. La imposición de toda pena debe ser objeto de una adecuada fundamentación como reiteradamente lo han sostenido la jurisprudencia tanto de aquella como de esta Sala. Obviamente, en un caso como el presente si se impuso una pena mayor no obstante la similitud de la actividad ilícita, debió el Tribunal de mérito justificarla de modo adecuado. En criterio de esta Sala, el principio referido encuentra

soporte constitucional especialmente en el artículo 33 (igualdad ante la ley). Sin embargo es una derivación del orden penal democrático cuyo sentido programático-ideológico es el Estado Social de Derecho. El reconocimiento de este principio ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina, no obstante que en nuestro país ya está reconocido por la Sala Constitucional. Otros dos principios que complementan el anterior son el de legalidad y el de motivación de los fallos. En virtud del primero se garantiza la protección del ciudadano contra el ejercicio y la extensión arbitrarios del poder penal estatal: "Significa que sólo una ley escrita puede fundamentar la punibilidad de una acción y amenazar con una pena como consecuencia jurídica ("nullum crimen, nulla poena sine lege scripta")" (JOHANNES WESSELS "Derecho Penal, Parte General", Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1980, p.13). De esta manera quedan prohibidas las interpretaciones analógicas o contrarias a los derechos fundamentales del imputado. Toda interpretación relativa a la aplicación de una pena debe ser siempre restrictiva. Como señala el profesor ENRIQUE BACIGALUPO, en virtud de este principio se "garantiza la objetividad del juicio de los tribunales, pues sólo con la distancia de una ley previa es posible un enjuiciamiento objetivo de los hechos" ("Principios del Derecho Penal", AKAL, 1990, p.35). Asimismo se deriva otra importante consecuencia como lo es la adecuación (cualitativa, cuantitativa e individualización del imputado) que orienta la fijación correcta y justa de la pena para evitar el desborde del orden constitucional-penal, es decir, el problema de la legitimidad de la sanción. No pueden los jueces pues en vista de tales principios imponer sanciones contrarias a los fines perseguidos por la justicia penal utilizando criterios que estén fuera de aquellos límites objetivos (por ejemplo razones ideológicas, religiosas, presiones sociales, etc.). En cuanto a la motivación la cuestión ha sido dilucidada por nuestra jurisprudencia, sobre todo a partir del voto N° 1739 de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992 de la Sala Constitucional y de los reiterados pronunciamientos de esta Sala, sobre todo en lo que concierne a la obligación ineludible de fundamentar cualquier pena impuesta, lo que implica tomar en cuenta todas las circunstancias a que se refiere el artículo 71 del Código Penal. No deben entonces los jueces establecer (sanciones pecuniarias o de prisión) con criterios meramente subjetivos, toda vez que la "discrecionalidad" de que gozan no es absoluta sino relativa, puesto que ésta queda sujeta a aquellos límites y principios. En el presente caso, es evidente que se han violado dos principios esenciales: proporcionalidad y necesaria motivación, razón por la cual debe acogerse este recurso."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 383-F de las 9,15 hrs. del 26 de julio.

16.- PERDON DE LA OFENDIDA - Posibilidad de dictar sobreseimiento en el delito de estupro interpretando adecuadamente la reforma al Código Penal de 1975.

“En único aparte, reclama errónea aplicación del artículo 159 e inobservancia de los numerales 162, 80 y 81 todos del Código Penal, en relación con el 357 del Código Procesal de la materia, pues a su juicio, el a-quo dictó sentencia condenatoria incorrectamente, porque lo que correspondía era sobreseer conforme al perdón de la ofendida y su representante legal otorgados en el debate, con extinción de la pena como consecuencia inmediata. El motivo resulta procedente. Ahora bien, analizados los argumentos esgrimidos en el presente caso, se aprecia que la sentencia impugnada tuvo como efecto la extinción de la pena por aplicación del perdón judicial; sin embargo, como bien lo señala quien recurre, las razones dadas por el Tribunal para rechazar la solicitud de la defensa tendientes a lograr se dictara sentencia de sobreseimiento no resultan apropiadas, ya que la circunstancia de que el delito de estupro fuese perdonado en la audiencia de debate, no constituye razón por la que no procediera ordenar sobreseer en pro de sus intereses. El perdón de la ofendida y su representante legal -en tratándose del delito de estupro,- pueden tener como efecto la posibilidad de extinguir la pena, pues la legislación penal vigente faculta el otorgamiento -por parte del Juzgador- de perdonar judicialmente al condenado conforme lo dispuesto en el artículo 93 inciso 7) del Código Penal, como ha ocurrido en este caso. En otro orden de cosas, se observa que el artículo 162 del Código ibídem, dispone en su párrafo primero que: “En el delito de Estupro cabrá el perdón conforme con lo que establece el artículo 81, siempre que sea aprobado por el Patronato Nacional de la Infancia”. Ahora bien, originalmente el artículo 81 del Código Penal estimaba al estupro como un delito de acción privada y admitía el perdón del ofendido y su representante legal como un supuesto de extinción de pena condicionado a la autorización del Patronato Nacional de la Infancia, lo que resultaba compatible con lo contemplado en el artículo 93 citado. Sin embargo, actualmente con la reforma efectuada al Código Penal el 28 de julio de 1975 que -en lo conducente- reformó el artículo 81, agregó el 81 bis y estableció los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada -incluyendo entre ellos el delito de estupro-, definió que en ellos una vez interpuesta la denuncia por la persona legitimada al efecto, el Ministerio Público continúa en ejercicio de la acción penal, pero inadecuadamente al no hacer la salvedad correspondiente, equiparó el perdón del ofendido -en cuanto al delito de estupro- con el perdón otorgado en los delitos de acción privada. En efecto, el

ordenamiento jurídico analizado en forma integralmente desde la promulgación del Código Penal vigente, dispuso de manera expresa en el artículo 80, que el ofendido en los delitos de acción privada es quien ejercita la acción penal, por lo que mediante su perdón, se autoriza para extinguir tanto acción penal como pena y sin embargo, en forma expresa excluyó el delito de Estupro, pues consideró necesario el Legislador para tutelar los intereses de menores, la participación del juez y del Patronato Nacional de la Infancia, lo que resultaba acorde inclusive con el contenido del artículo 162, en cuanto establecía que en tratándose del delito de estupro -aunque fuera de acción privada- el perdón de la ofendida operaría condicionado a las regulaciones contenidas en el artículo 81, -excluyendo lo dispuesto por el 80,- pues cabría el perdón en el delito de estupro, conforme lo ordena el artículo 81. En efecto, obsérvese que hasta esta fecha el contenido de los artículos 80 y 93 se ha mantenido invariable no obstante la reforma parcial de 1975, apreciándose que la decisión legislativa crea antinomia en la normativa respecto a los alcances del perdón en el delito de Estupro, pues con la remisión del artículo 162 al 81 -ambos del Código Penal- e interpretando la Ley en favor de los intereses del encartado, se debe estimar de manera automática que si el ofendido o sus representantes legales perdonan al imputado en cualquier estado del proceso, se debe disponer en forma inmediata, el sobreseimiento correspondiente. Así las cosas, por un error en la reforma incompleta realizada al Código Penal -según se apuntó antes,- la citada remisión implica que el perdón de la ofendida en el delito de estupro, reviste amplia disponibilidad sobre el ejercicio del accionar penal que posee el querellante, en tratándose de un delito de acción privada. En consecuencia, corresponde declarar con lugar el recurso por el fondo, casar la sentencia y -sobre la base fáctica contenida en la resolución recurrida- apreciándose que la perjudicada y su padre perdonaron al encartado, de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 162, 80 y 81 del Código Penal en relación con los artículos 320 y 357 del Código Procesal de la materia, se dispone sobreseer a favor de N. B. C. por el delito de Estupro que se le ha venido atribuyendo en daño de K. M. G. V.”

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 329-F de las 9,50 hrs. del 28 de junio.

17.- ROBO - Disponibilidad como elemento determinante para la consumación.

“Como único agravio del recurso por vicios in iudicando interpuesto por el Lic. M. Ch. P. en defensa del imputado V. A. W., se acusa la inobservancia del artículo 24 del Código Penal, por cuanto estima que en este caso

no se consumó el delito de Robo Agravado, quedando el hecho en estado de tentativa, según el correcto entendimiento de la jurisprudencia de esta Sala de Casación, para lo cual cita concretamente la resolución V-519-F de las 10:50 horas del 6 de setiembre de 1995, que se refiere a la cuestión de la tentativa y consumación en este delito. Señala la defensa que "no es un secreto que a raíz de tal resolución se ha mal interpretado el verdadero sentido de la tentativa, casi al punto de llegar a extinguirla o creer que fue extinguida", señalando que en el presente caso el imputado no llegó a tener disponibilidad sobre los bienes sustraídos, pues fue detenido en flagrancia, razón por la cual solicita que se recalifique la conducta a Tentativa de Robo Agravado y que se le conceda al encartado el beneficio de ejecución condicional de la pena. A efecto de resolver este reclamo es menester considerar los hechos acreditados por el a quo, que aquí se transcriben:«

1.- El diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y cinco, cerca de las catorce horas, R. J. J. se encontraba en la casa de su madrina, sita frente a la gasolinera M. de esta ciudad. Departía con varias personas en la planta alta de la vivienda cuando escuchó un ruido en la planta baja e inmediatamente observó que W. D. pasaba de prisa por un zaguán (sic) con dirección a la puerta principal de salida transportando una caja con una batidora marca Oster y otra incompleta marca Mix Master dentro, que sustrajo del cuarto de su madrina. 2.- J. J. enfrentó a W. D. a golpes; forcejaron, al punto de rodar por las escaleras y el acusado logró huir pero J. lo persiguió setenta y cinco metros hasta la estación ferroviaria de El Cruce donde se encontraba el guarda P. A. A. quien vio persecución (sic), vio al acusado con una caja al hombro sostenida por una mano y reconoció al ofendido como el perseguidor; bajó del andén de vagón ferroviario y ayudó al ofendido. Producto de la pelea y persecución del encartado, el ofendido resultó con lesiones en codos, lado derecho de tórax y región mamaria. 3.- Para poder detener al imputado fue necesario que el guarda de la estación ferroviaria realizara tres disparos al aire con su arma de reglamento. Fue así como se realizó la detención y la recuperación de los bienes. 4.- Para ingresar a la vivienda, el encartado subió al techo de otra vivienda contigua y abandonada, dobló los barrotes de la berja (sic) protectora de la ventana, abriendo un espacio necesario por donde logró ingresar y caer a la primera planta. 5.- Los bienes sustraídos fueron valorados en la suma dos mil quinientos colones...» [...]. En la resolución de esta Sala, que se cita como antecedente jurisprudencial, se hace uso de la llamada "teoría de la disponibilidad" como criterio para establecer cuándo debe tenerse por consumado el delito de Robo. La misma teoría ha sido utilizada con posterioridad (véase por ejemplo la resolución V-185-

F de las 9:15 horas del 26 de abril de 1996) y si ha provocado confusión sobre el tema -como lo asevera el impugnante- resulta adecuado intentar aclarar su funcionamiento. El tipo penal de Robo simple dispone que: "El que se apodereare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, será reprimido con las siguientes penas..." (artículo 212 del Código Penal). Resulta claro que en este tipo penal (al igual que en el Hurto) el núcleo de la acción es el "apoderamiento", entendido como "la acción y efecto de apoderar o apoderarse" (Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, Espasa Calpe S.A., 1992, pág. 119). En la primer sentencia citada, V-519-F de 1995, entre otras cosas, se indican cuales son los sentidos que históricamente se han asignado al concepto de apoderamiento: el tocar (adtrectare), mover (amotio), quitar la cosa de la esfera de custodia de la víctima (ablatio), ponerla en lugar seguro (illatio), criterios que han sido empleados para determinar cuando se tiene por cometido el delito, de modo que según se adopte uno u otro, la tentativa se desplaza al momento inmediato anterior. Sin embargo esta Sala ha considerado que el hecho de apoderarse de una cosa mueble no se reduce simplemente a tocarla o moverla o quitarla de la esfera de custodia de la víctima o ponerla en un lugar seguro, pues el sentido común que se asigna a la palabra apoderarse es el de "hacerse alguien... dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder" (Real Academia Española: Op. cit., pág. 119). Que el autor de este delito se "apodere" de la cosa implica necesariamente que el ofendido se vea desapoderado de ella, pues solamente así se lesiona el concreto bien jurídico tutelado en esa norma (a saber, la posibilidad exclusiva de realizar actos materiales de disposición sobre la cosa que se posee o tiene). Hay "desapoderamiento" cuando el autor logra "desposeer, despojar a alguien de lo que tenía o de aquello de que se había apoderado" (Real Academia Española, Op. cit., pág. 489), es decir, hay apoderamiento y desapoderamiento cuando la acción del agente impide que el ofendido ejerza sobre la misma sus poderes de disposición o hacer efectivas sus facultades sobre la cosa, porque ahora es el autor quien puede someter la cosa al propio poder de disposición. Por eso esta Sala, considerando el bien jurídico tutelado, alude al criterio o teoría de la "disponibilidad" para determinar la consumación del delito cuando el autor logra colocar la cosa mueble en orden o situación o condición conveniente para deliberar, determinar o mandar libremente lo que ha de hacerse con ella, ya sea ejercer facultades de dominio, enajenarla, gravarla, poseerla o disfrutarla (cfr. las voces disponer y disponibilidad en Real Academia Española: Op. cit., pág. 539). De lo que se lleva expuesto resulta oportuno insistir en que no basta con el apoderamiento material para que

se configure el delito sino que es necesario que se opere el desapoderamiento: si el sujeto pasivo, luego de que el agente se apodera de la cosa, conserva alguna posibilidad de disponer de la cosa, quiere decir que ésta no ha sido sacada de su dominio y que, por lo tanto, no se ha consumado el desapoderamiento. Por ello es que en la resolución citada por el recurrente se dice que, de acuerdo a esta teoría, en la dinámica de los delitos de Hurto y Robo pueden distinguirse hipotéticamente tres estadios de ejecución conforme a la teoría del delito: i) el iniciar la ejecución del delito sin llegar a apoderarse de la cosa (tentativa); ii) el apoderamiento material de la cosa sin que de el desapoderamiento -lo que excluye la disponibilidad-, porque se sorprende in fraganti al autor al momento en que se apodera de la cosa o -sin solución de continuidad- se le persigue ininterrumpidamente por parte de la fuerza pública, el ofendido o un grupo de personas, y se le detiene, recuperando íntegramente la totalidad de los bienes (delito frustrado); y iii) el apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa, aunque sea momentánea (delito consumado). En el presente caso, aunque el imputado V. A. W. D. se apoderó de los bienes ajenos supra indicados, lo cierto es que no logró desapoderar de aquellos a la madrina de R. W. J. J., pues fue sorprendido y enfrentado por este último al momento del apoderamiento, siendo perseguido, sin solución de continuidad, por J. y por P. A. A., quienes lograron detenerlo, impidiéndole la posibilidad de determinar libremente como colocar o poner a su conveniencia los bienes sustraídos, ya que no pudo superar la oposición y legítima defensa de aquellos. Por lo tanto, debe convenirse con la defensa en que el delito de Robo agravado no se consumó por causas independientes al agente, pero advirtiendo que sí se puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma y que la conducta del encartado es reprochable penalmente a título de tentativa."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 348-F de las 14,25 hrs. del 18 de julio.

18.- ROBO AGRAVADO - Uso de arma - Análisis sobre distintos tipos de armas.

"Como único agravio del recurso por vicios in procedendo interpuesto por la Licda. V. E. S. Ch. en favor del imputado R. G. R. F., se acusa la inobservancia de los artículos 39 de la Constitución Política, 1, 106, 393 y 400 inciso 4° del Código de Procedimientos Penales, por violación a las reglas de la sana crítica racional al concluirse que los tres autores del hecho utilizaron una verdadera arma de fuego, ya que no existe ninguna prueba que permita hacer tal aseveración con certeza, de modo que pudo tratarse de un arma de juguete o instrumento inidóneo para atentar contra la integridad física de las

víctimas, razón por la cual solicita que se declare la nulidad de la sentencia y que se ordene el reenvío para una nueva sustanciación.- Considera esta Sala que el reclamo no es atendible. Si bien el Tribunal de mérito concluyó que el "arma" utilizada por los tres autores era verdadera apoyándose únicamente en las reglas de la experiencia (ya que aquélla no se tuvo a la vista ni fue analizada pericialmente), lo cierto es que, para este caso concreto, el hecho de que tal instrumento fuera hipotéticamente de juguete o inidóneo para atentar contra la vida de los señores J. L. M. S. y F. M. S. O. no tiene la relevancia que pretende la defensa, pues estos dos testigos señalaron claramente haber sido encañonados con esa "arma" por parte de los autores y que fue tal circunstancia la que los indujo a no enfrentarlos u oponer resistencia a la sustracción del vehículo. Resulta evidente que los dos testigos percibieron aquel instrumento como una verdadera "arma de fuego" y en este punto debe tenerse presente que la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que:

«si el arma en sentido propio presenta dificultades en su mecanismo, las que no descartan la posibilidad de que funcione, su uso califica el robo, ya que la mera probabilidad de su efectividad es suficiente para entenderlo así. También configuran la agravante: a) el arma descargada, pero apta para disparar; b) las conductas de simular un arma (como quien apunta con una lapicera a la nuca del taxista asaltado o usa una pistola de juguete); y c) el arma descompuesta, cuando en estos tres casos el objeto alcanza poder intimidatorio contra la persona ofendida, es decir cuando la persona robada percibe el objeto como idóneo para ejercer violencia efectiva contra su persona, pues en relación a estas tres hipótesis debe tenerse presente que el tipo no exige como necesaria la acción efectiva del arma, sino que sanciona su utilización como mecanismo de violencia contra el ofendido, la cual ya se realiza con la intimidación o temor que provoca (que la víctima cree real y mediante la cual se logra vencer su voluntad para apoderarse ilegítimamente de la cosa), que es el elemento del tipo buscado y conocido por el autor para facilitar el apoderamiento en este delito... También existe la agravante tratándose de armas de aire comprimido» ([...], Sala Tercera, V-179-F de las 9:55 horas del 23 de abril de 1993, véanse además las consideraciones que se hacen en esa resolución, en cuanto al concepto y uso de armas, el dolo y la consumación del apoderamiento, así como las particularidades de nuestra legislación frente a la argentina y su doctrina).

En casos como el presente sería absurdo esperar que los ofendidos, por sus condiciones personales, pu-

dieran discernir si el arma con que se les encañonó era de juguete o verdadera, o sus características específicas, o si estaba cargada, descargada o si tenía aptitud funcional para disparar la munición. Para el presente caso lo relevante es que se dio crédito a los testigos cuando señalaron que fueron encañonados con una pistola pequeña y de color negro para vencer su resistencia al desapoderamiento del vehículo, resultando evidente que aquellos creyeron que era realmente un arma de fuego y que sus vidas o integridad personal corrían peligro, lo cual resulta ser suficiente -junto a las demás circunstancias de modo, tiempo y lugar acreditadas- para juzgar la conducta de los tres autores del hecho."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 360-F de las 15,30 hrs. del 18 de julio.

19.- ROBO AGRAVADO Y VIOLACION DE DOMICILIO - Inexistencia de concurso ideal.

"El recurrente aduce, desde diversos puntos de vista, que no está demostrado que el reo A. S. haya ingresado a la vivienda de la ofendida con ánimo de violar el domicilio, ni que haya estado en su mente la idea de cometer un robo. Además indica expresamente que de acuerdo con el cuadro fáctico de la sentencia impugnada el Tribunal de juicio debió haber absuelto al justiciable por el delito de Violación de Domicilio, aplicando los artículos 1, 30 y 31 del Código Penal. El alegato debe acogerse parcialmente. Buena parte de los reproches se fundamentan en un nuevo análisis probatorio, en particular de la declaración del imputado A. S., lo cual torna improcedentes esos extremos, ya que, tal y como se ha indicado reiteradamente, "...a través del recurso por el fondo sólo se puede intentar una revaloración jurídica del material fáctico establecido en la sentencia, quedando excluido de él todo lo que se refiera a la valoración de los elementos de prueba y a la determinación de los hechos" (ver, por todos, voto 262-F-92, de las 8:55 horas del 26 de junio de 1992). Sin embargo, lleva razón el recurrente en cuanto estima que la calificación jurídica asignada al cuadro fáctico resulta -en parte- defectuosa. Es obvio que en el presente caso no se ha configurado un concurso ideal de delitos entre la supuesta Violación de Domicilio y el Robo Agravado (sustracción de dinero mediante ataque a mano armada), puesto que, de acuerdo con lo indicado en el propio fallo, el imputado A. S. ingresó a la vivienda de la ofendida "para cometer la sustracción de bienes, como en efecto lo hizo." [...]. Desde este punto de vista, es indudable que el ingreso clandestino a dicha morada fue el paso necesario que utilizó el justiciable para cometer el apoderamiento ilegítimo que se tuvo por acreditado en el fallo, de modo que, a la luz de las etapas propias del

"iter criminis" y tomando en cuenta la naturaleza del tipo subjetivo de los delitos examinados, hay que concluir que el ingreso a la vivienda de la ofendida constituye solamente un acto de ejecución dirigido a consumir el ilícito propuesto, es decir, el Robo Agravado, por lo que no se trata de un concurso ideal de delitos, como lo consideró erróneamente el Tribunal de mérito. Lo anterior no significa que para cometer el delito de robo a mano armada se requiera en todos los casos ingresar a un domicilio ajeno, pero se quiere resaltar que dicha circunstancia sí era necesaria en la especie, debiendo estarnos a las consecuencias del dolo directo con que actuó el encartado. En cuanto a la materia que interesa, pueden consultarse entre otros los votos 240-F-91 de las 8:55 horas del 7 de junio de 1991 y 460-F-91 de las 8:55 horas del 30 de agosto de 1991; en los cuales consta la tesis que, por mayoría, ha venido sosteniendo la Sala respecto a hechos similares. Por ende, de conformidad con lo expuesto, procede acoger parcialmente el reclamo, por lo que, resolviendo el fondo del asunto, se debe casar la sentencia impugnada en cuanto se relaciona con el delito de Violación de Domicilio, calificándose los hechos como constitutivos únicamente del delito de Robo Agravado."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 535-F de las 9,10 hrs. del 20 de setiembre.

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO GONZALEZ ALVAREZ

I°.- Me permito disentir del criterio de la mayoría en cuanto estima que el delito de robo desplaza al de violación de domicilio en un caso como el presente, pues comparto la tesis sustentada por los jueces de instancia al calificar los hechos probados como constitutivos del delito de robo y violación de domicilio en concurso ideal.

II°.- Para tales efectos, me permito reiterar las razones que expuse por separado en la resolución 460-F de 8:55 hrs. del 30 de agosto de 1991, las cuales se ajustan al presente caso: "...el delito de violación de domicilio previsto en el artículo 204 del Código Penal no requiere de un dolo específico dirigido a perturbar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores de la habitación o casa de negocios invadida, de manera que quien penetra a una vivienda o casa de negocios ajena puede perturbar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores del inmueble, aunque ese no haya sido su objetivo directo y específico. El dolo específico se exige únicamente cuando el tipo penal en forma expresa lo requiere, es decir cuando el legislador señala en el tipo penal que para la realización de esa concreta figura delictiva es necesario que el sujeto activo se motive en específicas razones, como ocurre por ejemplo en los delitos de aborto honoris causa donde la norma exige en forma expresa que la acción

hubiere sido realizada "para ocultar la deshonra de la mujer" (art. 120 del Código Penal), o en el rapto propio, cuando se exige que la sustracción de la mujer se realice "con fines libidinosos" (art. 163 del Código Penal), o en el hurto de uso cuando se señala que el delito se configura al tomarse la cosa ajena "con el único fin de hacer uso momentáneo de ella", etcétera. La doctrina denomina a éstos como elementos subjetivos del tipo distintos al dolo, presentes en los llamados tipos asimétricos (ZAFFARONI, E.R. Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, 1988, sexta edición, pp. 421 ss.). El delito de violación de domicilio contenido en nuestro Código Penal no es un tipo asimétrico porque no exige para su configuración elementos subjetivos distintos al dolo, y el dolo consiste simplemente en querer el resultado o preverlo al menos como posible. En consecuencia, aquel que penetre a una casa de habitación o casa de negocios ajena, en contra de la voluntad de quien tendría derecho a excluirlo, podría cometer el delito de violación de domicilio aunque su motivación concreta para penetrar no hubiere sido el perturbar o lesionar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores del inmueble, porque el tipo penal no exige en forma particular esa finalidad como un elemento subjetivo distinto del dolo. Para tales efectos deben distinguirse en forma clara el dolo y las concretas motivaciones del sujeto para realizar el hecho punible. En muchos casos esas motivaciones coinciden con el dolo, pero en otros no. En consecuencia, un sujeto puede cometer el delito de violación de domicilio motivado en muy diferentes situaciones. Puede penetrar a la vivienda para cometer un delito sexual contra alguno de los moradores, para agredir físicamente a uno de ellos, para intimidarlos, o para causar daños, sustraer bienes, etcétera, pero esas otras motivaciones no hacen desaparecer el dolo constitutivo de la infracción, pues en cualesquiera de esos supuestos se habría perturbado el ámbito de intimidad y se habría lesionado el bien jurídico tutelado en el tipo penal...".-(Razones disidentes expuestas a la resolución N° 460-F-1991 de la Sala Tercera).

IIIº.- En igual sentido me permito invocar otras consideraciones que hice, también por separado, a la resolución de la Sala Tercera N° 215-F-94 de 10:05 hrs. del 10 de junio de 1994: "... La penetración a la vivienda, entonces, puede estar motivada en la realización de un delito distinto a la perturbación del ámbito de intimidad, pero eso no significa en principio que la violación de domicilio esté subsumida o excluida por el primer delito, salvo los casos en que el tipo penal en forma expresa lo señala. En efecto, cuando un sujeto penetra a una vivienda y además realiza un hurto, ambos ilícitos concurren en la especie sin que se pueda hablar de una relación de subsidiariedad o subsunción (supuestos del concurso

aparente). El delito de violación de domicilio (204 del C.P.) no está definido ni comprendido en ninguno de los supuestos de hurto (208, 209 y 384 inciso 1º del C.P.), de manera que no podemos hablar que uno es la especie y el otro género o viceversa, o que alguno está contenido de alguna manera en otro. Cuando el sujeto penetra en la vivienda o casa de negocios ajenas con la finalidad de realizar otro delito, como el hurto, es evidente que nos encontramos en presencia de un delito *criminis causa*, donde uno de ellos fue necesario para llegar a cometer el otro. Como lo habíamos señalado se trata de un concurso ideal de delitos (art. 21 del C.P.), porque hay unidad de acción, conforme reconoce un sector de la doctrina, al afirmar que "...debe admitirse el concurso ideal cuando el delito instantáneo es un medio para cometer el delito permanente (...) o cuando el delito permanente ha de crear el presupuesto para la comisión de un delito instantáneo (como en este caso, la violación de domicilio, para la violación y el hurto proyectado)..." (Así, Wessels, Johannes. Derecho Penal. Parte General. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 234).- Por el contrario, otro sector de la doctrina, pese a reconocer también que en esos casos existe un concurso de delitos entre el hurto y la violación de domicilio, es más radical aún y afirma que al realizarse un hurto penetrando a una vivienda en contra de la voluntad de quien tendría derecho a excluirlo, lo que existe es un concurso real de delitos y no un concurso ideal (así lo consideran, por ejemplo, Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Tea, Buenos Aires, 1970, tomo IV, pp. 88 y ss.). Somos del criterio de la unidad de acción, partiendo de una interpretación del contenido del tipo penal de la violación de domicilio conforme se expuso en la transcripción del voto salvado anterior, pues la acción es un concepto normativo con un contenido fáctico que sólo puede interpretarse sistemáticamente junto con la descripción del tipo en relación con el bien jurídico tutelado. "Hay unidad de acción típica en el sentido amplio -se afirma- en aquellas hipótesis en las que, a pesar de haber acciones distintas, subsiste la misma situación espacial y temporal y la misma motivación entre ellas..." (Castillo González, Francisco. El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense. Universidad de Costa Rica, San José, 1981, p. 23). Desde luego, además de concurrir una misma motivación, hay una relación de medio a fin, cuando se penetra a la vivienda con el fin de hurtar, pero esa relación no justifica eximir de responsabilidad penal cuando los delitos son sucesivos y lesionan diferentes bienes jurídicos, salvo el caso del concurso aparente. Es cierto que en muchas ocasiones se conoce de delitos contra la propiedad en los que también concurre un ingreso a una vivienda y no se afirma que exista conjuntamente el delito de violación de domicilio en concurso (real o ideal), pero ello ocurre en los su-

puestos en que la descripción típica de esos delitos contra la propiedad comprende también el ingreso a la vivienda (subsunción), cuando se indica que el uso de la fuerza debe recaer sobre cosas que implican una penetración en la vivienda (perforación o fractura de una pared, cerco, techo, piso, puerta, o ventana de un lugar habitado).

En estos supuestos no habrá un concurso de delitos, ni siquiera ideal, sino sólo aparente, porque la descripción típica del robo comprende el ingreso a la vivienda, de manera que los tipos penales se excluirían entre sí descartando el concurso, conforme lo señala el artículo 21 del Código Penal (Esa fue la tesis ya expuesta por esta Sala en la sentencia N° 326-F de 10:50 hrs. del 28 de junio de 1991). Esa situación no ocurre respecto del hurto, cuya descripción típica no supone a la vez el ingreso a una vivienda, de manera que en este último caso la descripción contenida en los tipos penales (hurto y violación de domicilio) hace que éstos no se excluyan, ni se subsuman, ni se descarten entre sí..." (Razones de minoría a la Sentencia de la Sala Tercera N° 215-f-1994).

IV°.- Las consideraciones anteriores son aplicables, también, cuando estamos en presencia del delito de robo, es decir frente al apoderamiento de una cosa ajena empleando el uso de fuerza sobre las cosas o violencia sobre las personas, para cuya realización haya sido necesario penetrar en un lugar habitado o casa de negocios, contra la voluntad de quien tuviere derecho a excluirlo, sea clandestinamente o con engaño. Sin embargo, conforme indicamos en el apartado anterior, tratándose del delito de robo es necesario distinguir los casos en los cuales para su configuración el tipo penal exige la penetración a una vivienda, como ocurre por ejemplo, con los supuestos previstos en el inciso 1° del artículo 213 del Código Penal, en los cuales la agravación del robo se produce precisamente porque fue "... perpetrado con perforación o fractura de una pared, de un cerco, de un techo, de un piso, de una puerta o de una ventana, de un lugar habitado, o de sus dependencias...". En estos casos la penetración al domicilio está contenida en la descripción del tipo penal del delito de robo, y en consecuencia no puede afirmarse que ese delito concorra en concurso ideal o real con el de violación de domicilio. A lo sumo la concurrencia es sólo aparente, pues en forma evidente los tipos penales se excluyen entre sí, al estar uno subsumido en la descripción del otro (artículos 21, 22 y 23 del Código Penal).- Distinta es la situación de otros casos de robo, como por ejemplo la de los artículos 212, y la del 213 inciso 2°, ambos del Código Penal, en los cuales la descripción típica no hace referencia al ingreso a un lugar habitado o a sus dependencias, en cuyo caso no excluye por subsunción o especialidad al delito de violación domicilio descrito en el tipo del 204 íbidem. En el caso de autos esa es la situación y por ello concuerdo con el criterio de

los jueces Araya Rivas, Tosi Vega y Llobet Rodríguez.- De acuerdo con la sentencia el imputado, quien laboraba como albañil en la casa de la ofendida, aprovechó esta circunstancia e ingresó a la morada por el portón principal de la casa vecina que comunica con el patio de la casa de la ofendida, y procedió a entrar por la puerta trasera de esta última vivienda, se acercó a la ofendida que en ese momento estaba viendo televisión y le colocó un cuchillo de cocina en el cuello, la que reaccionó tomando el arma con la mano y se produjo algunas heridas, para luego huir con el fin de pedir auxilio, de esta manera el imputado se introdujo a una habitación y sustrajo la suma de doscientos mil colones en dinero efectivo, entre otras cosas. Como puede apreciarse, la conducta del imputado se adecúa a dos tipos penales: el delito de robo agravado previsto en el inciso 2° del artículo 213 del Código Penal, y el delito de violación de domicilio, previsto en el 204 íbidem, los cuales no se excluyen entre sí porque ninguno contiene al otro. Se trata de un claro caso en que con una sola acción se violan dos disposiciones legales que no son excluyentes, lo que el artículo 21 íbidem denomina "concurso ideal". Para tales efectos no interesa si alguno de los hechos constituye un delito *criminis causa* del otro, es decir si uno constituye un medio para llegar al otro. Por esa misma razón, es que se admite que hay un concurso de delitos y no uno solo, cuando se realiza un robo con el uso de armas y además se comete un homicidio con el fin de lograr el apoderamiento de los bienes. En estos casos se produce un concurso de delitos entre el robo y el homicidio, a pesar de tratarse de diferentes etapas del iter *criminis*, es decir pese a que el homicidio constituye un acto de ejecución dirigido a consumar el ilícito propuesto de robo. Lo mismo ocurre con la violación de domicilio y el robo, pese a tratarse de diferentes etapas del mismo programa delictivo propuesto. Por lo anterior con respecto me permito disentir del criterio de la mayoría de la Sala en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, aunque ello no tenga ninguna repercusión en el monto de la pena, y voto por denegar el recurso también en cuanto al fondo. En lo demás concuerdo con la resolución de mayoría."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 535-F de las 9,10 hrs. del 20 de setiembre.

20.- VENTA DE DROGAS - Cierre de negocio donde se vendía la droga, sin darle intervención al propietario atenta contra el debido proceso.

"Como cuarto apartado de la impugnación se denuncia la transgresión de los artículos 23, párrafo segundo, de la Ley de Psicotrópicos, 11, 34, 41, 46, 49 y 56 de la Constitución Política, por cuanto se ordenó el cierre del

Bar T. o Bar El B., disposición con la que no está conforme la defensa.- En lo que respecta a este cuestionamiento la Sala considera que la relación de hechos probados no es lo suficientemente precisa y circunstanciada como para poder juzgar sobre la correcta aplicación del artículo 23 de la Ley de Psicotrópicos, razón por la cual procede declarar con lugar el recurso de casación por el fondo, casar la sentencia únicamente en cuanto se ordenó el cierre del Bar T. o Bar El B., disposición que se deja sin efecto. El resto de la sentencia se mantiene incólume. Esto así, por cuanto la aplicación del artículo 23 supone la constatación de los hechos concretos a los que alude esa norma, dentro de un proceso en el cual necesariamente -por imperativo del derecho de defensa- hayan podido intervenir tanto los dueños como los encargados de la administración de los locales comerciales (cuando no son los mismos sujetos) usados para la realización de los delitos contemplados en esta Ley, ya sea que aquellos promuevan su realización o no fomenten tal actividad. En cualquiera de los casos enumerados por la norma, resulta claro que las sanciones que dispone no pueden imponerse si estos sujetos no han podido intervenir, ser oídos y defenderse dentro del proceso de las conductas que se les atribuye. En el presente caso resulta claro que la imputada únicamente era la administradora del local, pero se ignora quién es su propietario y si éste conocía o no la existencia de los hechos ilícitos, si los fomentaba o si los conocía pero no los fomentaba, sino que simplemente los toleraba. En casos análogos al presente, en que un sujeto que no ha intervenido en el proceso penal se ha visto afectado por lo dispuesto en la resolución impugnada, esta Sala ha señalado que ha sido víctima de indefensión y que la sanción, por ese motivo, no es legítima. (Véase, por ejemplo, la resolución de esta Sala V-318-F de las 10:25 horas del 12 de agosto de 1994). En este mismo sentido, la Sala Constitucional, con carácter vinculante erga omnes, al evacuar la consulta de constitucionalidad formulada en este asunto, señaló además que es obligación del juez valorar y oír a los eventuales perjudicados, previo a decidir sobre la aplicación de la sanción, en virtud de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, según los cuales toda persona tiene derecho a acceder la justicia y ser oído para la reparación de un daño o evitar -conforme a la ley- que se le ocasione un daño o sanción que no está obligado a soportar (Sala Constitucional, N° 2900-96 de las 9:48 horas del 14 de junio de este año)."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 305-F de las 14,45 hrs. del 19 de junio.

21.- VENTA DE DROGAS - Varias ventas a agente encubierto no configuran concurso real.

"Recurso interpuesto por la Licda. R. P. M., Defensora Pública de la encartada M. del C. J. L. Recurso por el fondo: En el único aparte, reclama violación de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 1, 24 y 76 del Código Penal y 18 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, pues a su juicio los hechos que se tuvo por demostrados constituyen un sólo delito de Venta de Droga para Consumidores y no cinco ilícitos en concurso material como se dispuso en el fallo, independientemente de que la imputada hubiese vendido droga al agente encubierto en cinco ocasiones. El motivo resulta procedente. Analizada la resolución recurrida, se observa que el Tribunal tuvo por acreditado -entre otros aspectos- que la imputada vendió en una ocasión una piedra de "crack" a un informante y en cuatro ocasiones más la misma cantidad a un agente policial encubierto. Ahora bien, efectivamente como lo señala quien recurre, las diferentes ventas realizadas por la encartada, más que configurar ilícitos independientes -como de la resolución se interpreta-, tienen una finalidad probatoria: poder demostrar la actividad ilícita que se está realizando; se mantiene así la unidad de acción -no obstante su extensión en el tiempo- y produce una lesión única al bien jurídico tutelado, razón por la que tampoco resulta aplicable en la especie, la figura del concurso material de delitos. Pero siempre se trataría de un sólo hecho, aún en aquellos supuestos en que se lograra demostrar diferentes ventas a particulares o sea, sin la intervención de autoridades policiales. Obsérvese que el artículo 18 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, se refiere a conductas tales como distribuir, comerciar, suministrar, fabricar, elaborar, refinar, transformar, extraer, preparar, cultivar, producir, transportar, almacenar o vender, cuya naturaleza jurídica demostrativa de que el hecho ilícito se puede llevar a cabo mediante una sola acción (por ejemplo, transportar o almacenar), o en otros supuestos mediante pluralidad de acciones (venta reiterada de droga). Así las cosas, tratándose de un delito que se viene ejecutando y respecto a que la intervención policial tiene como objetivo constatar, ni siquiera resulta imprescindible que se realice varias compras de droga, pudiéndose comprobar generalmente la actividad delictiva mediante un sólo operativo, o sea, sin necesidad de efectuar varias compras de droga a través de un confidente o de un agente encubierto, tal y como se observa en este asunto. Corresponde aclarar, que si bien esta Sala mediante voto número 315 -F-95 de las once horas con treinta minutos del 30 de mayo de 1.995, señaló que cada

una de las ventas de droga a un agente encubierto constituía un delito independiente, dicha tesis ha sido objeto de replanteamiento por los suscritos Magistrados, señalando las razones jurídicas por las que no resulta aplicable. En consecuencia y desde esa óptica, corresponde acoger el recurso por el fondo. Se casa la sentencia respecto a la calificación jurídica y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de la citada Ley, se declara a la encartada M. del C. J. L. autora responsable del delito de Venta de Droga para el uso propio de consumidores; en atención a los elementos subjetivos y objetivos del hecho punible, así como a los demás aspectos que incluye el artículo 71 del Código Penal -tomados ya en consideración por el a-quo-, la Sala opta por imponerle cuatro años de prisión que descontará en la forma, lugar y condiciones señaladas en el fallo de instancia." [Ver en el mismo sentido resolución N° 191 del 3 de mayo de 1996].

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 190-F de las 8,35 hrs. del 3 de mayo.

22.- VENTA DE DROGAS A CONSUMIDORES - Tenencia es conducta anterior a la venta y por ello procede disminuir la pena.

"En el recurso de la defensora de la imputada, se reclama en un único motivo la violación de los artículos 39 de la Constitución Política; 15 y 18 de la Ley sobre drogas; 30, 31, 32, 45 y 47 del Código Penal; 184, 185 y 471 del Código Procesal Penal. Se sustenta el reproche en que el Tribunal sólo examina que en casa de la imputada había droga, pero no se toman en cuenta otras circunstancias relevantes, tales como la participación de otras personas, que L. era la persona que mantenía la droga decomisada en su casa, y además que no había dinero en cantidad lógica para la cantidad de droga que se encontró. Se reprocha además que existe una duda razonable sobre la participación de L., así como también que no se examinó que dos personas salieron corriendo del lugar el día del allanamiento. Agrega la defensa que no se le hizo el examen a su defendida a que se refiere el artículo 18 párrafo quinto de la ley de drogas, lo que le causa un grave perjuicio, no obstante que el Juez está obligado a investigar todas las circunstancias conforme a los artículos 184 y 185 del Código de Procedimientos Penales. El reclamo no es atendible, salvo cuanto se dirá sobre el párrafo quinto del artículo 18 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas. En efecto, el Tribunal fundamentó adecuadamente las conclusiones fácticas, puesto que la policía allanó la vivienda de la encartada en virtud de un señalamiento concreto que le hizo otra persona que fue sorprendida con drogas, quien dijo que las había adquirido de la imputada. La propia

acusada reconoce la existencia de esta persona, aunque manifiesta que en realidad es ella la propietaria de la droga que mantiene en su casa y que aceptó esconderla por necesitar dinero. En realidad aún admitiendo como cierta la última versión de la acusada, siempre se configuraría el ilícito por el cual fue condenada, con la modificación que se dirá, puesto que su dicho no la eximiría de responsabilidad penal. La cantidad de dinero encontrado en el lugar no puede tampoco descartar que se le decomisó una buena cantidad de droga adecuadamente envuelta para ser distribuida a consumidores, y en general el Tribunal no manifestó ninguna duda al momento de emitir sus conclusiones fácticas, razón por la cual no es de aplicación el principio in dubio pro reo. Por otra parte, aún admitiendo como cierto que algunas personas huyeran del lugar el día del allanamiento, tampoco descarta ni desvirtúa la tenencia de droga por la cual fue sancionada, lo cual justifica rechazar el reproche.

II°- Del alegato de la defensa el único aspecto atendible se refiere a la violación al apartado quinto del artículo 18 de la Ley sobre drogas antes citada, que se relaciona directamente con el párrafo anterior, según los cuales la pena podrá disminuirse hasta la mitad cuando la venta o el suministro es dirigido a consumidores. En el presente caso la policía obtuvo informes que la encartada vendía drogas en su casa de habitación directamente a consumidores, y en efecto al practicar la diligencia de allanamiento le logran decomisar doscientas treinta y dos piedras de "crack" envueltas en papel aluminio, especialmente para ser vendidas a consumidores, razón por la cual debemos concluir que estamos ante los supuestos en los cuales la norma citada autoriza a disminuir la pena hasta la mitad. Para tales efectos debe tomarse en consideración que si las circunstancias del caso particular que se juzga permiten concluir que la tenencia de la droga es para venta a consumidores, la disminución de pena a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 18 de la Ley sobre drogas es aplicable, pese a que esta norma sólo refiere a la venta o al suministro, pues la tenencia de drogas para vender a consumidores constituye una conducta anterior a la venta, y sería absurdo sancionar en mayor grado la conducta antecedente pero atenuar la conducta final de venta o suministro. Esa predisposición de venta al consumidor debe reflejarse de las circunstancias que rodean la tenencia, en especial debe tomarse en cuenta la cantidad de droga poseída, la forma en que está empacada, los lugares donde la droga se mantiene, la existencia de artículos básicos y usuales para la venta al detalle, etcétera. En el caso de autos, conforme ya se dijo, las circunstancias que rodean la tenencia de la droga permiten hacer esa conclusión, motivo por el cual la pena debe reducirse."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 459-F de las 10 hrs. del 23 de agosto.

23.- VIOLACION - Aceptación de cerveza no implica consentimiento de actos posteriores.

“Como primer motivo, se acusa violación de los artículos 11, 106, 395 incisos 2, 3 y 4, 400 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales. Aunque originalmente se reclama “falta de fundamentación y contradicciones”, el reproche se limita a establecer una presunta contradicción, pues por un lado -se afirma-, “el tribunal no adquirió la plena convicción de que yo engañé a la ofendida dándole de beber una cerveza con gran cantidad de guaro para emborracharla fácilmente y con ello poderla acceder carnalmente”, mientras que en el análisis de la prueba que efectúa el a-quo, “concluye que la ofendida acepta la cerveza sin ningún reparo de este hecho, y ante todo la acepta en forma voluntaria sin coacción, amenaza ni engaño de mi parte”. Finalmente, cita en su apoyo una jurisprudencia del Tribunal Supremo Español sobre la aceptación, en cierto modo, de las consecuencias de sus actos, de una mujer que se embriaga con un varón. Pero tal contradicción no existe, porque el a-quo, en ninguna parte del fallo, se refiere al engaño y más bien analiza lo referente a la aceptación voluntaria y sus posibles consecuencias, de una forma clara y contundente: “Acepta la cerveza sin ningún reparo, este hecho no puede interpretarse como un consentimiento tácito de las acciones posteriores que puedan suscitarse. La aceptación de una cerveza por parte de una mujer a un hombre no implica una renuncia a su libertad sexual. Es simplemente una aceptación de una cerveza. Admitir lo contrario sería ir contra las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia. El indiciado no tenía ningún derecho, por ese solo hecho de acceder carnalmente a la ofendida sin que ésta pudiera siquiera pronunciarse a favor o en contra”. Esa línea de pensamiento es absolutamente concordante con la que ha mantenido esta Sala en situaciones semejantes. Así se ha establecido que “la circunstancia de que la ofendida haya aceptado en un inicio caricias y besos, no desemboca necesariamente en la relación sexual”, menos cuando se efectuó por la fuerza (Voto 318-F de 9:00 horas de 17 de julio de 1992) o que “de igual manera, tampoco es atendible el argumento de que la ofendida consintió en el acceso carnal puesto que acepta caminar de la mano del victimario, se dejó besar y trasladarse hasta un sitio oscuro. A este respecto, el Tribunal ha sido totalmente claro en que aceptar dar un paseo de la mano, ser besado o apartarse a lugar oscuro, no pueden interpretarse como un consentimiento expreso para tener relaciones sexuales” (Voto 657-F de 8:55 horas del 10 de noviembre de 1995). Por lo expuesto, sin lugar el reclamo.”

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 372-F de las 16,17 hrs. del 18 de julio.

B- DERECHO PROCESAL PENAL

24.- ACCION CIVIL RESARCITORIA - Absolutoria no exime del deber de fundamentar este aspecto.

“Según indica el impugnante, el Tribunal de mérito declaró sin lugar la acción civil resarcitoria incoada por su representado en contra de las personas que aparecen como demandados civiles en el proceso, tomando únicamente en consideración el carácter subsidiario que tiene dicha acción respecto a la acción penal, haciendo una interpretación equivocada de las normas procesales penales. Por ello, estima que el fallo no contiene una fundamentación adecuada para rechazar la acción civil resarcitoria, violentándose con ello lo dispuesto en los artículos 395 inciso 2) y 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales. El alegato resulta atendible.- Los juzgadores tienen el deber de resolver todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, indicando claramente las razones en que se apoya su decisión. Sin embargo, al pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria interpuesta por el Banco de Costa Rica contra los encartados W. H. C. W., A. L. M. P. y R. A. N., el a quo se limitó a señalar que la acción civil es subsidiaria de la acción penal pública, de modo que, habiéndose dictado sentencia absolutoria a favor de dichas personas, lo procedente y obligado era declarar sin lugar el reclamo patrimonial [...]. En consecuencia, se omitió fundamentar debidamente ese extremo del fallo, al no tomar en cuenta que la absolutoria del reo no exime del deber legal de motivar los extremos atinentes a la acción civil resarcitoria, pues, como bien lo indica el artículo 11 del Código de Procedimientos Penales, “la absolución del acusado no impedirá que el tribunal de juicio se pronuncie sobre ella en la sentencia”. Es cierto que la ley establece una subordinación o accesoriedad de la acción civil con respecto a la acción penal, al señalar que: “La acción resarcitoria podrá ser ejercida en el proceso penal sólo cuando esté pendiente la acción principal”, (artículo 11 antes citado); pero eso no significa que la absolutoria del reo -por sí sola- obligue a rechazar el reclamo de una indemnización económica. En consecuencia, los juzgadores denegaron arbitrariamente ese extremo, al ignorar no sólo las disposiciones jurídicas, sino también los principios generales de derecho que rigen la materia. Es obvio que, para emitir criterio sobre el reclamo patrimonial, el Tribunal de mérito debió examinar la conducta que el propio fallo le atribuye a cada uno de los imputados, a fin de deter-

minar si con sus actuaciones causaron daños o perjuicios resarcibles a la entidad reclamante, análisis que fue omitido en la especie, con claro incumplimiento de lo dispuesto por las normas legales que se citan en el recurso. No ocurre la misma situación en lo referente al acusado S. A. Ch. M., quien fue declarado autor responsable del delito de Cohecho Impropio, pues la acción civil interpuesta contra esta persona fue declarada sin lugar con base en otro tipo de razones, las cuales -pese a ser muy escuetas- satisfacen las exigencias mínimas de la motivación, de modo que, en cuanto a ese aspecto no procede decretar la nulidad, sin perjuicio de lo que se resuelva al examinar el recurso por el fondo. En esa tesitura, procede acoger el reproche y anular la sentencia recurrida concretamente en cuanto declara sin lugar la acción civil resarcitoria interpuesta por el Banco de Costa Rica contra los encartados W. H. C. W., A. L. M. P. y R. A. N.. Respecto a ese extremo, pueden las partes interesadas -si a bien lo tienen- acudir a la vía legal correspondiente, en defensa de sus derechos, ya que, en virtud del mencionado principio de accesoriedad, no es procedente decretar el juicio de reenvío."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 540-F de las 9,35 hrs. del 20 de setiembre.

25.- CORRELACION ENTRE ACUSACION Y SENTENCIA - Alcances.

"En reiteradas oportunidades, esta Sala ha sostenido que las divergencias entre los hechos acusados y los finalmente acreditados por el Tribunal, han de ser esenciales, a los efectos de detectar y controlar la existencia de la correlación entre ambos. Se impone esa condición de esencial, porque no puede exigirse una identidad absoluta hasta en los más mínimos detalles, entre lo acusado y lo resuelto, lo cual resulta frecuentemente de difícil acaecimiento. La exigencia de la correlación entre acusación y sentencia, posee, en principio, una doble finalidad, un doble objeto de tutela. El primero de ellos, raramente mencionado, pero cuya vigencia garantiza la pureza del proceso, es el respeto al principio acusatorio, dándole plena vigencia a la prohibición del juez de proceder de oficio -net procedat iudex ex officio-, implicando ello que el poder jurisdiccional ha de entrar en escena por iniciativa de un sujeto distinto del juez, quien, con su actuación, delimitará el objeto de conocimiento de éste en el proceso, especialmente durante la fase de juicio. Este es uno de los principales logros alcanzados por el modelo procesal mixto, que es el que rige en nuestro medio y que pretendió solventar los abusos e inconvenientes que se daban, sobre todo para la vigencia de los derechos fundamentales de inocencia, defensa y debido proceso de las personas investigadas penalmente, así como el lograr

racionalizar el poder represivo estatal, distribuyendo sus labores en funcionarios distintos e independientes. El segundo y más conocido objeto de tutela del principio mencionado, es el derecho de defensa. Sin duda, en la delimitación del objeto del proceso no puede asignársele un papel relevante a la defensa, porque ese rol le corresponderá en definitiva al ente acusador. Sin embargo, una vez fijada la materia de conocimiento del proceso por la acusación definitiva, luego de la instrucción realizada, ese objeto procesal no puede ser variado, salvo las excepciones previstas por el numeral 376 del Código de Procedimientos Penales -variaciones que en todo caso realiza siempre el titular de la acusación y que deben ser puestas en conocimiento de la defensa-, pero no puede ser nunca variado por el juzgador, en ninguna forma, sin lesionar seriamente el derecho de defensa y el principio acusatorio, este último, por más que el representante del Ministerio Público haya avalado en sus conclusiones dicho cambio, porque hablamos aquí de los principios fundamentales del proceso, cuya titularidad no ostenta funcionario alguno, sino que son el fundamento mismo del proceso. El juzgador en la sentencia puede acreditar el mismo hecho acusado; puede concluir que no se llegó a acreditar en definitiva, o en forma completa, o bien que hay duda en su delimitación, puede variar la calificación de los hechos; pero si concluye que el hecho acusado es diverso del contenido en la acusación, debe disponer la devolución de la causa al agente fiscal para que proceda a definir el destino de la acción penal, como señala el numeral 397 del código citado, pero no puede modificar los hechos acusados (eliminandole elementos esenciales acusados o agregándole elementos fundamentales no requeridos), para condenar con base en ellos, porque así lesiona el derecho de defensa y el principio acusatorio. Esto ha sido reconocido expresamente por esta Sala en la sentencia número 307-F-94 de las 9:30 horas del doce de agosto de mil novecientos noventa y cuatro en donde se dijo que "En efecto, una vez que se confirma el requerimiento de elevación a juicio (que es la acusación propiamente dicha, y en este caso concreto con su respectivo auto de elevación), los tribunales de juicio no están autorizados para adecuar o simplemente eliminar a su libre voluntad los hechos que el Ministerio Público ha sometido a su conocimiento. Nótese que inclusive el artículo 341 del Código de la materia establece cuáles son los requisitos, bajo pena de nulidad, del citado requerimiento: los datos personales del imputado, o si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho y su calificación legal. Es cierto que algunos hechos, circunstancias o aspectos de la referida requisitoria pueden ser corregidos (cuando no lo ha hecho el propio auto de elevación) para una mejor comprensión de su contenido, pero ello corresponde al propio ente acusa-

dor (el Ministerio Público) sin que tampoco signifique que se pueda sustancialmente variar el cuadro fáctico (sea eliminando de la acusación hechos completos o sustituyéndolos por otros que se considere deben incluirse, etc.) porque evidentemente, si es el Tribunal el que lo hace, estaría afectando el ejercicio de la acción penal pública. En esta etapa del proceso lo más que podría admitirse es que aquél pueda corregir de oficio simples errores materiales que no afecten las potestades acusatorias referidas, así como el derecho de defensa (ante la necesaria correlación que debe existir entre acusación y sentencia)". Y es que ambos principios -acusatorio y de defensa- se hallan entrelazados, pues como garantía de defensa, la acusación es necesaria, porque ésta nace y vive precisamente para llevar una relación «dialéctica» con la otra parte que es siempre el imputado. La acusación sólo tiene vida en la medida en que dé origen al derecho de defensa, dentro de la vigencia del contradictorio. "La idea de la acusación no puede ser, desde nuestro punto de vista, aprehendida en todas sus implicaciones, si no nos detenemos a considerar su contraposición a la idea de defensa. Acusación y defensa parecen conceptos que se contraponen recíprocamente, bien si la acusación precede, lógicamente a la defensa. Ya que el juicio postula la incerteza de una situación sobre la cual ha de tomarse una decisión, la acusación, como opinión que formó parte del mismo, no es imaginable sino en función de una opinión antitética (defensa), sin la cual la primera no sería una situación incierta, sino ella misma una irrevocable condena" (LEMMO, Elio. *L'accusa suppletiva nel dibattimento penale*, Milano, Dotta Civeré Editore, Studi di diritto processuali raccotti da Giovanni Conso, N° 32. 1972. p.13). La correlación entre acusación y sentencia es el parámetro para controlar la vigencia del derecho de defensa y del principio acusatorio, según los términos expuestos. Este principio es violado cuando el Tribunal condena o absuelve por un hecho distinto del acusado, aunque haya coincidencia en la calificación legal. En este caso "la identidad de la calificación jurídica es indiferente, lo que cuenta es la materia fáctica de la acusación y la sentencia, que serían distintas. Es la naturaleza del objeto procesal lo que es esencial, y sobre lo que no puede haber discrepancia entre imputación o acusación y sentencia" (SANSO, Luigi. *La correlazione tra accusa contestata e sentenza*, p.367, en CASTILLO BARRANTES, Enrique, *Comentarios a la nueva legislación procesal penal*, San José, Juritexto. 1992. p.385.), con lo que se logra además, tutelar el principio no menos importante de la independencia del juez. Esa correlación debe referirse a los aspectos básicos del hecho acusado, es decir, en cuanto a la tipicidad objetiva y subjetiva atribuida en la acusación, con expresa referencia a las circunstancias de modo, tiempo y lugar que son especifi-

cas de la materialidad del hecho que resulta típico, porque esos elementos, en la medida en que identifican e individualizan un concreto y determinado suceso, parcela de la realidad que se supone acaecida y en la que se supone inserta la efectiva participación del acusado, constituyen la materia prima sobre la que ha de versar el juicio. Esos elementos resultan así esenciales en la mayoría de los casos, aunque dependiendo del hecho concreto, tendrán o no tal importancia que su variación afecte la estructura misma de la acusación. Diferencias en cuanto al lugar de los hechos, la hora en que los mismos ocurrieron, las condiciones climáticas o la época, el modo de ejecución o los objetos empleados, pueden no ser relevantes en un caso concreto, pero en otra causa pueden ser determinantes a efecto de considerar la participación del acusado en los hechos o su acontecer mismo."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 444-F de las 15 hrs. del 21 de agosto.

26.- COSTAS - Condenatoria improcedente al actor civil por existir justificación legal para intervenir.

"Se argumenta que el Tribunal de mérito incurrió en errónea aplicación del artículo 544 del Código de Procedimientos Penales, al condenar en costas al Banco de Costa Rica, estimando incorrectamente que no tenía razón plausible para litigar. El reclamo es atendible. Al dictar el pronunciamiento impugnado, los juzgadores señalaron de modo expreso que: "En nuestro criterio, la posible participación de M. L. en los hechos no está excluida del todo, podría ser el eslabón más débil de la cadena y por eso H. lo señaló a él como el vendedor del título..." [...]. En ese mismo orden de ideas, estimaron posible la existencia de un acuerdo o plan común entre H., B. B. y el encartado M. L., pues según se indica a este último lo comprometía su conocimiento y posibilidad de acceso a toda la documentación, incluyendo los títulos valores. Por ello, la absolutoria fue dictada con base en el principio in dubio pro reo, al considerarse que existían dudas que debían favorecer al acusado [...]. Sin embargo, aplicando erróneamente el artículo 544 del Código de Procedimientos Penales, el a quo decidió condenar a la parte actora civil al pago de las costas producto del ejercicio de la respectiva acción, estimando que no tenía motivo plausible para litigar, por haber tenido la entidad bancaria dudas importantes respecto a cómo había sido sustraído el documento y de qué manera había llegado a manos de H., como también porque desde el mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro existía otro sospechoso, es decir, A. B. B. [...]. Aceptando -como hicieron los juzgadores- que el imputado M. L. bien pudo haber tenido participación en el hecho delictuoso, lo procedente

es admitir también que la entidad ofendida tenía motivo justificado para entablar la acción civil en contra de esa persona. No es posible considerar que el actor civil actúa de buena fe, con motivo plausible para litigar, únicamente en aquéllos casos en que tenga certeza absoluta, desde el momento mismo de interponer la acción, de la culpabilidad del acusado, pues esto implicaría exigirle un conocimiento que sólo puede obtenerse con el resultado final del juicio. Aparte de lo dicho, se responsabiliza al Banco de Costa Rica por haber ejercido la acción civil sólo en contra del imputado M. L., pese a que existía otro sospechoso [...]. Lo anterior es del todo inexacto, pues lo cierto es que dicha acción fue encausada contra el encartado J. A. M. L. y contra cualquier otra persona que en el curso de la investigación fuera sindicada como partícipe de los hechos delictivos [...], sin que pueda achacársele responsabilidad a dicho Banco por el solo hecho de que la acción penal pública no haya sido ejercida contra otras personas, pues esto es resorte exclusivo del órgano acusador (artículo 5 del Código de Procedimientos Penales). Resultan igualmente equivocados los argumentos por los cuales estima el a quo que la entidad bancaria demostró una gran inconsistencia en sus actuaciones. El hecho de que no se sancionara disciplinariamente al imputado carece de relevancia, pues la decisión sobre ese particular fue tomada varios meses después de haberse ejercido la acción civil. Además, la existencia de una sanción de esa índole no es requisito para reclamar la reparación civil en vía judicial y, en todo caso, lo que dispuso el órgano administrativo interno de dicho Banco fue dejar sujeta la posible responsabilidad de M. L. al resultado de la causa penal y de la acción civil resarcitoria [...], sin que se observe en qué consiste la supuesta inconsistencia que le atribuye el Tribunal de mérito a la parte actora civil, situación que se repite en lo referente al aumento salarial que recibió el acusado, en particular porque los juzgadores se limitaron a extraer conclusiones subjetivas sobre la existencia del referido aumento, sin investigar las causas que lo generaron, ni la relación que pudiera tener con el hecho ilícito. En resumen, examinando el resultado de la causa y las razones que esgrimió el Tribunal de mérito para absolver al imputado M. L., estima esta Sala que la parte actora civil sí tuvo razón plausible para litigar, es decir, que existió justificación legal para que interviniera como parte en el proceso. Por ende, lo que corresponde es declarar con lugar el presente recurso por el fondo, de modo que, conforme a la ley aplicable, se debe casar la sentencia recurrida y eximir al Banco de Costa Rica, en su carácter de actor civil, del pago de las costas personales y procesales del juicio. En todo lo demás debe permanecer incólume el fallo impugnado."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 251-F de las 10,20 hrs. del 17 de mayo.

27.- DERECHO DE ABSTENCION - Requisitos de la unión de hecho para ser amparada - Necesidad de valorar cada caso.

"Como primer agravio del recurso por vicios in procedendo interpuesto por la defensa del imputado B. R. S., se acusa la inobservancia de los artículos 36 y 39 de la Constitución Política, 1, 3, 5, 144, 145 inciso 3°, 146, 152, 228, 234, 380, 395 inciso 3° y 400 inciso 4° del Código de Procedimientos Penales, por violación al debido proceso, toda vez que no se previno a las ofendidas de su facultad legal de abstenerse de declarar contra el imputado, ya que él convive en unión libre con la señora L. M. M. G., quien es tía de aquellas. En el segundo acápite de la impugnación se reprocha la inobservancia de las mismas normas citadas pero agregándose la violación del artículo 106 y del inciso 4° del artículo 400 del Código de Procedimientos Penales, por estimarse que la fundamentación de la sentencia es ilegítima al haber considerado las declaraciones de las ofendidas, a quienes no se advirtió de su facultad de abstención. Los suscritos Magistrados consideran que ninguno de estos reclamos es atendible. Si bien la Sala Constitucional ha señalado que la facultad de abstención dispuesta en los artículos 36 de la Constitución Política y 228 del Código de Procedimientos Penales es "una garantía absoluta que no admite limitación alguna y tiende a proteger la cohesión del núcleo familiar" (N° 264 de las 14:30 horas del 6 de febrero de 1991), reiterando que esta facultad "tiene como objeto primordial proteger el vínculo familiar de los efectos que podría tener una declaración del cónyuge o de los parientes en los grados ahí descritos, en contra de otro familiar" (N° 2776 de las 14:30 horas del 2 de setiembre de 1992, adicionada y aclarada por la N° 2984 de las 9:15 horas del 25 de junio de 1993) y que "el derecho de abstenerse de declarar... comprende a los familiares en tercer grado inclusive, de consanguinidad o afinidad, cuyas relaciones surjan de una relación de hecho que reúna las características de estabilidad, cohabitación y singularidad" (N° 6798 de las 14:51 horas del 23 de noviembre de 1994), también es cierto que la jurisprudencia de esa Sala ha señalado que: "Debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de estabilidad (en la misma medida que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta, es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales)... La sala no puede definir qué es la "familia

de hecho", el juez debe valorar cada caso" ([...], N° 1151 de las 15:30 horas del 1° de marzo de 1994, en igual sentido la N° 1153 de esa misma fecha). Para esta Sala de Casación en el presente caso resulta claro que las ofendidas no tienen relación familiar de hecho con el imputado, porque la relación que él tiene con la señora L. M. M. G. (hermana del padre de las ofendidas) no posee las características de la vida conyugal o marital, ya que no es estable, permanente o constante, pues el a quo señala en su sentencia que quedó demostrado que el encartado "vive únicamente durante algunos períodos temporales en la casa de habitación de la señora L. M. M. G." [...], lo cual pone en evidencia que la relación entre ellos no tiene por objeto la vida en común, cooperación y mutuo auxilio, sino que se trata de una relación superficial, en que el encartado ocasional o esporádicamente, se presenta a la vivienda de M. G., de manera tal que entre él y las ofendidas no existen los vínculos afectivos familiares que los artículos 36 de la Constitución Política y 228 del Código de Procedimientos Penales tutelan. Por lo expuesto, sin lugar los dos reclamos formulados."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 286-F de las 9,20 hrs. del 4 de junio.

**28.- EJECUCION DE SENTENCIA -
Improcedencia de solicitud de suspensión
mientras se tramita recurso de revisión.**

"[...], el Lic. M. Ch. C. interpone recurso de revocatoria contra la resolución tomada por esta Sala a las 10:15 horas del día 12 de marzo de 1996, concretamente respecto al rechazo que se hizo en ella de la solicitud formulada en el recurso de revisión para suspender la ejecución de la sentencia durante su trámite, rechazo que se fundamentó tomando en cuenta la gravedad de los hechos por los cuales fue condenado el impugnante F. L. R., a saber Tenencia de Cocaína para el Tráfico. Señala el Lic. Ch. C. que el fundamento aducido por la Sala no es suficiente para no ejercer la facultad dispuesta en el artículo 494 del Código de Procedimientos Penales, puesto que no existen motivos para considerar que el imputado podría evadir o sustraerse del cumplimiento de la pena impuesta, a lo cual agrega que el ilícito acusado no es contra la vida humana. Considera esta Sala que el reclamo no es atendible, pues a partir de la firmeza de la sentencia condenatoria en materia penal, la privación de libertad del procesado adquiere un macizo sustento legal y constitucional, toda vez que -cuando menos formalmente- la autoridad judicial competente ha establecido, mediante sentencia firme, la necesaria demostración de culpabilidad exigida por la Constitución Política (artículo 39) como condición para imponer la pena correspondiente a un delito sancionado por ley. Por ello, tanto la suspen-

sión de la ejecución de la sentencia como la posibilidad de disponer la libertad provisional del imputado durante el trámite del recurso de revisión a que se refiere el artículo 494, se constituyen en facultades realmente extraordinarias, cuyo ejercicio facultativo exige necesariamente una sólida fundamentación que así lo justifique, como sucede, por ejemplo, en aquellos casos en que el error judicial resulta evidente. Pero en el presente caso, en principio, no se cuentan con elementos suficientes para disponer la libertad provisional del imputado F. L. R., porque el motivo y las razones que alega para recurrir la sentencia condenatoria ameritan un profundo análisis y discusión por parte de los suscritos Magistrados, incluso la consideración de lo que resuelva la Sala Constitucional al evacuar la consulta preceptiva que debe hacerse en este caso. Por ello las razones expuestas por la Sala para rechazar su petición sí son suficientes para fundamentar la decisión, porque para el delito de Tenencia de Cocaína para el Tráfico se ha previsto una pena cuyo extremo menor es de ocho años de prisión (precisamente la que se impuso al encartado), en atención a que se trata de una conducta sumamente perjudicial para el pleno y sano desarrollo individual y social de las personas, pudiéndose agregar a lo anterior que tal conducta además lesiona o pone en peligro la calidad de vida de las personas, bien jurídico tutelado por nuestro ordenamiento jurídico a través de distintas normas constitucionales y de derecho internacional cuyo objeto es la protección de la salud física y mental del ser humano. Por todo lo expuesto se declara sin lugar el recurso de revocatoria."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 44-A de las 9,55 hrs. del 3 de mayo.

**29.- INTERVENCION DEL ACUSADO -
Posibilidad de valorar las manifestaciones
emitidas al final de la audiencia.**

"También se reprocha que ilegalmente el Tribunal sustentó la sentencia, tomando en cuenta las manifestaciones dadas por la imputada al cierre del debate, apoyándose en ellas para establecer y acreditar su responsabilidad. Considera el recurrente que tales manifestaciones no pueden ser tomadas como prueba, dado que el momento procesal en que se han producido está fuera ya de las posibilidades probatorias del proceso. Aunque por la forma en que se resolvió el recurso en el Considerando X de esta resolución, parezca innecesario conocer de este reclamo, por ser un punto importante y no frecuentemente alegado, estima necesario la Sala referirse a él, pues una de las funciones de Casación es la de "unificar la jurisprudencia". El reproche es inadmisibles. En primera instancia, es menester señalar que esa

posibilidad concedida al acusado ha sido dada por el legislador para responder a una finalidad determinada, por creerla en todo caso útil al proceso, pues de otra forma no se justificaría su previsión; la oportunidad en que ella se produce, fuera ya de la intervención de las partes y en consecuencia de las posibilidades de interrogatorio justificada que sea una forma más de ejercicio de la defensa material. El imputado tiene el derecho de poder intervenir cuando lo desee, según lo establece el numeral 375 del Código de Procedimientos Penales, y la última palabra que se le concede si bien constituye un acto de defensa material, también lo es el que puede ser útil al proceso, pues es un acto legalmente previsto, cuya inobservancia viciaría de nulidad a la sentencia. La oportunidad última que se concede al acusado, una vez emitidas las conclusiones, en donde se le pregunta "si tiene algo que manifestar", según lo establece el artículo 389 del mismo cuerpo legal, constituye un momento esencial de realización del derecho de ser oído que tiene el acusado, refiriéndose al proceso seguido en su contra, el cual está presto a concluir. Estas manifestaciones se quieren espontáneas y libres por parte del acusado, sin la presión y formalidad de la intimación de los cargos y de la eventual confrontación de su dicho en un interrogatorio por las partes intervinientes, es decir, se quiere que sean manifestaciones fuera del período de prueba, una vez emitidas las conclusiones de las partes y finalizada «la escena» del debate, pues sólo en esta dimensión se comprende el significado que poseen para la defensa material del acusado. Ahora bien, distinto es el problema de si esas manifestaciones son el único sustento de la sentencia. Pero en este caso estaríamos frente a un problema de falta de fundamentación y no de fundamentación ilegal como pretende el recurrente. Por más reveladoras que resulten, estas manifestaciones no podrán nunca ser único sustento de la condena, sino que debe contar la conclusión a que se arriba con suficiente respaldo probatorio en otros medios legítimos de prueba. En suma, esas manifestaciones últimas de los imputados, por formar parte del juicio oral y público, indefectiblemente deben ser tomadas en cuenta y analizadas por el Tribunal, resolviendo lo que corresponda, con la salvedad apuntada líneas atrás si no constituyen el único medio probatorio. Pero en todo caso forman parte del juicio y por ello deben merecer análisis de parte de los juzgadores."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 444-F de las 15 hrs. del 21 de agosto.

30.- PENA - Posibilidad de recurrir en casación por violación al principio de proporcionalidad.

"El defensor público Lic. M. A. P. V. reclama violados los artículos 1, 30, 71 y 72 del Código Penal; 9 y 11 de la Declaración de Derechos Humanos; y 36, 39 y 41 de la Constitución Política, al estimar que en el presente caso se infringió el principio de proporcionalidad de la pena, al aplicársele a los imputados tres años y seis meses de prisión, a pesar de que el hecho quedó en estado de tentativa, la mayoría de ellos son primarios, y que no hubo siquiera la intención de ejecutar algún acto que implicara violencia sobre las personas. Agrega que el principio de proporcionalidad de la pena es impugnabile en casación, para lo cual cita jurisprudencia y hace un análisis al respecto. En primer término y como muy bien lo señala el recurrente, debe indicarse que el incumplimiento del principio de proporcionalidad de la pena es posible discutirlo en casación, pues ésta vía se ha diseñado principalmente para controlar los posibles abusos y la eventual arbitrariedad en que puedan incurrir los jueces al momento de aplicar su "discrecionalidad" en cualquiera de los supuestos previstos por la ley, con el fin de hacer justicia en el caso concreto (sobre las finalidades de la casación véanse las Resoluciones de la Sala Tercera N° 158-F de 8:55 hrs. Del 20 de mayo de 1994, y N° 182-A de 9 hrs. Del 11 de noviembre de 1994).- En lo que respecta a la pena, si bien el artículo 71 del Código Penal autoriza a los juzgadores a fijar su monto dentro de los límites señalados en cada figura delictiva, esa fijación no puede ser arbitraria ni alejada de los principios de proporcionalidad, justicia e igualdad contenidos en nuestra legislación. La labor del Tribunal en la fijación de la pena se encuentra muy especialmente tasada en la ley, ya que el propio artículo 71 inmediatamente señala los parámetros que deben orientar la tasación del monto de la pena en cada caso concreto, sin que el juez pueda recurrir a prejuicios, criterios arbitrarios, o tomar en consideración factores distintos a los previstos por el legislador, como podría ser el mayor o menor índice de criminalidad en el país a través de lo que algunos denominan "penas ejemplarizantes" para evitar que otros incurran en los mismos hechos (prevención general), pues ello no puede traducirse por disposición arbitraria del juez en un factor de agravación de la pena concreta. Como se ha expuesto en forma autorizada, "...el control de la proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas por los órganos judiciales en el proceso penal puede ser ejercido por los mismos u otros órganos judiciales, a través de los recursos contemplados...: reforma, súplica, queja, apelación... y casación" (González-Cuellar Serrano, Nicolás. Proporcionalidad y

derechos fundamentales en el proceso penal. Colex, Madrid, 1990, p. 330). En igual sentido se ha inclinado también la jurisprudencia constitucional de nuestro país, al expresar la Sala Constitucional, en resolución N° 1760-96 de 11:06 hrs. del 19 de abril de 1996, que "... el principio de proporcionalidad de la pena forma parte de las reglas del debido proceso, tal y como puede verse en el pronunciamiento número 7333-94 de las quince horas seis minutos del catorce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro en el que se señaló: IV.- Respecto de otro reclamo formulado por el recurrente, que denomina violación al "principio de humanidad y de proporcionalidad de la pena", estima la Sala que sí tiene que ver con el debido proceso y así lo ha establecido previamente en diferentes decisiones. Particularmente se ha precisado esta cuestión en términos de que si el juez que condena tiene márgenes para hacerlo entre el mínimo y el máximo de la pena imponible, al concretar en sentencia su decisión cuantitativa, deberá motivar el por qué del monto a que ha llegado..." - (En igual sentido pueden consultarse las resoluciones de la Sala Constitucional N° 1739-92 de 11:45 hrs. Del 1° de julio de 1992; y N° 1953-96 de 12:03 hrs. Del 26 de abril de 1996).- La decisión debe ser fundamentada con el fin de que las partes puedan eventualmente impugnar ante la casación cualquier arbitrariedad en el uso de los parámetros que fija la ley en la medición de la pena en el caso concreto, lo cual puede controlarse tanto por la forma, por medio de los vicios de falta de fundamentación o violación a las reglas de la sana crítica, como también por el fondo, impugnando los parámetros utilizados y la irracionalidad del monto de la pena finalmente escogido. Como muy bien se señala en doctrina, "...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 temas.- Edit. Had-Hoc. Buenos Aires, Argentina, pp. 47-48).- Por lo expuesto debe concluirse que la casación se encuentra totalmente legitimada no sólo para examinar el respectivo fundamento de la imposición de la pena, sino además para intervenir en la fijación del monto concreto, con el fin de prevenirse ante la arbitrariedad por falta de correlación proporcionada entre las condiciones del caso y la situación de los sujetos involucrados en el conflicto en relación con el monto de la pena adoptado. Ahora bien,

en el caso de autos esta Sala no encuentra que haya desproporción o arbitrariedad en la fijación del monto de la pena, tomando en cuenta las especiales circunstancias de los hechos y de los sujetos involucrados. Obsérvese que la pena mínima establecida en el tipo penal aplicado es de cinco años, sin embargo el tribunal fijó una pena inferior al mínimo por tratarse de un delito en grado de tentativa, conforme lo autoriza el párrafo segundo del artículo 73 del Código Penal, disminución que en todo caso no es automática. Para hacer esa rebaja, más allá del mínimo, el tribunal apreció que los bienes fueron recuperados, que no hubo violencia sobre las personas y que los imputados no tienen juzgamientos inscritos, salvo uno de ellos pero que a la fecha los respectivos asientos se encuentran cancelados por el transcurso del tiempo. En esas condiciones la cantidad de pena aplicada no resulta arbitraria ni desproporcionada, pues el delito tentado fue agravado por la concurrencia de más de tres personas en la realización del hecho. Por todo lo expuesto, si bien el recurrente lleva razón al afirmar que la casación puede controlar la proporcionalidad de la pena, en el presente caso no se evidencia arbitrariedad ni desproporción, lo que motiva a rechazar el recurso."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 382-F de las 9,10 hrs. del 26 de julio.

31.- PRUEBA ESPURIA - Derivada de allanamiento declarado ilegal por la Sala en sentencia anterior.

"Como primer agravio del recurso por vicios in procedendo interpuesto por el Lic. J. L. G. Z. en favor del imputado T. A. P., se acusa la inobservancia de los artículos 23, 36, 39 y 41 de la Constitución Política, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 106, 395 incisos 2° y 3°, en relación con el 400 incisos 3° y 4° y 393 párrafo 2° del Código de Procedimientos Penales, por fundamentación ilegítima de la sentencia, toda vez que esta resolución se fundamenta en las declaraciones de los oficiales del Organismo de Investigación Judicial J. R. M., V. C. y F. C., quienes refieren su participación en un allanamiento que fue declarado ilegal por esta Sala al conocer de un recurso de revisión de la sentencia condenatoria recaída contra el encartado T. A. P. Señala el recurrente que si la Sala declaró la nulidad del allanamiento y de todos los actos conexos o consecutivos a ella, está comprendida en dicha nulidad la actuación de la policía al ingresar a la casa de habitación donde se encontraba el imputado, así como el decomiso posterior de las armas y de otros objetos que fueron parte del botín.- Considera la Sala que el reclamo es atendible, por las siguientes razones. Para la resolución del presente asunto, debe examinarse la legitimidad de lo resuelto en

el juicio de reenvío, pues la primera sentencia recaída en esta causa fue anulada por esta Sala, declarándose "la ilegalidad del allanamiento y por ende la nulidad del acto, así como la de los demás actos conexos o consecutivos que de éste dependan 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 [...]". Se agrega que "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". Los conceptos precedentes se reafirman cuando se anula también el dictamen criminalístico del 12 de abril de 1993 y se dispone que "deberá reenviarse la causa para una nueva sustanciación por estos hechos, sin tomar en consideración los actos declarados nulos" (cfr. V-614-F de las 9:55 horas del 13 de octubre de 1995, de folios 327 a 331). En el juicio de reenvío, el Tribunal, con base en las declaraciones de los oficiales de policía que detuvieron al imputado A. P. y que participaron en el allanamiento previamente declarado ilegal, y con fundamento también en las armas y objetos que fueron encontrados en esa vivienda, tuvo por demostrada su participación en los hechos por los que se le condenó, dando lugar a que en el recurso se cuestione, nuevamente, la legitimidad de la sentencia porque se sustenta en la consideración de aquella actividad que fue anulada por la Sala de Casación, apreciación en la cual incluso coincide el representante del Ministerio Público [...]. La mayoría de la Sala comparte ese criterio, pues lo cierto es que en el nuevo juicio se pretende sustituir el acto del allanamiento declarado nulo y las pruebas que se obtuvieron (armas, "jacket" y cadena de oro), recurriendo a la declaración de los policías que lo practicaron, y dando por bueno el "encuentro" de aquellos bienes en la casa en que se detuvo a Amador Pérez, dejando de lado la resolución de la Sala Constitucional (voto 0255-95 de 9:51 horas del 13 de enero de 1995), respecto a "...que de darse el hecho de un allanamiento ilegítimo, la prueba a través de él obtenida se convierte en prueba espuria y por tanto inválida y sin potencial procesal alguno, imposible de constituir base o fundamento de una sentencia condenatoria". Al repetirse los defectos que dieron base a la nulidad anteriormente declarada, ya que no se obtuvieron elementos de prueba autónomos, legítimos e idóneos para acreditar la conducta del encartado, ello implicaría la nulidad de la resolución impugnada. Sin embargo, para este caso concreto, se considera que la renovación o rectificación de los actos que fueron anulados anteriormente resulta imposible, lo cual excluye la

posibilidad de ordenar un juicio de reenvío, conforme a los artículos 150 párrafo tercero (a contrario sensu) y 483 del Código de Procedimientos Penales, en vista de la extensión y decisividad de los actos que fueron anulados, ya fuera directamente o por conexión, por lo que ahora se estima que resultaría inútil una tercera sustanciación. Por ello debe resolverse excepcionalmente el asunto por el fondo, es decir, de acuerdo con la ley aplicable, tal como se ha hecho en casos análogos al presente (véanse, por ejemplo, las resoluciones V-411-F de las 9:50 Hrs. del 14 de julio y V-491-F de las 9:55 Hrs. del 25 de agosto, ambas de 1995). Si, de acuerdo con lo expuesto, no se acreditó legítimamente que el imputado T. A. P. incurriera en la conducta que se le atribuyó en la acusación, se le debe declarar inocente por tales hechos, absolviéndolo de toda pena y responsabilidad. En vista de lo resuelto se omite pronunciamiento sobre el otro motivo de impugnación."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 365-F de las 15,55 hrs. del 18 de julio.

32.- RECURSO DE CASACION - Interpuesto por funcionaria del Ministerio Público que gozaba de licencia - Validez por prevalencia de fundamentales intereses jurídicos.

I.- Que el Lic. H. Ch. Ch., en su condición de representante del Ministerio Público, interpone recurso de queja contra la resolución del Tribunal Superior de San Carlos, de las 14:00 horas del 23 de febrero de 1996 [...], en la que se declara inadmisibles el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público para atacar la sentencia número 11-96 emitida por ese mismo Despacho judicial, a las 16 horas del 1 de febrero de 1996 [...].

II.- Que en el informe rendido a esta Sala, el Lic. M. B. R., en calidad de Presidente del Tribunal Superior de San Carlos señala que el recurso de casación presentado por la Licda. A. B. G. en representación del Ministerio Público le fue rechazado porque, "no estaba en el ejercicio de sus funciones como Fiscal de Juicio de San Carlos, cuando presentó dicho recurso..." ya que se encontraba disfrutando de una licencia sin goce de sueldo. En consecuencia, por estar suspendido su nombramiento de conformidad con lo que dispone el Art. 27 inciso 3) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 50 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el recurso es inadmisibles al ser presentado por una persona que no reúne las facultades legales que ordena la ley".

III.- Las razones de la queja son atendibles. Los principios de taxatividad objetiva y subjetiva que en materia de recursos recoge nuestro sistema procesal penal no pueden interpretarse o aplicarse de manera rígida (ver de la Sala Tercera V-138-F, de las 9:30 Hrs. del 12

de abril de 1991, entre otras). Por el contrario, tales principios deben ser comprendidos a la luz de la jurisprudencia constitucional en cuanto señala 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, así como el respeto...al debido proceso" (Sala Constitucional, V-719, de las 16:30 Hrs. del 26 de junio de 1990).

IV.- El recurso fue interpuesto por la Licda. A. B., en su condición de representante del Ministerio Público [...], quién figuró como fiscal de juicio en la audiencia oral. Si bien es cierto que para la fecha de entrega de la impugnación se encontraba disfrutando de un permiso sin goce de salario, este hecho en sí no está contemplado como una causa que autorice proceder conforme lo hizo el Tribunal, pues ello afecta la intervención del Ministerio Público en esta causa en la medida en que quien sustituyó a la licenciada B. no estuviere en capacidad de formular el recurso por no haber estado presente en la audiencia del debate. Además, de conformidad con el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales, debe interpretarse restrictivamente toda disposición que límite los derechos de los sujetos legitimados para gestionar en el proceso penal. Lo formal no puede prevalecer sobre otros fundamentales intereses jurídicos, como el acceso a la justicia, el cual debe estar por encima de la mera legalidad exclusivamente ritual. Conforme se expuso, el Tribunal desconoce la normativa supra citada, cuando utiliza los artículos 27 inciso 3) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 50 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, para deducir un criterio contrario y restrictivo al que establece el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales. Por ende, esta Sala considera que la Fiscal de Juicio estaba legitimada para interponer el presente recurso de casación, por haber figurado como representante del Ministerio Público al momento en que se desarrolló la audiencia del debate, pues así se desprende también del artículo 31 inciso b) de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Por otra parte, también resulta atendible la queja desde la óptica del funcionario de hecho (sobre los alcances y potestades de los funcionarios de hecho véase, Sala Tercera de la Corte Suprema

de Justicia, V-593-F, de las 8:55 Hrs. del 11 de diciembre de 1992, entre otros). En consecuencia el recurso presentado es admisible, por lo que procede acoger la queja, conceder el recurso de casación interpuesto y remitir los autos al Tribunal Superior de San Carlos para que proceda a emplazar a las partes."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 45-A de las 9 hrs. del 10 de mayo.

33.- RECURSO DE CASACION - No recibido por cierre de atención al público - Modificación de horario por remodelación no puede afectar derechos de quienes desconocen esa circunstancia.

"I.- El imputado R. G. S. interpone recurso de queja contra la resolución dictada por el Tribunal Superior de Heredia a las 14:30 horas del día 29 de julio de 1996, que rechazó el recurso de casación que él preparó contra la sentencia condenatoria N° 84-3-96 de las 17 horas del 12 de junio de 1996, por haber sido presentado extemporáneamente [...]. Esto se decidió así, informa el Tribunal, porque el término para interponer el recurso de casación vencía el día 8 de julio del año en curso, siendo que el escrito se recibió hasta el día siguiente, conforme al horario de atención dispuesto por el Consejo Superior del Poder Judicial para ese Tribunal (cfr. acta del Consejo Superior del Poder Judicial N° 44-96, celebrada el 7 de junio de 1996, artículo XLIX, [...]). Por su parte, el quejoso indica que lo que sucedió fue que su hermano, el Lic. J. L. G. S., se presentó al despacho del Tribunal al ser las 15:50 horas del día 8 de julio y no se le recibió el recurso porque a esa hora ya no se atendía al público, lo cual acredita con la copia de la constancia [...]. Considera esta Sala que el reclamo es atendible, por las siguientes razones. En primer lugar, debe admitirse que la conducta del Tribunal se ajustó a lo que literalmente acordó el Consejo Superior. Sin embargo, considera esta Sala que en el caso en examen se está en presencia de una situación límite, en que si el recurso no se presentó oportunamente, no fue por falta de interés o negligencia de la parte, sino porque ésta actuó erróneamente, en vista del desconocimiento que tenía del cambio de horario de atención al público en el Tribunal Superior de Heredia. Debe considerarse que la diferencia de horarios de atención al público entre esa ciudad y el resto del país obedece a razones excepcionales o particulares, concretamente a necesidades propias de la Administración de Justicia en el cantón Central de Heredia, en vista de la remodelación y construcción que se ha venido haciendo del edificio de los Tribunales de Justicia. Considera esta Sala que resulta excesivo limitar el derecho de recurrir en casación al imputado R. G. S. solo porque su hermano -desconoc-

ciendo el horario dispuesto exclusivamente para ese Cantón- se presentó a entregar el escrito a las 15:50 horas del día que vencía el plazo, sobre todo si se considera que el horario normal de atención al público en el resto del país llega hasta las 16:30 horas, horario al que desde hace varios años se han acostumbrado todos los ciudadanos, particularmente los abogados, como lo es el hermano del imputado. En vista de las excepcionales circunstancias que rodean este caso y considerando que, por imperativo del artículo 3 del Código de Procedimientos Penales, "Será interpretada restrictivamente toda disposición legal que... limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso...", como lo es la interposición del

recurso de casación, cabe estimar que el recurso de casación fue interpuesto oportunamente conforme al espíritu o inteligencia de la ley, razón por la cual debe declararse con lugar el recurso de queja, ordenando la devolución de las actuaciones a fin de que el Tribunal de origen emplace a las partes y proceda como corresponda. Se sugiere respetuosamente al Tribunal que en lo sucesivo, mientras existan las circunstancias y acuerdos que lo justifican, advierta el horario particular de su despacho cuando notifique resoluciones susceptibles de ser recurridas, como lo son las sentencias."

1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 113-A de las 10,45 hrs. del 11 de octubre.





LIBRERIA BARRABAS E.I.R.L.

**Especialidad en libros de Derecho.
Importadora de España, Argentina, Colombia y México.
Además ofrecemos todos los códigos y Leyes nacionales.
Librería Barrabas, donde el libro no le cuesta más.**

**Para sus pedidos o consultas
Tel & Fax: 221-4822
Apdo. 613-2050
Recibimos su tarjeta de crédito
100 m. Oeste del Restaurant Alpino**

Precio ¢1000



Esta Revista se edita con la colaboración del Colegio de Abogados de Costa Rica