

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

MAYO, 1999

AÑO 11, N° 16

DOCTRINA EXTRANJERA

La aplicación del nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica (Informe 1998).

Julio B. J. Maier

Reforma de la justicia penal y constitucional: Del programa político al programa científico.

Alberto M. Bínder

La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso.

Borja Mapelli Caffarena

Manual del buen abolicionista.

Alberto Bovino

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente.

Cecilia Sánchez Romero

Jurisprudencia constitucional.

Martín Rodríguez

Lucila Monge

DOCTRINA NACIONAL

La violencia en Costa Rica:

Un problema estructural.

Marco Vinicio Fournier

Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa.

Elías Carranza Lucero

Derecho a la información y la cobertura de procesos judiciales.

Luis Sáenz Zumbado

Aceptación de los cargos y decisión jurisdiccional en la suspensión del proceso a prueba en materia penal juvenil.

Rosaura García Aguilar

Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo Código Procesal Penal.

Rónald Cortés Coto



"Ranas y sapos de marzo y abril" - Aguainta

CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

MAYO, 1999

AÑO 11, N° 16

ISSN 1409-0643

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Álvarez, Director
Henry Issa el Khoury Jacob
Francisco Dall'Anese Ruiz

DIRECCIÓN POSTAL

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

CONSEJO EDITORIAL CONSULTIVO

Dr. Wolfgang Shöne, Alemania
Dr. Alessandro Baratta, Alemania-Italia
Dr. David Baigún, Argentina
Dr. Raúl Zaffaroni, Argentina
Dr. Alberto Bínider, Argentina
Dr. Fernando de la Rúa, Argentina
Dr. Julio B. J. Maier, Argentina
Dr. Alejandro Colanzi Z., Bolivia
Dra. Ada Pellegrini Grinover, Brasil
Dr. Édgar Saavedra Rojas, Colombia
Dr. Juan Bustos Ramírez, Chile
Dr. Jaime Malamud G., Estados Unidos
Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, España
Dr. Antonio González Cuéllar, España
Dr. Vicente Gimeno Sendra, España
Dr. Antonio Beristain Ipiña, España
Dr. Juan Luis Gómez Colomer, España
Dr. Giovanni Conso, Italia
Dr. Adolfo Gelsi Bidart (†), Uruguay
Dra. Rosa del Olmo, Venezuela



**ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES**

Junta Directiva

Presidente

Francisco Dall'Anese Ruiz

Vicepresidenta

Cecilia Sánchez Romero

Secretaria

Carmen Aguilar Mora

Tesorero

Carlos Luis Redondo Gutiérrez

Fiscal

Carlos Tiffer Sotomayor

Vocal

Jorge Luis Arce Víquez

Vocal

Luis Sáenz Zumbado

Impreso en GIOVACOLOR. Portada y muestra gráfica diseñada por Gerardo González con acrílicos de José Alejandro Herrera. Diseño Gráfico: Luis Gdo. Romero Araya. Corrección: Adrián Alfaro Obando.

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

ÍNDICE

DOCTRINA EXTRANJERA

<i>La aplicación del nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica (Informe 1998).</i> Julio B. J. Maier.	7
<i>Reforma de la justicia penal y constitucional: Del programa político al programa científico.</i> Alberto M. Bínder.	25
<i>La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso.</i> Borja Mapelli Caffarena.	33
<i>Manual del buen abolicionista.</i> Alberto Bovino.	47

DOCTRINA NACIONAL

<i>La violencia en Costa Rica: Un problema estructural.</i> Marco Vinicio Fournier.	51
<i>Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa.</i> Elías Carranza Lucero.	65
<i>Derecho a la información y la cobertura de procesos judiciales.</i> Luis Sáenz Zumbado.	73
<i>Aceptación de los cargos y decisión jurisdiccional en la suspensión del proceso a prueba en materia penal juvenil.</i> Rosaura García Aguilar.	79
<i>Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo Código Procesal Penal.</i> Rónald Cortés Coto.	93

JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal reciente.</i> Cecilia Sánchez Romero.	103
<i>Jurisprudencia constitucional.</i> Martín Rodríguez Lucila Monge.	169

EDITORIAL

La reforma del proceso penal costarricense, con la promulgación del Código Procesal Penal en 1996 —vigente desde el 1° de enero de 1998— implicó un trabajo agresivo en la preparación de jueces, fiscales y defensores, que a la postre se ha quedado corto en vista de las necesidades descubiertas. Confiados en la experiencia acumulada en el juicio oral, desde 1975, se sobrestimó la capacidad de los operadores jurídicos de manera tal que solamente se dio énfasis a los conocimientos y no a las habilidades requeridas para la fase preparatoria. Se supuso que el conocimiento del juicio nos permitiría un arranque más eficaz y eficiente que en el resto de Centroamérica, donde la oralidad viene siendo una novedad.

Sin embargo, al momento de echar a andar el nuevo sistema procesal, quedó al desnudo un Ministerio Público —ahora encargado de la investigación preparatoria— ayuno de conocimientos en criminalística y sin mayor previsión administrativa para recibir una gran cantidad de procesos, que finalmente se ha traducido en el colapso. Efectivamente, los fiscales no están en condiciones humanas y materiales para sacar adelante la tarea, por lo que urge una solución.

A lo anterior se suma la entrada en vigencia —también el 1° de enero de 1998— de una reforma administrativa del Poder Judicial, con la creación de los megadespachos, lo que ha venido a producir mayor trastorno en la estructura de la justicia penal, sin contar lo que sucede en tribunales de otras especialidades. Esto ha significado un marcado retardo en la tramitación y resolución de asuntos.

Así, lo que sucede en el Ministerio Público y en los tribunales, ha traído a menos la imagen del Poder Judicial, con lo que se ha comenzado a notar una acentuada deslegitimación de la administración de justicia, peligrando con ello la institucionalidad tradicional de Costa Rica. En este momento urge una solución integral al problema, por lo cual la Corte Suprema de Justicia debe dedicar su mejor empeño al estudio de las causas y posibles soluciones, para recuperar así el reconocimiento de los usuarios del servicio.

Dejar pasar más tiempo, solamente vendría a agravar la situación y a dificultar una salida airosa. Tal vez convendría integrar una comisión multidisciplinaria de magistrados, administradores públicos, jueces, fiscales, defensores públicos y representantes del Colegio de Abogados, con el objetivo de ofrecer a corto plazo una solución eficaz; de otro modo llegará el momento en que se declare en emergencia nacional a la administración de justicia.

Antes de llegar a este extremo, la comisión que se sugiere debe proponer una agenda para materializar las acciones que pondrán fin a la crisis, y comisionar las distintas actividades a los funcionarios responsables. Solamente con buena voluntad y trabajo, pareciera, es superable esta situación que embarga al Poder Judicial.

LA APLICACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE COSTA RICA (INFORME 1998)

Julio B. J. Maier

1. INTRODUCCIÓN

A. Base del informe

Entre los días 23 y 26 de junio de 1998 tuve oportunidad, otra vez, de reunirme con actores del sistema penal costarricense, en especial, con funcionarios judiciales. No soy un mero espectador, ni mucho menos un observador objetivo del fenómeno de la administración de justicia penal en la República de Costa Rica. Por el contrario, por amistad con muchos de los operadores judiciales, como por el hecho de haber sido consultado en innumerables oportunidades, inclusive durante los trabajos de preparación del Código Procesal Penal (en adelante: CPP) hoy vigente, me considero yo mismo involucrado en el problema, mucho más allá de aquello que permite la calificación de un análisis como objetivo, en relación con ese ideal, pues, en materia de ciencias sociales o culturales el observador es, siempre, parte del objeto que estudia.

Sin embargo, cumplo con algún requisito básico para el acercamiento a ese ideal en materia jurídica: soy extranjero y vivo fuera del país, de tal manera que no me son aplicables, de ordinario y dicho de modo genérico, las reglas del orden jurídico costarricense, ni trabajo usualmente con ellas. Ello es, sin duda, una ventaja en relación con el ideal de objetividad.

Para este informe, del que no deben esperarse grandes resultados ni enormes críticas, debido al escaso contacto, tanto temporal como territorial (sólo visité San José), con el sistema penal de Costa Rica, me sirven a manera de prueba una conferencia en la Universidad de La Salle, con su debate posterior, fuera de programa, atención académica de su Decano, el Prof. Wálter Antillón, una extensa reunión con un grupo de operadores judiciales en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia, entre los cuales se contaba con magistrados de la Sala Penal de la Corte, jueces penales, funcionarios del Ministerio Público y defensores públicos, una conferencia en el mismo ámbito, con discusión posterior, una reunión con el Fiscal General y fiscales del Ministerio Público —según creo casi todos

fiscales adjuntos y de varias zonas del país—, una visita académica al curso de posgrado en Derecho Penal de la UCR, gentileza del Prof. Dr. Daniel González, con vivo diálogo con sus alumnos, una visita a la nueva sede judicial de San José, en la cual visité, específicamente a jueces del Tribunal de Casación Penal, y por fin, mis conversaciones informales en el ámbito del programa de mejoramiento de la administración de justicia, que incluyeron, por vez primera, una entrevista con auxiliares forenses.

B. Esquema del informe

Básicamente, dividiré este informe en dos partes. La primera se ocupará de problemas estructurales de la administración de justicia penal costarricense. Ésta será la parte central e importante del informe, pues enfrentará los problemas detectados ante la aplicación del nuevo Código e incipientes formas nuevas de organización judicial. Sin embargo, me permitiré reiterar antiguas críticas mías al sistema judicial de Costa Rica, que no por antiguas son menos visibles hoy día.

La segunda parte del informe reunirá los problemas de interpretación y aplicación de la ley que me fueron planteados. Según se observa, esta parte del informe responde a cuestiones puntuales, antes bien a cuestiones jurídicas que a problemas de organización.

El informe, según se verá, tendrá un tono crítico indudable, pues críticos fueron, en la ocasión, mis anfitriones y compañeros de esos días y porque, según comprendí mi misión y también la de ellos —que confrontaban conmigo para advertirme sobre sus problemas y no para deleitarme con la alabanza sencilla—, se trataba de observar los problemas que soporta, actualmente, la administración de justicia penal costarricense.

Empero, por ello mismo, deseo comenzar con dos advertencias. La primera, visto el Poder Judicial desde afuera, se refiere al apoyo con que cuenta el servicio judicial costarricense, en todo sentido, quizá único en la

América hispana, pues no sufre un desprestigio generalizado y un descreimiento total de parte de los habitantes como función del Estado. La segunda se vincula al permanente cuestionamiento interno que los mismos operadores judiciales practican sobre el sistema, en procura de su perfeccionamiento y detección de sus problemas. Quizá es esta segunda visión, unida a otras causas que hoy no arriesgaré, un reaseguro externo, una fuente de prestigio y de credibilidad. Problemas y posibilidades de mejoramiento habrá siempre: lo importante es no paralizar la tarea cotidiana de hallar esos problemas, de elaborarlos críticamente y de mirar alrededor en la búsqueda de soluciones.

Terminaré el informe con una síntesis de mis recomendaciones, para simplificar su lectura.

2. LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES

A. La organización judicial básica

I. No todos los problemas son nuevos. Francamente, a quien ha vivido en Costa Rica y tenido, a través del tiempo, un contacto casi permanente con los actores del sistema judicial, le resulta difícil criticar el sistema, si no se aparta ostensiblemente de ciertos logros prácticos indudables. La tarea es más difícil aún ante el espectáculo que brindan los poderes judiciales hispanoamericanos, en general profundamente desprestigiados y, al menos en la visión popular, inservibles no sólo como fuente de contención política sino, además, como creadores de condiciones de vida pacífica, al resolver de manera al menos aceptable los conflictos sociales más graves o importantes que presenta la vida en común dentro de una nación.

Pero, si me aparto de esa visión práctica y absolutamente coyuntural y adopto una postura más general y abstracta, sigo observando que la Constitución Política costarricense ha trazado una sinonimia entre la Corte Suprema y el Poder Judicial. Los demás jueces que supone el sistema parecen, desde el punto de vista normativo como en ningún otro país, empleados de la Corte Suprema. Nadie discute en Costa Rica métodos de nombramiento y remoción de magistrados, debatidos hoy genéricamente, o, mejor dicho, nadie discute seriamente el poder de la Corte Suprema para designarlos, removerlos o ejercer la disciplina sobre ellos. Nadie discute en Costa Rica sistemas de participación de los propios jueces y de otros estamentos sociales en el gobierno del Poder Judicial, no por delegación del poder originario de la Corte Suprema, sino como organismo exterior a ella y no dependiente de ella. Supuesta, como creo que hay que suponer en líneas generales, la independencia externa del Poder Judicial

costarricense, nadie discute sobre la **independencia interna** de los jueces que integran los tribunales del sistema, y realidades tales como la fuerza de **jurisprudencia obligatoria** para los tribunales inferiores, que poseen algunos fallos de la Corte Suprema, o la sumisión de hecho a sus decisiones, por encima de la regla básica del Estado de Derecho—"los jueces son independientes (se sobreentiende: en sus decisiones dentro de su competencia) de **todo** poder del Estado y sólo sometidos a la ley"—no merecen crítica en la realidad jurídica costarricense. Se confía en la sapiencia y ecuanimidad de los magistrados de la Corte Suprema, que yo considero acabadamente probada en los caos que conozco personalmente, pero nadie advierte, al menos públicamente—un ejercicio que debería practicar todo buen liberal y estadista de un Estado de Derecho—, que la integración coyuntural de la Corte y de sus salas no es eterna, que los hombres pasan y las instituciones quedan.

Sin ingresar a todos los problemas, quisiera mencionar que la Corte Suprema también domina, por nombramiento, remoción y disciplina al Consejo Superior del Poder Judicial, al Ministerio Público Penal y a la defensa pública, y cuenta también en su seno con una fuerte y vigorosa organización de policía judicial. Sin perjuicio de que, en casi todos los casos, la Corte Suprema ha delegado, en principio, sus atribuciones, especialmente las de inspección y disciplina, indirectamente las mantiene intactas como se puede observar en una lectura rápida de la Ley de Organización Judicial.

Se trata, según se observa, de un Poder Judicial fuertemente verticalizado. La centralización de funciones de gobierno y administración originarias en la Corte Suprema de Justicia le han servido, en un contexto de mesura política y tolerancia ideológica, para reafirmar su independencia externa, pero no parece que logre afirmar la independencia interna de los jueces inferiores y demás funcionarios del Poder Judicial, cuyo poder es claramente tributario, al menos normativamente, del conferido a la Corte Suprema.

Este problema, que en otros países de la América hispana ha pergeñado resultados trágicos, no ha hecho eclosión en Costa Rica, según mi juicio, por dos factores básicos: uno es externo y se vincula con el contexto general de convivencia democrática, que ha permitido el uso mesurado del poder político en Costa Rica y que se observa en el nombramiento de magistrados de la Corte Suprema, varios de los cuales han conseguido por su esfuerzo y dedicación renombre internacional; el otro es interno y se vincula a un hecho singular en la América hispana: el número de magistrados, inusualmente elevado en esta parte del mundo, que para mí constituye todo un

acierto, al erigir a la Corte Suprema en un verdadero tribunal de casación del Estado, en el cual conviven, seguramente, diferentes ideologías políticas que privilegian la profesionalidad de sus decisiones, el acatamiento a la ley del Estado y edifican, sobre esa base, los cimientos de la convivencia común y de la tolerancia política.

II. Si bien el problema no es nuevo, según antes lo indiqué, puesto que obedece, incluso, a la concepción constitucional del Poder Judicial, he detectado, esta vez, mayor alarma de los operadores judiciales en relación con él. La raíz del problema principal parece ser la atribución que la llamada **Ley de Reorganización Judicial** (Nº 7728 del 15-12-1997) contiene en su artículo 20. Por ella se autoriza, por un largo plazo, el nombramiento interino de jueces, en materia penal, jueces en todo caso provisionales en su cargo (sin estabilidad) o, como se dice en Costa Rica, sin propiedad sobre el cargo. Cabe expresar que, jurídicamente, tal autorización es, a la letra, de carácter excepcional y, sin embargo, me quedó la impresión de que ha sido utilizada de modo corriente.

La alarma no es gratuita, como no lo es alarma alguna que provenga de la inestabilidad en el cargo judicial para independencia externa e interna de los jueces —para el caso es esta última la que sufre, por la hegemonía de la Corte Suprema—, ni siquiera en Costa Rica, país tradicionalmente respetuoso de los integrantes de su Poder Judicial. No expresaré novedad alguna si advierto acerca de que éste resulta ser, precisamente, un mal endémico de muchos países de América Latina, casi siempre atinente a la independencia externa del Poder Judicial, mal que, según experiencia en otros países hermanos, prohija, incluso, otros males mayores.

III. No es sencillo corregir defectos de centralización y verticalización del Poder Judicial, y menos aun cuando ellos provienen ya de la ley constitucional. Se podría pensar en una ley de organización judicial, en la cual la Corte Suprema se desprenda en mayor medida de ciertas facultades y aun en mecanismos que concedan mayores posibilidades de horizontalización del Poder Judicial, tradicionalmente rechazados en Costa Rica, pero ello constituye una decisión de enorme implicancia política, en la cual, seguramente, no se logrará un consenso suficiente, al menos rápidamente.

En cambio, el defecto apuntado de los nombramientos "interinos" y aquél de las instrucciones superiores sobre cómo aplicar la ley (recursos de oficio o jurisprudencia obligatoria) son, relativamente a los apuntados, defectos —si se los considera tales— corregibles por la legislación común.

Lo cierto es que, según mi apreciación, hoy la distancia entre la Corte Suprema y los funcionarios judiciales inferiores, en torno al poder, parece superior a la de antaño, en lugar de haberse reducido.

B. El Ministerio Público y sus problemas

I. La legislación procesal penal costarricense ha sufrido, en el área de la investigación preliminar al enjuiciamiento penal, un cambio notable. No sólo le ha trasladado al Ministerio Público la responsabilidad de preparar la acción pública, sino que, además, ha puesto en sus manos una enorme cantidad de mecanismos sustitutivos del sistema penal tradicional.

No puede existir duda en afirmar que la carga de trabajo más significativa del sistema le corresponde al Ministerio Público y tampoco en aseverar que, dentro de su organización, la mayor carga de trabajo consiste en la instrucción preparatoria. Éste es, entonces, un problema mayúsculo que debe sortear el nuevo sistema para afirmarse, si se parte de la premisa de que el cambio es correcto política y funcionalmente.

Consecuentemente, es éste el sector de la organización judicial que requiere mayor refuerzo no sólo en recursos materiales, sino también en recursos humanos. Aquí se detectó un sinnúmero de inconvenientes prácticos que paso a describir, para luego postular ciertos correctivos.

II. A mi juicio, el principal problema, que puede generalizarse como universal, consiste en las **relaciones Ministerio Público-policía**, en el caso de Costa Rica, quizá, policía judicial (OIJ). Según mis observaciones, no parece que estas relaciones hayan sido solucionadas de manera adecuada por el mero efecto del cambio de legislación procesal, ni por la atribución de la dirección funcional de la policía, en los casos concretos, a los fiscales del Ministerio Público. Por el contrario, parece que los fiscales han tomado patente de investigadores, pero no jurídicos, sino empíricos, por una parte, de manera tal que no alcanzan ni alcanzarán nunca sus recursos humanos, y que han interpretado el cambio de modo tal de reemplazar a los jueces de instrucción en la realización de una tarea judicial idéntica a la que ellos venían realizando con la legislación anterior, por la otra parte.

El Ministerio Público ha sido descrito, en razón de su función y organización en un sistema penal cuyo punto de partida sea la persecución penal pública, como una "cabeza sin extremidades o sin manos". Ello, en idioma más directo, significa que carece, en general, de fuerza ejecutiva propia, fuerza ejecutiva que le presta la policía estatal.

La policía, por su parte, ha nacido por necesidades de seguridad interna del Estado, pero referidas, básicamente, al ámbito del espacio público o privado contiguo a él, y a bienes jurídicos fundamentales como aquéllos que atacan o ponen en peligro los delitos contra las personas físicas (vida, integridad corporal), o contra el patrimonio relativamente sencillo (hurtos, robos, fraudes de escasa complejidad). La policía cumple la misión esencial de monopolizar la fuerza para el Estado, pues, salvo escasas autorizaciones para los particulares (la defensa legítima es, sin duda, la mayor atribución a particulares por el hecho de que el auxilio de la fuerza pública llega tarde), el Estado significa, básicamente, monopolio de la violencia autorizada por el orden jurídico; la reacción particular es, de ordinario, ilegítima. Como consecuencia, el ejercicio de la violencia por los ciudadanos para dirimir cualquier conflicto, en una suerte de "quebrantamiento de la paz interna", será el ámbito en el cual las potestades y deberes policiales se tornarán más visibles y claros.

Pero la complejidad del orden jurídico y de las relaciones jurídicas modernas, con la proliferación de entes ideales (personas jurídicas) o asociaciones complejas, con mecanismos de decisión también complejos, que a veces superan el mismo territorio del país y con poder económico indudable —en ocasiones superior al del Estado mismo— ha transformado el Derecho Penal de las últimas décadas que ahora se ocupa, también, de bienes jurídicos no tradicionales, poco asibles, muchas veces denominados como colectivos —por la dificultad para señalar en ese ámbito víctimas individuales— (como la economía nacional o la hacienda pública, el ambiente o la salud pública), o de fraudes que, a pesar de ingresar en la categoría de tradicionales, por referencia a las prohibiciones conocidas desde antaño, son cometidos mediante mecanismos modernos complejos o por personas o asociaciones incomparables con los autores individuales de antaño. Los delitos de funcionarios públicos, sobre todo aquéllos que son cometidos en perjuicio de la propia hacienda pública, integran este rubro.

Las relaciones Ministerio Público-policía y el ámbito concreto de sus incumbencias han sido difíciles de delimitar, si todo el problema se mira, como es común entre nosotros, con un espectro que sólo pretende diferenciar el blanco del negro. En cambio, si se acepta que aun dentro de ese esquema, existen también los grises, y que, por ello, no se trata de fijar límites precisos de competencia, que parcialmente se superponen, sino, antes bien, de crear reglamentos o guías de actuación que procuren la eficiencia de la labor común de perseguir penalmente, que ambas instituciones cumplen y sobre cuya eficiencia son responsables conjuntos, es quizá posible hallar soluciones.

En este sentido, creo que será imposible reemplazar a la policía como primer muro de contención de la violencia en ámbitos públicos o aledaños a él, pues la labor de prevención de estos hechos, como la intervención inicial una vez fracasada la tarea preventiva, es innata a ella. En estos delitos, el Ministerio Público cumplirá el papel tradicional de "cabeza sin manos", constituirá el primer control jurídico de la actividad policial con miras a la persecución penal de los hechos punibles y deberá valerse predominantemente de la labor policial para obtener los materiales relativos a sus decisiones. Un trabajo conjunto de aprendizaje Ministerio Público-policía y la búsqueda de proposiciones concretas por consenso de ambas instituciones, para complementarse debidamente, en lugar de fijar incumbencias separadas estrictas, que nadie ha podido fijar hasta ahora, constituye, según mi apreciación, el camino a seguir.

En la otra zona, en cambio, aquélla de los delitos no tradicionales o complejos, de autores antaño poco menos inmunes al sistema penal, extraños al ámbito natural de la policía, el Ministerio Público deberá cumplir una tarea casi exclusiva en la investigación. Tomará de prestado, eso sí, la fuerza pública policial a su requerimiento, cuando la necesite. Conviene, incluso, la formación de secciones especiales (o fiscalías especiales) del Ministerio Público, con conocimientos y aptitudes específicas (Derecho bancario, Derecho de sociedades, Derecho comercial y de concursos, contabilidad, informática, comunicaciones) y con apoyo técnico idóneo para lograr eficiencia en este rubro.

III. Un problema fácilmente detectable está constituido por aquellos casos que, de manera casi onomatopéyica, se ha denominado "arrastré". Se trata de los casos que, antes instruidos por los juzgados penales de instrucción, fueron transferidos inmediatamente al Ministerio Público, al entrar en vigencia el nuevo Código. El número parece ser abrumador, pero también parece que muchos de estos casos "arrastran" demoras anteriores al cambio de régimen procesal.

Estimo que el problema no tiene otra solución que ciertas medidas internas a adoptar por el fiscal general y sus colaboradores inmediatos. Creo, por lo pronto, que los casos "nuevos", para llamarlos de alguna manera, no deberían tolerar más atrasos. Nada se gana con transferir el atraso permanentemente hacia el futuro y algún corte es imprescindible tolerar. Una vez fijado este criterio, debería clasificarse los casos rápidamente por un equipo, teniendo como norte la aplicación de soluciones alternativas al sistema (criterios de oportunidad, conciliación, suspensión del juicio, reparación integral), el sobreseimiento o la acusación. Los casos deberían ser

repartidos entre los operadores del sistema con un plazo genérico de finalización del atraso y controles parciales, para que aconsejen rápidamente la aplicación del criterio de clasificación y, en su caso, produzcan el acto necesario para llevarlo a cabo. Quedarán, seguramente, un número menor de casos en los cuales resulta necesario producir todavía una investigación integral, únicos que, sometidos a ese régimen, pasarán a integrar la nómina de aquéllos que procesa el Ministerio Público regularmente.

IV. El nuevo código no obliga a los funcionarios del Ministerio Público a asentar en acta los actos de investigación, aunque la solución de algunos incidentes, fundamentalmente de los relativos a las medidas de coerción, parece suponer casi siempre un legajo escrito sobre la base del cual los tribunales conceden o no la medida solicitada.

Se trata de un error: la labor de los fiscales no consiste hoy en constituir un legajo de declaraciones escritas, tal como en el antiguo sistema lo confeccionaba el juez de instrucción. Y el error es aún mayor si en ese legajo describen, por disposiciones, toda la administración del caso.

En los casos sencillos, que van precedidos por una investigación policial inmediata, a cuya finalización los agentes policiales intervinientes informan al Ministerio Público sobre el resultado de sus investigaciones, los fiscales deberían requerir casi inmediatamente cualquiera de las soluciones posibles del caso, previo escuchar al imputado y su defensor antes de requerir el juicio o una medida sustitutiva de la utilización del sistema penal. A lo sumo, para verificar su ofrecimiento de prueba para el juicio, en caso de requerirlo, el fiscal podría valerse de auxiliares que, sin citar a testigos o peritos a su despacho, comprueben en los domicilios de quienes deberán comparecer al debate el lugar en que han de ser citados al juicio y, eventualmente, sus versiones acerca del extremo sobre el cual deben informar. Precisamente, para cumplir esta tarea, la policía judicial debe trabajar de manera mucho más unida con el Ministerio Público, ya destinando algunos de sus hombres a auxiliar a los fiscales y a trabajar con ellos, ya creando una sección especial de investigadores que cumplan con esta tarea, a simple requerimiento informal de los fiscales. En todo caso, un trabajo conjunto de fiscales y policías resulta imprescindible, si se quiere que el nuevo sistema rinda sus frutos, incluso para los mismos ciudadanos, que no se verán sometidos a esa perpetua ratificación de sus dichos en estrados judiciales, complicación burocrática por la cual la mayor parte de ellos intenta sustraerse de su obligación de informar judicialmente sobre aquello que conocen. Ya resulta sumamente molesta la obligación de comparecer al juicio público para ser

interrogado, como para obligar a los ciudadanos a comparecer varias veces a las oficinas judiciales a contar su historia. Si ellos son entrevistados en sus domicilios o en sus lugares de trabajo, con la mínima molestia de tiempo, esa atención se verá reflejada en un acatamiento mayor de la obligación de comparecer al juicio público. Los fiscales deberán manejar estas informaciones frente a los defensores con **lealtad**, sobre todo en la audiencia preliminar al juicio y en entrevistas informales, para hacerles conocer la prueba de la cual disponen.

V. Recomendaciones: a) A mi juicio, el aprendizaje conjunto de fiscales y policías del nuevo papel que deben cumplir —también **conjuntamente**—, según el nuevo procedimiento de preparación de la acción pública regulado por la ley, exige tanto por la cúspide como por la base, la realización de conferencias conjuntas en las cuales se expongan de manera transparente los problemas de ambas instituciones y de ambas clases de funcionarios, con el objeto de lograr modos y guías de actuación conjunta que permitan una colaboración entre ambos oficios, sin la cual el nuevo sistema no producirá fruto alguno.

b) Por ello mismo, estimo que las mayores posibilidades de capacitación y cursos o conferencias relativos a esta función deberían ser utilizados para lograr que fiscales y policías trabajen conjuntamente en la consecución de un único papel que a ambas instituciones les incumbe en el procedimiento penal: la persecución penal estatal, con todas sus características. De esos cursos y conferencias guiados deben emerger tanto rutinas organizativas y operativas de ambas instituciones y de los funcionarios que las integran, que permitan cumplir el esquema de labor que la ley marca.

c) La organización del Ministerio Público se asemeja a la de un gran bufete jurídico, cuyos problemas se multiplican, porque supera geoméricamente al término de la comparación en número de operarios y de casos. Estimo que, si estudios empíricos aconsejan la necesidad de ampliar sus recursos humanos, tal extensión debe ser llevada a cabo por la base. Ello quiere indicar que, o bien la ampliación debe convocar a abogados jóvenes, que experimenten sus primeros contactos profesionales en el Ministerio Público, previo algún curso intensivo de ingreso que indique cuáles de ellos son idóneos para esa tarea, o bien puede convocarse a estudiantes avanzados de abogacía, ya con sus cursos de Derecho Penal y Procesal Penal superados, para una pasantía remunerada en el Ministerio Público, que también superen cursos de aptitud para la función. Estos auxiliares deberían tener limitadas sus funciones procesales: básicamente, ellos trabajarían en la investigación preparatoria de la acción pública y sólo podrían concluir sobre ella o concurrir a audiencias

judiciales en compañía de un fiscal superior que se responsabilice por su labor o la tome a su cargo cuando fuere necesario. De esta manera, se podría ampliar considerablemente la plantilla del Ministerio Público sin un desembolso presupuestario desmesurado; al mismo tiempo, se los consideraría "fiscales de prueba", en el sentido de que una calificación por sus superiores de su comportamiento en el oficio sería la mejor manera de elección de recursos humanos futuros. De más está advertir acerca de la colaboración que este proceso implicaría para la formación profesional y universitaria, y para la salida laboral inmediata de los estudiantes de Derecho o de los graduados universitarios en ciencias jurídicas de mejores condiciones.

d) No he escuchado quejas acerca de la tarea difícil de organización que implica la necesidad de los fiscales de defender la acusación en juicio público. Se me ha anunciado que se tiende a convocar para el juicio, de ordinario, a aquellos fiscales que han llevado a cabo la preparación de la acusación. Este no debe ser, necesariamente, el criterio a adoptar, pues quizá deba primar la experiencia e idoneidad, sobre todo en los juicios complejos y, en ocasiones, hasta la necesidad de convocar a varios fiscales para que colaboren entre sí en uno de estos juicios, pero, cualquiera que sea el criterio que se adopte, es preciso diseñar una organización interna fuerte y que parta de la observación de los casos individuales, para responder con eficiencia a esa labor.

e) La Ley Orgánica debe instituir el deber de los fiscales de informar al superior jerárquico de su fiscalía cada vez que un caso, atribuido a él por un sistema burocrático de turnos, supera en complejidad sus reales posibilidades, por la cantidad o calidad de los problemas que presenta o, simplemente, por el número de los intervinientes en él, de manera tal que el superior jerárquico pueda redistribuirlo o procurar el auxilio necesario de otros fiscales para el cumplimiento correcto y eficiente de la función de perseguir penalmente.

C. Los tribunales penales y el juicio público

I. Son dos los problemas básicos que he hallado en esta zona y en estos actores. El primero es organizativo y se refiere a la gran cantidad de juicios suspendidos. Tal suspensión no parece ocurrir, al menos en la mayor medida, por la rebeldía de los acusados, sino, por lo contrario, por la "rebeldía" (no comparencia) de las personas que deben informar en él (testigos, peritos, víctima, etc.). Tampoco son escasas las oportunidades de suspensiones sucesivas.

Se me ha expresado que, luego de una primera citación burocrática de las personas que deben intervenir

en un juicio, cuando llega el caso de suspensión —y él se presenta, lamentablemente, en muchas oportunidades—, sucede una verificación y citación más personalizada, después de la cual puede continuar el juicio.

En primer lugar, la ley debió partir del presupuesto de que la citación de los órganos de prueba para el juicio es labor que le corresponde al oferente del medio de prueba que ha sido admitido. En ese sentido, el oferente es quien tiene mayor contacto con "su prueba". Por supuesto, la ley debió prever el auxilio de los tribunales (jueces unipersonales) para que, en caso de reticencia a concurrir o en variados casos de dificultades (averiguación del domicilio, etc.), las diferentes "partes" oferentes puedan requerir ese auxilio, incluso para habilitar la fuerza pública necesaria para compeler a concurrir. De ese modo, la responsabilidad primaria de la concurrencia de los órganos de prueba al juicio público reside en los mismos oferentes.

Empero, si se ha dispuesto de otro modo, no observo la necesidad de utilizar el procedimiento que se adopta: no es necesario suspender un juicio para recién en ese momento adoptar un procedimiento serio de citación. Sin embargo, estimo que el problema es de corrección sencilla. Parto, por supuesto, de la premisa de que toda esta tarea es puramente administrativa y, por tanto, no es responsabilidad de los jueces.

Sin perjuicio de la citación burocrática, cada sala de audiencia debería contar con personal estable, bajo el mando de un secretario o jefe de oficina, y esa estructura administrativa, antes de la audiencia (y no después de que ella comenzó), posiblemente próximo a su comienzo, debería soportar la obligación de confirmar que todas las personas y las cosas que son necesarias para llevar a cabo el juicio estén allí en el momento preciso. Así las cosas, recordatorios personales o telefónicos a las personas que deben asistir, verificaciones domiciliarias, incluso con el auxilio de la fuerza pública, inclusión de objetos secuestrados o dados en depósito, para que sean traídos a la audiencia, etc., constituyen la responsabilidad de esta estructura permanente de cada sala de audiencia. Y ella es quien debe reaccionar inmediatamente, antes o durante el juicio, para impedir que él se suspenda ante algún fracaso, solicitando las órdenes pertinentes para usar la fuerza pública en caso necesario. Los jueces sólo deben sentarse en su estrado para escuchar la audiencia y, en su caso, para impartir las órdenes de coerción necesarias.

Si, por una parte, esta fuerza se usa, sin dejar que una audiencia se suspenda, y, por la otra, se indemniza corrientemente, con un procedimiento burocrático rutinario y ágil, los gastos en los que deben incurrir los órganos de

prueba (conforme a una reglamentación sencilla por distancia y tiempo, más la pérdida de esos emolumentos por rebeldía), pronto la población advertirá que las citaciones judiciales son serias y deben ser cumplidas.

Accesoriamente, se pueden tomar varias medidas que auxilien esta imagen y la tornen más llevadera y atractiva.

a) En primer lugar, si el Ministerio Público prescinde de la práctica rutinaria de ratificar las declaraciones, de modo que los testigos deban concurrir a los edificios judiciales o policiales varias veces en cada caso, es posible que la población colabore de mejor manera con la única oportunidad en que su comparecencia resulta de suma importancia, esto es, en el debate.

b) En segundo lugar, una campaña sencilla de cultura ciudadana centrada en el enjuiciamiento penal, con concurrencia de los ciudadanos que tomen parte de ella a los debates, explicación anterior a cargo de un experto, y discusión posterior entre ellos —si es posible con algún juez que tomó parte en el debate y dictó la sentencia, u otro operador judicial (fiscal, defensor, parte civil)— ayudaría sobremanera y lograría, además de cierta conciencia ciudadana acerca de la necesidad de su colaboración con la administración de justicia, mayor publicidad para los juicios. Cualquier programa de capacitación debería destinar algunos dineros a esta tarea, que, por lo demás, resulta sumamente sencilla y barata, y, seguramente, podría ser realizada mediante contratos con ONGs o asociaciones intermedias cuyo objeto sea el mejoramiento de la administración de justicia.

c) En la misma tónica, poco costaría organizar en los edificios judiciales una modesta sala para testigos, con un aparato de televisión, algunas infusiones y los diarios o revistas del día o la semana, para tornar más llevadera la espera del turno para declarar y solucionar los problemas burocráticos que requiere el anticipo de gastos. Sobre todo ello sería útil para señoras con hijos menores, que, durante su declaración puedan dejarlos al cuidado de una asistencia social o maestra de juegos en una sencilla sala de juegos para niños. Difundir la existencia de estos sencillos locales, que yo he visto funcionar modestamente en los edificios judiciales alemanes, evitaría inasistencias justificadas e injustificadas. Incluso, hasta se podría estudiar la posibilidad de utilizar esta oportunidad con fines sociales y en combinación con otros departamentos estatales (salud, por ej., para brindar a la población de escasos recursos un examen clínico (prueba de sangre, tensión circulatoria, revisión dental, vacunación, etc.). Por lo demás, los ciudadanos que colaboran con la función judi-

cial transmitiendo en juicio sus conocimientos merecen ser tratados correctamente y con deferencia por la organización judicial. Se puede ser riguroso con la exigencia de cumplir los deberes de asistencia e información y, al mismo tiempo, brindar un tratamiento humano y deferente al testigo que concurre a cumplir con esos deberes. Ellos, los ciudadanos, serán los primeros en difundir este trato deferente y amable, en lugar de difundir anécdotas judiciales que muestran ineficiencia, entre las cuales la suspensión del debate es una de las mayores pruebas de esa ineficiencia del servicio.

II. El segundo problema se refiere a la redacción de la sentencia y a la intervención de los jueces en un nuevo debate, cuando, como es de rutina en la administración de justicia costarricense, se lee después de la deliberación la parte dispositiva de la sentencia y se difiere la lectura de los fundamentos para una audiencia posterior. El problema se centra en el ingreso inmediato de los jueces a un nuevo debate, antes de la audiencia en la cual son pronunciados los fundamentos de la sentencia. Ello implica que el juez o los jueces que integran el tribunal redactan la sentencia y asisten, al mismo tiempo, a otro debate.

Por vía de principio jurídico no se debería permitir que los integrantes de un cuerpo judicial de decisión tomen parte en un nuevo debate antes de pronunciar íntegramente la sentencia. Ello, por lo demás, debe crear una tensión formidable en un juez que, al unísono, debe atender a un nuevo debate y pensar en la redacción de la sentencia de un debate anterior, tensión que no resulta recomendable para una persona que debe aplicar consecuencias jurídicas tan drásticas como aquellas que devienen de la aplicación del Derecho Penal. Piénsese que de la redacción de los votos de una sentencia depende su validez y su control en casación: de nada vale que la sentencia sea justa o que los jueces hayan deliberado correctamente, con respeto de todas las reglas que tornan válida una decisión, si luego, al redactar los fundamentos, no explican convenientemente su acuerdo o sus decisiones individuales.

Aun de tolerarse la práctica —no prevista en la ley— de delegar en un juez la redacción de los fundamentos expuestos en la deliberación, en el caso de un tribunal de integración colegiada, quedan varios problemas por solucionar: el juez unipersonal que redacta su propia decisión; el caso de disidencias, totales o parciales —que, incluso, pueden manifestarse no sólo en la solución del caso, sino en la fundamentación—, en tribunales colegiados, que imponen al disidente redactar su propio voto; y todavía resta el control y suscripción de la sentencia integrada y la audiencia para la lectura de los fundamentos

que comprometen la labor y asistencia de todos los integrantes del tribunal decisor.

Se dirá que, por rutina, en muchos casos quedarían dos jueces sin tarea durante varios días, si uno solo de ellos redacta los fundamentos de la sentencia por delegación de los otros, en tribunales de integración colegiada. Creo que las soluciones que se puede ofrecer son escasas.

a) Por lo pronto, un juez que redacta la sentencia — y ello sucede siempre en tribunales de integración unipersonal— no puede intervenir en un nuevo debate hasta tanto no logre el documento sentencial. Están comprendidos en el caso los jueces que, en tribunales colegiados, redactan su disidencia (voto salvado, según la expresión costarricense).

b) Quizá, si existiera otra organización de tribunales, en la cual los jueces fueran jueces completos, de todo el procedimiento, se podría tolerar que aquellos jueces que han intervenido en el debate y la deliberación, en el interregno entre la decisión (pronunciamiento de la parte resolutive) y la audiencia de lectura de los fundamentos, cumplan a la vez funciones limitadas de jueces unipersonales o, incluso, como colegio tribunalicio, integrados con otros jueces, para decidir interlocutorios durante la instrucción preliminar. Ello permitiría que aquellos jueces que han delegado la redacción de los fundamentos en un colega —y hasta ese mismo colega limitadamente, si es necesario, pues nunca es conveniente—, no quedarán ociosos hasta el pronunciamiento íntegro de la sentencia. Sólo restaría un acuerdo o deliberación final, una vez que el juez redactor presente su proyecto, para que ellos controlen la redacción de los fundamentos de la sentencia, la suscriban y asistan a la audiencia de lectura. Ello implica que la organización judicial no supone tribunales de integración fija, sino, antes bien, que parte del principio contrario.

Me queda claro, sin embargo, que si la situación real coincide con aquello que se me ha indicado, esto es, que los jueces ingresan a un nuevo debate una vez terminada la deliberación y leída la parte resolutive de la sentencia, y antes de pronunciada íntegramente la decisión con sus fundamentos, en el caso de diferirse su redacción, el defecto debe ser corregido de alguna manera. El funcionamiento del juicio público, tal como lo prevé el CPP de Costa Rica no tolera una rutina semejante, ni es posible conceder tan escasa importancia a la redacción de los fundamentos de una sentencia, según los cuales ella va a ser impugnada y revisada, eventualmente confirmada o revocada. Ello no parece constituir una infracción jurídica, que torne inválida la

sentencia (CPP, 337, III), aunque el principio de concentración o continuidad rija más allá del debate (CPP, 360) hasta la sentencia, y aunque se trate en verdad, de un caso de suspensión previsto en otra norma distinta a la general (CPP, 336 y 364, IV), pero no cabe duda que el sistema general del código y la importancia de la redacción de los fundamentos de la sentencia exigen una rutina distinta.

D. La defensa pública

No he escuchado esta vez problemas referidos a la defensa pública. Ello no quiere decir que no existan, sino, antes bien, que en el tiempo escaso de contacto con operadores judiciales no se incluyó, específicamente, a este sector como conjunto problemático y, posiblemente también, a que yo no interrogué específicamente sobre él.

Empero, conocedor de que en Latinoamérica un porcentaje enorme de casos penales requieren la defensa oficial, supongo, sin otro fundamento, que siempre serán escasos los recursos humanos con que se cuenta para esta tarea imprescindible en el procedimiento penal.

Si tal opinión tiene, además del fundamento imaginado, uno real que la sostenga, creo que es posible recomendar un sistema mixto que, sin demasiados desembolsos económicos, pueda ampliar el sistema. Mi idea es incorporar el Colegio de Abogados a esta función. Bajo la dirección del jefe de defensores penales jóvenes, que recién comienzan su ejercicio profesional, y para defensores expertos, que ya ejercen con éxito su profesión en materia penal, según los casos y hasta en colaboración, sobre la base de un arancel profesional diferenciado. El presupuesto para esta incorporación debería discutirse con el Colegio de Abogados, institución que podría colaborar en alguna proporción, debido, por una parte, a la obligación ética de todo abogado de defender a quien no cuenta con medios para ello, y, por la otra, a su función social de procurar trabajo a sus integrantes. El fondo común pagaría los honorarios, sin perjuicio de recuperarlos cuando el imputado posea medios económicos para hacer frente al pago y sea condenado en costas. La ventaja consiste en el ahorro de recursos materiales y de recursos humanos, si se tiene en cuenta las obligaciones sociales que todo cargo en relación de dependencia, aun estatal, implica.

He observado con simpatía el hecho de que los defensores oficiales se han desvinculado, ediliciamente, de los tribunales. Uno de los problemas de la defensa pública, organizada bajo la forma de un oficio estatal, esto es, confiada a funcionarios estatales, está representado

por la falta de confianza del imputado, vital para cualquier defensa, en el sentido de que en el proceso penal, tanto la persecución penal como la decisión penal, pertenecen, por regla, a la autoridad estatal; cuando también la defensa penal es obra de funcionarios estatales, que además, tienen confundida su carrera con la de jueces y fiscales, se torna difícil para el reo depositar su confianza en esos funcionarios.

3. PROBLEMAS NORMATIVOS

Me fueron planteados los siguientes problemas:

A. Vías alternativas de solución del conflicto

I. Ciertamente el CPP de Costa Rica ha incorporado un rico arsenal para solucionar los conflictos sociales con base en el Derecho Penal, mediante mecanismos que tienden todos a evitar la actuación del sistema penal, la solución de la pena estatal. La llamada reparación integral (CPP, 30, j), la conciliación (CPP, 30, k, 36 y cc.) y la suspensión del procedimiento a prueba (CPP, 25 y ss.) son el mejor ejemplo de ello.

Tales mecanismos no son criticables y, por el contrario, deben ser considerados bienvenidos, porque tienden a minimizar el uso de la violencia para dar solución a los conflictos sociales. Pero lo cierto es que, en la regulación costarricense, esos tres mecanismos (para no nombrar algún otro que pueda interferir con ellos: criterios de oportunidad) se comportan como círculos secantes, en el sentido de que algunas de sus condiciones de funcionamiento son comunes. Por lo tanto, en el área en la cual los puntos de uno de los círculos coinciden con el otro o, incluso, con los otros, se arriesga ciertas contradicciones. Por vía de ejemplo se mencionará alguna.

La **reparación integral del daño** extingue la persecución penal en los delitos de contenido patrimonial, ejecutados sin grave violencia (CPP, 30, j) y en los delitos culposos. Pero sólo es posible esta solución en una única oportunidad o, sucedido ese caso, si es cancelado el antecedente después de diez años. No se exige, en cambio, la conformidad de la víctima del daño y la exigencia aparente, por el título del mecanismo, de que la reparación sea íntegra es cuestión a decidir por el tribunal, aun si la víctima, por cualquier razón, no la acepta. La **conciliación**, en cambio, es posible para estos mismos delitos (y para otras infracciones), siempre que la escala penal admita la posibilidad de que la pena eventual sea suspendida condicionalmente (CPP, 36). La conciliación, por su propio nombre y por su regulación, exige la conformidad del portador del bien jurídico protegido que ha sido dañado o sometido a un riesgo y, más aún, casi

siempre tendrá por objeto central la reparación del daño, a pesar de que ello no representa exigencia alguna para su aplicación. Por su parte, la **suspensión del procedimiento a prueba** depende de la procedencia de la suspensión condicional de la pena, según la amenaza penal —esto es, abarca también, aun parcialmente, los mismos delitos objeto de los mecanismos anteriores—, y la reparación del daño, como plan, puesto que, erróneamente, la ejecución del plan admitido no integra las condiciones de la suspensión (CPP, 25 y 26), aunque parece ser el punto de partida. Consecuencia de ello es, por ejemplo, la burla a la decisión del legislador acerca de que no se puede extinguir la acción penal por reparación del daño más de una vez, puesto que, cuando ello suceda, la extinción podrá disfrazarse como conciliación y hasta como suspensión del procedimiento, en el caso de que el imputado no pueda cumplir el plan; y hasta se puede pensar en la elección del mecanismo, para burlar el antecedente, algo que yo sin más recomendaría a un cliente para evitar la consecuencia.

Un ejemplo basta. Creo que, en una reforma integral de estos mecanismos de sustitución del sistema penal, todos deberían reconducirse a uno, quizá complejo, pero bien regulado. Sin dar mi última opinión, estimo que se podría partir de la suspensión del procedimiento a prueba, que incluya entre las instrucciones a cumplir por el imputado la realización del plan reparatorio. Debería preverse que la solicitud sea tratada en audiencia pública, con asistencia o derecho de asistencia de la víctima conocida y, en los delitos de acción pública, también del representante del Ministerio Público, después de la cual el tribunal decidirá si el plan propuesto es racional y tolerable, si resulta necesario modificarlo en sus condiciones para conceder la suspensión, en cuyo caso la decisión contendrá esas condiciones, o si, por el contrario, no es posible conceder la suspensión. La aceptación por la víctima de la reparación ofrecida no debe ser condición necesaria para la suspensión, pero en los casos de reparación integral anterior o de compromiso aceptado por la víctima (conciliación), el tribunal debería estar autorizado a prescindir del plazo de prueba, si tampoco considera necesario imponer otra condición por razones que debe especificar. El núcleo de los delitos que toleran la solución puede redactarse de manera común: faltas o contravenciones, delitos de contenido económico ejecutados sin grave violencia, escala penal que admita una eventual condenación condicional, delitos culposos y delitos de instancia o de acción privada, por ejemplo.

Si, conforme a aquello que creo, es opinión legislativa que debe reducirse la posibilidad de utilizar reiteradamente este mecanismo para evitar el tratamiento penal del caso —opinión que no comparto, al menos sólo según la

reducción de la ley para la llamada "reparación integral"—, podría fijarse límites temporales para ello, sensiblemente menores a los de referencia, al menos para los delitos leves e imprudentes, y organizarse el registro para estos mecanismos. Me parece mejor organizar el registro, fijar la fecha de caducidad de los registros y dejar en manos del cuerpo de decisión cognoscente la resolución de conceder nuevamente el beneficio, en ocasiones renovadas, quizá con mayores exigencias (condiciones a cumplir).

II. En este mismo rubro se planteó el problema de la inteligencia que cabe atribuir a la referencia a la condena condicional contenida en la definición del ámbito operativo de estos mecanismos. A pesar de que no se ha utilizado la misma fórmula lingüística (ver CPP, 25 y 36), creo que es inconveniente alentar la interpretación de que los tribunales, al tratar estos mecanismos, deben "sentenciar" por anticipado y ellos sólo son aplicables cuando, en el caso concreto, esa sentencia anticipada concluye en una condenación condicional (pena remitida o suspendida). Me parece que, así, se obliga a un tribunal que no debe dictar la sentencia después de un debate, a cumplir una tarea para la cual "su" procedimiento no está determinado. Es superior, a mi juicio, la interpretación que parte de un grado de abstracción mayor: el cuerpo de decisión competente para aplicar estos mecanismos sólo debe examinar, en el caso, la concurrencia abstracta de los elementos positivos y negativos que permiten concluir en que, eventualmente, es posible la condenación condicional o la remisión de la pena.

III. Se me planteó también el problema de la necesidad, al utilizar estos mecanismos, de llamar a escena a un "defensor" de la víctima. Este es un problema que, en principio, resulta extraño al Derecho Penal y común con otras zonas de la realización del orden jurídico (acceso a la justicia). Empero, en el sistema actual, está prevista una Oficina de Defensa Civil de las Víctimas, que prevé su asistencia jurídica en casos de defensa imposible de su interés por vía privada, incluso con honorarios profesionales a cargo de la víctima pudiente o con solvencia económica, cuando utilice el servicio de defensa pública (Ley de Organización del M.P., Cap. VI, arts. 33 y ss.).

Sólo quisiera indicar aquí que el deber de objetividad e imparcialidad del funcionario del M.P. obrante en el caso puede conducir a la situación de la que parte un prevaricato profesional en muchas ocasiones (defender intereses contrarios en un mismo caso), y perjudicar la estrategia a seguir para conseguir una compensación o una mejor reparación a la víctima, razón por la cual este conflicto debe ser evitado.

B. Procedimiento abreviado

I. El procedimiento abreviado presenta, en general, el problema, que ya se observa en legislaciones similares a la instituida en el CPP de Costa Rica, 373 y ss. —cuyas aproximaciones residen en el hecho de no prever límite penal alguno para su aplicación— de sustituir empíricamente al juicio público como modelo para decidir la aplicación de una pena estatal. Ha sucedido en los EE.UU. con el **plea bargaining**, que desplazó prácticamente al juicio por jurados —hoy solamente un 10% de las condenas son obtenidas por esa vía ideal y muy discutido por ello— y sucede actualmente en diversas jurisdicciones territoriales de la República Argentina, según estudios empíricos que demuestran la existencia de un porcentaje cada vez más elevado de sentencias (hoy más del 50%) dictadas por este método.

Mientras el Derecho Penal atribuya al mismo Estado la persecución penal y organice los órganos estatales de persecución penal (policía y M.P.), esta es una vía que, al menos, puede ser calificada como peligrosa, porque eleva el riesgo de la falta de control sobre la aplicación de una pena, más aún en países donde los ciudadanos no son llamados a participar de las decisiones judiciales. En verdad, el juicio público y, mejor aún, por jurados, presenta el máximo control sobre la aplicación de una pena estatal en un Estado democrático: dejarlo de lado paulatinamente solo puede contribuir a generar mayor debilidad en aquéllos que, por su posición socioeconómica, resisten con medios escasos a la aplicación de una pena estatal, en el mejor de los casos, y, por ello, han sido calificados de vulnerables en relación con él. La selectividad comprobada del sistema penal se consolidará y tornará más rigurosa aún.

En verdad, el mecanismo del procedimiento abreviado sólo fue pensado (en el Código modelo IA, por ejemplo) como un instrumento absolutamente accesorio y residual, para casos leves y sencillos en los que, por alguna razón, no podría ser dejado de lado el sistema penal por una vía alternativa como las ya estudiadas y resultaba ocioso el debate público por las características reales del caso: de allí la limitación absoluta de la pena a imponer por esa vía. Resulta así por ejemplo, cuando según el caso, sólo existe un debate jurídico sobre la acción imputada, ya a nivel de la significación de la conducta atribuida como típica penalmente o de la caracterización del contexto en el que ella había sido llevada a cabo, según sus elementos, como fundante de un ilícito penal o de la culpabilidad del autor. Confundir esta posesión con una autorización general para aplicar una pena por consenso, es, a mi juicio, grave en nuestro sistema. Mientras los mecanismos consensuales —composición autor-víctima, por ej.— conduzcan a un desplazamiento de la solución

de la pena estatal, ellos son políticamente bienvenidos; empero, cuando conducen a la labilidad del control sobre la aplicación de una pena, ellos pueden fundar, según lo advertimos, un cambio radical del modelo para la aplicación de una pena estatal, con la consiguiente decoloración de todas las garantías que ofrece el sistema.

Calculo que es mejor la solución, a la vista del contenido real de un caso penal de alguna gravedad, de dar ingreso al consenso entre acusador y acusado, en una medida menor, mediante el recurso al instituto de los "hechos notorios" o declarados tales, sin eliminar por completo el debate público. Ello quiere significar que, cuando acusador y acusado no discuten acerca de determinados hechos —por ej., "A" conducía el vehículo participante en un siniestro, llovía ese día y el pavimento estaba mojado, "A" mató a "B" con un disparo de arma de fuego, etc.—, el tribunal, previa verificación sumaria de que no se han puesto de acuerdo en una irrealidad o sobre un acontecimiento confuso, autorice, mediante una declaración, a tener el hecho por cierto, como premisa de la decisión, y a prescindir de la prueba a su respecto. Ello implica un sustancial ahorro de energía para el debate y la sentencia, y permite dar solución a aquellos casos en los cuales ciertos hechos no son discutidos ni discutibles. El control del juicio público, sin embargo, se mantiene, como se mantiene también el control sobre la medición de la pena, aspecto que evita en gran medida que la pena sea fijada por consenso entre acusador y acusado, realidad práctica que lesiona nuestro sistema penal gravemente y que se oculta en el texto actual que autoriza el juicio abreviado, bajo el velo que constituye la regla prohibitiva para el tribunal de no superar la pena requerida por el M.P. En la práctica —y ello ya ha sido verificado empíricamente— todo consenso sobre el rito elaborado a la manera del juicio abreviado en el CPP de Costa Rica, se transforma en la práctica, rápidamente, en un consenso sobre la pena para la enorme mayoría de los casos. Ello ha sido calificado por algunos como "nueva inquisición", en el sentido de que la tortura ha sido sustituida por métodos más inteligentes y civilizados, pero igualmente fundados en la coacción que, aun por la vía de la posibilidad de sufrir una pena estatal y de la incertidumbre sobre una decisión judicial, significa la mera persecución penal de una persona.

II. Según observo, la regla del CPP, 373, a), ha sido interpretada, al menos por algunos, como la necesidad de que el imputado rinda una confesión y, prácticamente, si tenemos en cuenta la pena requerida por el M.P., límite de la posibilidad del tribunal de aplicar una pena, como un allanamiento a la pretensión punitiva. Mi lectura de la regla no coincide con ese punto de vista, pues, entre aceptar los hechos atribuidos por la acusación —y conseguir así un límite a la reacción penal eventual del Estado— y el

merecimiento o la necesidad de la aplicación de una pena estatal, resta un trecho bastante grande para el debate y la discusión, al menos abstractamente: puede sostenerse, jurídica o empíricamente, que el hecho atribuido no está prohibido o no está mandado por la ley, o que su actor carece de la capacidad necesaria para cumplir la acción mandada o que no se ubica en la situación de la que parte su deber de obrar, o que no se representó correctamente la realidad (error), o que la acción o la omisión están justificadas según una regla específica de permiso, o que el autor creyó existentes en el contexto de su obra los elementos objetivos que lo autorizaban a obrar de esa manera (otra vez el error), o que falta algún presupuesto que funda la capacidad de ser culpable del autor, o bien que existe un motivo de disculpa (otra vez el error o la no exigibilidad de otra conducta) o, por fin, que influye una causa que excluye la punibilidad del hecho, con lo cual todavía se puede pretender la absolución. Pero, además, toda la gama de posibilidades hacia una pena menor a la requerida, o de ejecución más favorable al acusado, que van desde la aplicación de una figura privilegiada hasta la discusión acerca de los elementos tomados en cuenta para medir la pena y su valoración concreta, quedan abiertas.

Sin embargo, la sustitución del juicio público por la sentencia inmediata, según consenso, induce a pensar, sobre todo en presencia de una investigación preliminar desformalizada, que la orientación que tomará el juicio abreviado, en la práctica, será, en la gran mayoría de los casos, el consenso sobre la pena requerida, según se expuso. Aquí también se advierte que, al menos en nuestro sistema penal, es superior la solución que permite, con la aquiescencia de las partes y del tribunal, declarar "hecho notorio" o "probado", ciertos extremos de la imputación fuera de discusión.

Es claro que, si en un futuro se adopta esta solución, ella no rendirá los mismos frutos que, posiblemente, sean esperados del procedimiento abreviado actual: los casos aquellos en los que la solución se aplique serán residuales o una excepción frente a la regla y no sustituirán el juicio público. Ella no impide que la solución del juicio abreviado sea mantenida para las faltas o contravenciones y para los delitos de escasa gravedad (penas menores o de ejecución condicional).

C. Desestimación y sobreseimiento

Existe una cierta contradicción en el CPP de Costa Rica, 282 y 289. La **desestimación** se refiere, en principio, a uno de los actos eventuales que dan inicio al procedimiento común o por delito de acción pública, la denuncia, extensible fácilmente a la querrela privada

(conjunta) autorizada para esos mismos delitos. Esa decisión procede cuando el relato del acontecimiento que contiene la denuncia, afirmado hipotéticamente como cierto, esto es, sin ser discutido desde el punto de vista fáctico, carece de algún elemento o contiene cierto elemento negativo que indica que el hecho no es punible o que no se puede proceder (CPP, 282). La desestimación impide, precisamente, que se inicie un procedimiento penal sin base suficiente o, mejor dicho, que comience a activarse el procedimiento penal y todos los órganos oficiales que en él intervienen sobre una base injustificada, porque no existe, a estar al contenido de la información inicial —creída como cierta—, un caso penal, es decir, un caso que pueda concluir en una decisión penal, en una pena o en una medida de seguridad y corrección.

En el sistema del CPP de Costa Rica, con antecedentes sistemáticos no sólo en el código reemplazado, sino, también, en sus fuentes originales, el **sobreseimiento**, en cambio, sobreviene durante el curso o al final de la instrucción preparatoria, cuando la investigación practicada, sobre la base de una información inicial que, en sí misma, constituye un hecho punible posible de perseguir penalmente por la vía del procedimiento común, demuestra que no existe base para producir el requerimiento de un juicio público. Y ello sucede cuando esa investigación verifica como inexistente alguno de los extremos necesarios según la ley penal para llevar a juicio al imputado (**sobreseimiento definitivo**, CPP, 311 incs. a) a d) o cuando, al menos, la investigación practicada no corrobora esos extremos, empíricamente, con el grado de probabilidad imprescindible —en relación con la obtención de una condena penal o a la aplicación de una medida de seguridad y corrección— para conducir a juicio a un acusado (**sobreseimiento definitivo**, CPP, 311, e) o **sobreseimiento provisional**, CPP, 314). En síntesis, el sobreseimiento es hijo de la imposibilidad de acusar, por falta de verificación suficiente de la hipótesis delictiva supuesta en una denuncia idónea.

Si el sobreseimiento supone, entonces, una denuncia o información inicial ya admitida, porque contiene todos los elementos que, según la ley penal, presupone la actuación de esa ley y no contiene, en cambio, algún elemento negativo que la torne inaplicable, la previsión del requerimiento de desestimación y de sobreseimiento en los actos conclusivos de la investigación (CPP, 299, I) —procedimiento intermedio—, esto es, después de cumplida la investigación para verificar una denuncia en sí idónea, resulta, cuando menos, una provocación a la confusión.

Hay varias interpretaciones conciliadoras, pero, de alguna manera, satisfactorias. Una primera, más racional,

indica que la regla del artículo 299 sólo se refiere al hecho de que la investigación de que como resultado la verificación de una circunstancia según la cual no se puede proceder (falta de instancia en los delitos que dependen de ella, realidad que determina que se trata de un delito de acción privada, etc.) no contenida en la denuncia: como el sobreseimiento no procede por ello, resultaría admisible la desestimación del procedimiento de acción pública que no se declaró en un comienzo por falta de conocimiento de la circunstancia. Una segunda interpretación afirmaría que el artículo 299 no es más que una reglamentación del artículo 282, pero ella debería ser, a su vez, "desestimada" por resultar la regla íntegra superflua.

Recomiendo la primera posibilidad interpretativa, pero advierto acerca de que, como sucedió con todos los mecanismos de supresión del sistema penal para dar solución al conflicto, el CPP de Costa Rica, supuesto como regulador sistemático del procedimiento judicial en materia penal, contiene ciertas contradicciones o inconexiones entre las soluciones que brinda.

La solución verdadera es haber previsto el archivo de autos allí donde, cumplida la investigación preliminar, se verifica que no se puede proceder, que la acción pública, por alguna razón jurídica, no es proponible.

D. Actos definitivos e irreproductibles

Además de señalar que es incorrecto idiomáticamente el calificativo "irreproductible" (debe escribirse y pronunciarse como en el título), los problemas que aquí me fueron presentados no son serios.

I. Un primer problema resulta de la omisión, en el artículo 293 del CPP, de la misma facultad conferida al imputado y su defensor, quienes también pueden tener interés en resguardar algún elemento de prueba en forma registrada, cuando existan las circunstancias que la regla prevé. Creo que la misma regla debe ser aplicada analógicamente —**in bonam partem**— cuando la defensa, justificadamente, requiera este procedimiento.

II. Al parecer existe una tendencia —básicamente del M.P.—, seguramente impulsada por la fuerza de rutinas relativas al anterior CPP, reemplazado, de considerar acto definitivo a cualquier acto o a muchos actos de la investigación preparatoria, cumplida ahora por el M.P., con que, eventualmente, pueda ser incorporada al debate. Ello, por supuesto, aletarga y complica el procedimiento ágil deseado por el nuevo código para la investigación preparatoria.

El defecto puede residir, originariamente, en los funcionarios del M.P., pero, si existe, sin duda reside fundamentalmente en los jueces, que no controlan la existencia real de los presupuestos que supone su actuación anticipada, descritos en la regla.

III. Fue consultado, también, el problema que suponen estos actos ante la ausencia del imputado —imputado desconocido o rebelde—, pero, además de que el caso tiene solución correcta, en principio, en la regla del artículo 294, resulta claro que el hecho de la ausencia, y la falta o debilidad de la defensa que ello supone, no es atribuible a la persecución penal oficial.

E. Dirección funcional de la policía

Como la ley atribuye al M.P. la dirección funcional de la Policía Judicial, se me preguntó por el alcance del concepto. Algo de ello ya se ha anticipado en el párrafo 2 de este informe. Es claro que la ley atribuye al M.P. el gobierno administrativo y financiero de la Policía Judicial. Pero, en cambio, le atribuye la decisión operativa en los casos concretos que se producen, en los cuales la policía funciona como auxiliar de los funcionarios del M.P. (delitos de acción pública). Ello no sólo significa el poder de decisión en cada uno de los casos particulares, sino, incluso, el poder de redactar instrucciones generales, como guías de actuación con instrucciones abstractas, pero referidas a los futuros casos reales, para que la policía realice sus tareas de la manera en que puedan ser útiles al M.P. Yo he recomendado ya la realización de talleres conjuntos, funcionarios del M.P. y policías, y conferencias de sus cúspides, para lograr una aproximación entre ambos órganos estatales y diseñar un manual operativo que contribuya a una actuación y colaboración eficiente de ambas reparticiones en la labor común que representa la persecución penal, responsabilidad conjunta de ambos órganos.

F. Recurso del condenado

Por lectura o a raíz de mi conferencia sobre el tema, se me preguntó acerca de este problema, conforme a la garantía introducida por las convenciones de derechos humanos, universal y regional. Quedó claro que la previsión de la legislación costarricense, relativa a la eliminación de los límites, subjetivos para el recurso de casación del condenado en materia penal, no soluciona totalmente el problema. Es evidente que, cuando el acusador consigue una condena *in extremis*, esto es, por recurrir un fallo condenatorio o absolutorio contrario a su pretensión y logra la condena o la condena superior ante el tribunal de última instancia (casación), ésta es la primera condena, frente a la cual todavía debe

garantizarse el recurso defensivo, situación que la legislación costarricense no soluciona.

No voy a insistir en fundar mi posición frente al problema. Pero no hay forma de evitarlo correctamente, con observancia de la prohibición básica de la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*) o del sometimiento del imputado a un riesgo múltiple de condena por un mismo hecho, si se concede un recurso al acusador, sobre todo al acusador público o estatal, según lo hace el sistema bilateral de recursos, conservado por el nuevo código. Por lo demás, precisamente por ello, el Derecho Penal anglosajón no permite el recurso acusatorio, tanto frente a una condena como frente a una absolución, sometido de manera estricta a una concepción decimonónica del Estado de Derecho. A mi juicio, la legislación costarricense deberá tomar en cuenta, tarde o temprano, este problema y su correcta solución, cualquiera que sea la solución rutinaria que le haya dado históricamente. Y algo es claro desde el comienzo: aun si persiste en su sistema (decisión que implica dar dos oportunidades de enjuiciamiento al acusador para lograr una condena), deberá, al menos, posibilitar un recurso más al condenado que al acusador, para los casos de condena *in extremis*.

G. Jurados

Libremente, porque nadie en Costa Rica se plantea el tema de la participación ciudadana en las decisiones judiciales, y con conocimiento previo del rechazo que genera la institución entre los juristas costarricenses, diré unas pocas palabras al respecto.

Si algún mérito tiene la República de Costa Rica, sus ciudadanos, sus políticos y sus juristas, es el de habernos convencido a todos los hispanoamericanos de que la democracia es posible y, más aún, factible prácticamente, en nuestra vida política. Para ello debió enfrentar decisiones supremas, que implicaron, a su turno, un giro institucional total y un desprendimiento de factores de poder en quienes lo ostentaban coyunturalmente, a favor de la República, de todos. Me refiero, principalmente, a la supresión constitucional de las fuerzas armadas, decisión política que no solo es defendible entre nosotros por razones republicanas, sino por su racionalidad intrínseca.

Pero ello constituye, tan solo, un ejemplo, supremo, pero tan solo un ejemplo. Podría nombrar aún una enorme cantidad de decisiones que le han permitido a los habitantes de Costa Rica seguir construyendo su vida democrática paso a paso. El mismo CPP nuevo, que ahora examinamos, es un hito de este desarrollo. Es que, según creo, la democracia no significa una descripción estática de

condiciones bajo las cuales, institucionalmente, se puede decir que se convive de esa manera o con ese calificativo. Todo lo contrario, la convivencia democrática exige un desarrollo, sin prisa pero sin pausa, de condiciones institucionales bajo las cuales se acrecienta el poder de decisión popular, como base de una convivencia tolerante entre los habitantes, con el mínimo de violencia posible y con el máximo de decisión y responsabilidad colocado en cabeza de esos habitantes o ciudadanos. Ello significa que el concepto de democracia es dinámico y debe ser continuamente alimentado para que las decisiones estatales, esto es, de autoridad, sean, valga la redundancia, cada vez menos autoritarias. Mientras más se acrecienta el poder político de los ciudadanos —y, con ello, su responsabilidad en la praxis democrática—, más democrático será el ejercicio de ese poder.

En este movimiento perpetuo, que requiere la convivencia democrática, se inscribe la participación ciudadana en las decisiones judiciales. Tal participación, que abarca muchos otros ámbitos de decisión no limitados al Derecho Penal, se revela particularmente necesaria en esta materia. Por representar la coacción penal el máximo poder de ejercicio de la violencia autorizado por el orden jurídico al Estado —esto es, legitimado por el Derecho para ser aplicado por burócratas—, es preciso que, conforme a la más clara teoría política sobre el jurado, los funcionarios del Estado, los jueces, dependan de algún tipo de autorización sobre su uso concedido por los ciudadanos, en el caso actual, por una representación simbólica de ellos. El jurado representa esa autorización (condena) o la negación del permiso en el caso contrario (absolución).

Un país como Costa Rica, —con su orden jurídico múltiplemente reformado para responder a las exigencias de un Estado más democrático—, debería comenzar a pensar en la participación de sus ciudadanos en las decisiones judiciales. Ella significaría, a mi juicio, otro avance en la búsqueda permanente de la vida democrática. Cuál debería ser el comienzo (el escabinado, por ejemplo) no es necesario que sea predicado aquí. Lo interesante es comenzar por problematizar un tema que, al menos políticos y juristas costarricenses se resisten a pensar, dada, quizá, la confianza pública de que goza su Poder Judicial, única en Latinoamérica, y trasladarlo a la discusión pública. No es necesario apresurarse, pero tampoco es bueno sentarse sobre los logros alcanzados y quedarse quieto en la búsqueda de una mejor manera de convivencia democrática, como si se hubiera alcanzado el cenit.

Vale la pena advertir que esa participación ciudadana contribuirá, en los juicios judiciales —fundamentalmente

en los penales—, a resaltar los valores de garantía del procedimiento judicial, pues torna transparentes y observables reglas claras de garantía, como, por ejemplo, la imparcialidad de los jueces del tribunal y la independencia externa e interna de las decisiones respecto del poder estatal, la prohibición de una persecución penal repetida, el juicio real sobre la pena, deslindado del juicio de responsabilidad, la regla que impone fundar la decisión sólo en la prueba incorporada al debate, el valor de la inmediatez que proporciona el juicio público, la pérdida que produce la autorización indiscriminada del juicio abreviado, etc.

4. SÍNTESIS DE RECOMENDACIONES

A. Estabilidad judicial

I. Efectuar los nombramientos definitivos de funcionarios judiciales y prescindir, en el futuro, de nombramientos "interinos".

II. Corregir la legislación común para evitar, en lo posible, las decisiones superiores obligatorias dentro del Poder Judicial, incluso encubiertas detrás de la paralización del procedimiento hasta tanto el tribunal superior decida el punto. En todo caso, es mejor conceder el recurso de revisión en el caso de que un tribunal superior decida un punto de Derecho de manera que afecte la sentencia.

B. Ministerio Público y policía

I. La ampliación de los recursos humanos del Ministerio Público, correspondiente al nuevo sistema, sobre todo debido a la mayor carga de trabajo que supone la investigación preparatoria a su cargo, debe preferir la extensión por la base, más económica y más adecuada al problema que se trata de solucionar. Para producirla puede convocarse a licenciados en Derecho jóvenes o que egresan de la Universidad, previo un curso intensivo de capacitación sobre las tareas que deberán emprender y para elegir a los mejores, a manera de "fiscales a prueba", o bien crear un sistema de pasantías para estudiantes aventajados, que ya hayan cursado —eventualmente aprobado— las materias de grado relativas al Derecho Penal, con la misma capacitación inicial ya descrita y los mismos fines. La ley de organización debe limitar las facultades de estos funcionarios del Ministerio Público básicamente a la investigación preliminar y ellos sólo podrán efectuar requerimientos judiciales o asistir a audiencias judiciales con la autorización o en la presencia de un fiscal superior, respectivamente.

II. La policía judicial (OIJ) debería destinar un número de policías a la colaboración y al trabajo conjunto con los fiscales, exceptuados del servicio y de la subordinación jerárquica ordinarios, incluso mediante conferencias de la cúspide de ambas organizaciones y de rango inferior, para tratar las cuestiones relativas al número de funcionarios y a su elección.

III. Es conveniente que se destinen cursos de capacitación y talleres en los cuales intervengan, conjuntamente fiscales y policías. Se debe promover la discusión abierta entre ellos del modo de colaboración para la tarea común que les corresponde, según la ley. De esos cursos y talleres debe surgir un manual de instrucciones de estereotipos o rutinas de actuación, que luego deberán aprobar los responsables jerárquicos del servicio.

IV. La organización interna del Ministerio Público debe conceder prioridad a la experiencia e idoneidad particular de sus funcionarios, a los casos individuales en los cuales debe ejercer su función y a las particularidades de las tareas a realizar en ellos, para desarrollar con la mayor eficiencia posible su función. Si bien no es posible, en un comienzo, escapar a la distribución rutinaria, la organización de las tareas internas debe prever la readjudicación de los casos, incluso a varios fiscales, para casos complejos, tanto objetiva como subjetivamente. La ley orgánica debe imponer el deber a los fiscales de comunicar al superior aquellos casos que, por sus características o complejidad, superan sus posibilidades, con indicación de las dificultades, precisamente para escapar a la adjudicación de rutina y lograr eficiencia en el servicio. La creación interna de fiscalías especializadas es importante dentro de este esquema.

C. Tribunales y juicio público

I. Un defecto grave, que, de tornarse rutinario, puede traducirse en la ineficiencia total del juicio público como modelo de decisión, consiste en su suspensión. Deben realizarse todos los esfuerzos posibles para evitar el defecto.

a) En primer lugar, hay que perfeccionar al extremo el sistema de citación a él del imputado y de los órganos de prueba. Si se conserva el modelo de citación por el tribunal (pues puede encomendarse esta tarea al oferente de la prueba, con eventual auxilio judicial), mi proposición parte de un sistema más individualizado y menos burocrático de citación. Personal fijo en cada sala de audiencia debería corroborar por todos los medios posibles la asistencia de las personas que deben comparecer y de las cosas que deben exhibirse en el juicio: verificación de

domicilios, recordatorios personales o telefónicos, recuperación de cosas dadas en depósito o del depósito judicial, etc. Esta tarea es puramente administrativa y no corresponde a los jueces, salvo que se necesite una medida de coerción para cumplirla eficientemente, en cuyo caso sobre ellos recae la función de autorizar a pedido el uso de la fuerza, o bien desautorizarla.

b) Ha dado buenos resultados en otras latitudes el intento de tratar correctamente al ciudadano que cumple con su deber. De fundamental importancia es organizar un sistema sencillo, escasamente burocrático y con auxilio de los empleados, para la recuperación de los gastos en los que incurre el compareciente y de indemnización por su comparecencia, tasada en la reglamentación por distancia desde su domicilio y tiempo de comparecencia, que se cobre el mismo día de su comparecencia y al terminar el cumplimiento de su deber. Ello no exige un desembolso económico desmesurado y el fondo que se destine a la caja que atiende el sistema es recuperable, al menos parcialmente, con la condena en costas. Habrá casos especiales que atender: aquéllos que necesiten o soliciten la anticipación de los gastos.

c) Tampoco significa una gran inversión el crear en los edificios de tribunales una pequeña sala para testigos que esperen su turno con mínimas comodidades, un aparato de televisión, periódicos del día y alguna infusión (self service), con una pequeña guardería de niños anexa, que dirija una maestra de juegos infantiles, para que las madres que deban declarar estén tranquilas mientras cumplen con su deber en audiencia. Se puede aprovechar esta oportunidad para cumplir con otras funciones estatales, como la salud pública, por ejemplo, si se ofrece, en la medida en que sea posible, pequeños controles circulatorios u odontológicos preventivos.

d) Debe destinarse dinero para capacitación en talleres ciudadanos que cumplan la misión de informar a la ciudadanía sobre la tarea que cumplen los tribunales de justicia penal. Nosotros diseñamos para Buenos Aires uno muy sencillo y barato. Consiste en recoger en los barrios un grupo de ciudadanos —limitado— en un ómnibus, explicarles en el trayecto (tarea que puede cumplir un juez, un fiscal o un asistente universitario) la necesidad y el funcionamiento del juicio público, asisten a la audiencia y escuchan la sentencia, eventualmente, conversan con alguna de las personas que tomaron parte en el juicio (juez, defensor o fiscal) y regresan al lugar del que fueron recogidos, con discusión en el trayecto sobre lo que han visto y oído; los centros vecinales colaboran en la organización. Se debe aprovechar la excursión para que conozcan visualmente, si existen, las salas de testigos y el sistema de recuperación de gastos y cobro de la indemnización.

e) El M.P. debe prescindir de la práctica viciada de ratificar las declaraciones de testigos antes del debate. Si son organizadas las pasantías de funcionarios auxiliares y la colaboración policial, sería suficiente, salvo excepciones, corroborar el domicilio del testigo y, eventualmente, oír brevemente su versión en el lugar en el cual reside o trabaja el testigo, antes del debate, para evitar sorpresas. El informe del funcionario que realiza la verificación daría contenido al ofrecimiento de prueba para el debate. La defensa, por supuesto, debe trabajar de la misma manera, razón por la cual el sistema de pasantías deberá extenderse a la defensa oficial.

II. a) No debe permitirse que, por rutina, los jueces que dictaron sentencia, leyeron la parte resolutive y difirieron la lectura de los fundamentos, intervengan en un nuevo debate antes del pronunciamiento íntegro de la decisión. Al menos esto debe valer para el juez redactor y para aquél que debe redactar una disidencia. La organización judicial y la distribución de tareas debería partir de este presupuesto y sólo en casos de extrema necesidad funcionar de modo distinto.

b) Si la organización judicial no partiera de cuerpos de decisión poco más o menos fijos, sino de la organización global como tribunal o corte de justicia de todos los jueces que laboran en una misma jurisdicción territorial, los jueces que aún no hubieran terminado el juicio con el pronunciamiento íntegro de la sentencia o, al menos, el juez redactor, podría cumplir tareas de decisión en audiencias breves o interlocutorias, para aprovechar su tiempo ocioso.

c) Es posible abreviar, por regla reglamentaria, válida sólo para valorar el trabajo correcto de los jueces —que no crea vicio de invalidez alguno para la sentencia dictada íntegramente en el plazo previsto por la ley—, un plazo rutinario menor a los cinco días para integrar la sentencia en los casos normales que no justifiquen el agotamiento del plazo previsto por la ley. Esta solución disciplinaria, que puede fijar el plazo del día siguiente al de la lectura de la parte dispositiva para casos sencillos, es mejor que aquélla que parte de la intervención rutinaria de los jueces en un nuevo juicio.

D. Defensa pública

I. Si los recursos humanos y materiales con que cuenta el sistema de defensa pública no son suficientes, debería complementarse recurriendo a los abogados que ejercen su profesión en forma liberal. Esta solución está indicada, aunque erróneamente, en la Ley de Organización Judicial, 159, pues el abogado tiene derecho a cobrar el servicio que presta. El deber de conceder defensa recae

en el Estado, es parte de su función social en materia penal. El sistema de defensa de oficio, tal como está previsto, en función de una regla ética, está condenado al fracaso por ineficiencia.

Debería llamarse a colaborar al Colegio de Abogados de Costa Rica, sobre quien recae, por una parte, el deber de organizar el cumplimiento del deber ético, y, por la otra, la necesidad de brindar trabajo y formación a sus integrantes. La creación, de común acuerdo con el Estado, de un fondo que responda al pago de los honorarios de un defensor nombrado de oficio, provisto con un presupuesto estatal —en cumplimiento del deber de conceder defensa a quien no designa su asistente jurídico— (honorarios que pueden partir de un arancel diferenciado menor al que funciona en la profesión ejercida libremente, previsto reglamentariamente) y con una colaboración porcentual menor por el propio Colegio de Abogados (p. ej., mediante la creación de una tasa sobre los honorarios regularlos a los abogados que ejercen libremente su profesión, que cubre su deber ético de proporcionar sus servicios gratuitamente a quien los necesita y no puede abonarlos), debería hacer frente al problema y darle solución.

II. La solución indicada para el M.P., en el sentido de ampliar su base con profesionales jóvenes, sin experiencia, o con pasantes que todavía no han logrado su título de grado ("defensores a prueba"), incluso con las limitaciones allí previstas, es aplicable a la defensa pública. También lo es la exigencia de capacitación previa anexa.

E. Problemática jurídica

I. Mecanismos sustitutivos del sistema penal

a) Deben ser corregidas legislativamente las contradicciones e incongruencias parciales que surgen de los diversos mecanismos alternativos de solución del conflicto (básicamente, reparación integral, conciliación y suspensión del procedimiento a prueba). Para ello propongo la reunificación en un solo mecanismo, con base en la suspensión del juicio a prueba, corrigiendo el error de que no figure entre las instrucciones el cumplimiento del plan de reparación ofrecido. La reparación integral previa y la conciliación con la víctima deberían facultar al tribunal para prescindir, total o parcialmente, del período de prueba (mayor aproximación en el texto).

b) La interpretación de la exigencia que, en estos mecanismos, remite a la suspensión condicional de la pena debe partir del examen abstracto por el tribunal del caso conforme a la ley penal, para decidir si en él es meramente posible la condenación condicional, por existir todos los elementos positivos que la permiten y estar ausentes los

negativos que la rechazan. El cuerpo de decisión que dicta la resolución no tiene por misión dictar una sentencia anticipada, sin debate.

c) Referente al sistema de provisión de asistencia a la víctima, el caso está jurídicamente solucionado (Ley de Org. del M.P., 33 y ss.). Solamente debe preverse aquel caso en el cual el mismo fiscal interviniente no debe prestar esa asistencia jurídica, para evitar la prevaricación y el perjuicio para los intereses de la víctima.

II. Procedimiento abreviado

a) El "juicio abreviado" debe representar sólo un mecanismo excepcional y residual para casos leves, en los cuales por alguna razón (hecho o autor) no es posible utilizar los mecanismos de sustitución del sistema penal: autorizarlo extensamente, como lo hace el CPP de Costa Rica, conduce a la decoloración del sistema de control y de las garantías, previstos para la aplicación de una pena estatal.

En casos especiales de delitos graves representa una mejor solución el instituto de los "hechos notorios", mediante el cual el tribunal puede declarar previamente cierto un hecho o circunstancia (que no requiere prueba), por consenso de las partes y del mismo tribunal, cuando tal hecho o circunstancia no es discutido por nadie y no es discutible en el caso.

b) Admitir el hecho imputado no significa, jurídicamente, confesión, en el sentido de su significado tradicional (todos los extremos de una imputación jurídica delictiva y punible), ni allanamiento a la pretensión punitiva, aunque el mecanismo del juicio abreviado conducirá a ello o a la pena fundada sólo en un consenso coacto, en la práctica, tal como está regulado.

III. Conclusión del período preliminar: desestimación y sobreseimiento

A pesar de que existe cierta incongruencia normativa en la previsión de los requerimientos a formular por el acusador y que deben ser atendidos en el procedimiento intermedio, desestimación y sobreseimiento, definitivo o provisional, ella no es grave y puede ser reinterpretada de manera que se evite una contradicción.

IV. Actos definitivos e irreproductibles

a) La regla, que no menciona al imputado y su defensa, es extensible a ellos, para fundar la facultad de solicitar ese procedimiento, por analogía.

b) Se trata de un error —de fiscales pero también de jueces— la rutina tendente a regresar al procedimiento instructorio registrado del anterior CPP, mediante la solicitud de registro de actos previos, que supone este procedimiento de excepción. Los jueces deben controlar la existencia de los presupuestos que prevé la regla para conceder el acto jurisdiccional.

V. Dirección funcional de la policía

La facultad, atribuida al M.P., no significa tan solo que los funcionarios policiales son auxiliares de los funcionarios del M.P. y operan como subordinados a ellos, en los casos concretos en los cuales procede la persecución penal, sino, además, supone la facultad de impartir instrucciones generales referidas a la actuación de los funcionarios policiales en esos casos.

Sobre manuales o guías de actuación ver parágrafo 4, B, III.

VI. Recurso del condenado

La legislación procesal penal costarricense peca todavía por defecto al instrumentar este derecho y garantía procesal que conceden las convenciones sobre derechos humanos. El defecto se pone en evidencia cuando el acusador consigue la condena en casación (por su propio recurso de casación), condena que el imputado no puede recurrir. Autorizar un recurso para el acusador en materia penal (sistema bilateral de recursos) significa lesionar la prohibición de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) o someter al acusado a un doble riesgo de condena (prohibición del *double jeopardy*).

F. Conclusión

Cuando uno estudia el orden jurídico penal costarricense desde afuera, maguer el sentido crítico de la observación, puede advertir el esfuerzo realizado en el último medio siglo para lograr acomodar sus instituciones al Estado de Derecho y a un sistema democrático de convivencia. Todo ello fue llevado a cabo por varias generaciones de ciudadanos, que no buscaron inscribir sus apellidos en letras de bronce —aunque lo merecieron, lo merecen y, seguramente lo merecerán— a pesar de condiciones desfavorables del contexto territorial y cultural inmediato de su desarrollo, algunas de las cuales, aunque distintas, aún perduran.

En la tarea difícil, cotidiana y sin pausa que requiere la convivencia pacífica y democrática, para seguir su desarrollo, detenerse significa, día a día, un

paso hacia atrás: esa convivencia ideal se construye continuamente, no se goza solamente. El Derecho Penal no agota esa tarea, pero constituye un elemento esencial de ella por la personificación de la violencia que supone, con la que trata cotidianamente y que él mismo engendra. La crítica del sistema, en pos de una sociedad más justa y pacífica, menos violenta, y más democrática o, mejor dicho, menos autoritaria, es la única herramienta con que contamos para no traicionar el ideal en su desarrollo.

Estoy convencido acerca de que, para acercarnos al ideal de una democracia material, el conceder mayor poder y responsabilidad a los ciudadanos, que no se agote en el derecho de elegir a sus representantes de vez en cuando y de ser elegido, constituye un hito esencial. Consecuentemente, el Derecho Penal de Costa Rica y, especialmente, su Derecho Procesal Penal, en la tarea de mostrarse y mostrarnos los caminos a recorrer para desarrollar ese ideal, debería comenzar a plantearse el tema de la participación ciudadana en los tribunales de justicia.



"Angustia en la granja" - Aguafuerte

José Alejandro Herrera

REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL Y CONSTITUCIONAL: DEL PROGRAMA POLÍTICO AL PROGRAMA CIENTÍFICO*

Alberto M. Bínider **

1. PROCESOS, DEMANDAS, CRISIS

Sin duda la reforma de la justicia penal en América Latina todavía necesita ser estudiada en profundidad, tanto en sus causas como en los distintos pasos de su desarrollo. Todavía es un fenómeno demasiado reciente, en el que, de un modo u otro, estamos involucrados y ello necesariamente nos hace perder perspectiva y profundidad. No obstante ello, sí podemos señalar que, como proceso político de cambio, la reforma (y la crítica radical al sistema inquisitivo que ella lleva en sí misma) está vinculada a otros procesos de mayor envergadura, entre los que se hallan los siguientes:

a) el proceso de transición, recuperación o, simplemente, de construcción de la democracia y la república en América Latina. La reforma de la justicia penal ha estado indisolublemente ligada a la renovada democracia latinoamericana y ha sido —y es aún— uno de los temas centrales;

b) el proceso de pacificación, ya sea luego de los grandes estallidos de violencia interna que conocemos como terrorismo de Estado o luego de guerras civiles con bandos beligerantes formales, como hemos visto en Centroamérica;

c) la creciente regionalización y la aparición de una actividad económica poco dispuesta a encerrarse en los límites del mercado nacional;

d) la crisis del Estado, tanto en el nivel de la eficiencia de sus servicios tradicionales como en el abandono de áreas de prestación estatal consideradas indispensables décadas atrás;

e) el mayor protagonismo del sistema interamericano de derechos humanos y la creciente aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A la consideración de estos procesos de carácter político general, debemos sumarle demandas sociales más difusas, pero no por ello menos gravitantes a la hora de influir en la toma de decisiones políticas sobre la reforma judicial. En primer lugar, existe una creciente demanda de seguridad. Esta demanda, que muchas veces los medios de comunicación o las clases dirigentes interpretan como una demanda de violencia, debe ser interpretada en su punto justo: ella es, antes bien, una de las demandas sociales más genuinas desde el punto de vista de una sociedad democrática, se trata del pedido de que se construya una sociedad sin abusos de poder. Esto vale tanto para los simples casos de abuso del poder físico (las agresiones violentas) o el abuso de poder proveniente de la organización en bandas, o el que otorga la impunidad de los funcionarios, la riqueza o cualquier otra forma de corrupción. Es una demanda que busca construir una sociedad sin el abuso de poder y todos sabemos que en toda su historia América Latina no ha podido hacerlo. Otra de las demandas gravitantes es la que podemos llamar una demanda de certidumbre, es decir, un pedido de conocer cuáles son efectivamente los derechos de la población. Las distintas ilusiones normativas, que permiten convivir las declaraciones más preciosistas con las realidades más hirientes, han llevado finalmente a que el hombre común no sepa ya si es verdaderamente un ciudadano o un siervo. Si nos atenemos a los derechos previstos en las constituciones o en los pactos internacionales de derechos humanos, su situación de ciudadano está clara; si, por el contrario, nos atenemos a lo

* Conferencia pronunciada en las "Jornadas Internacionales sobre Enjuiciamiento Penal", Rosario, Argentina, noviembre 1977.

** Director ejecutivo del INECIP (Instituto de Estudios Comparativos en Ciencias Penales y Sociales).

que efectivamente puede realizar en cada una de nuestras sociedades (a las "acciones" que verdaderamente posee, se diría en el Derecho romano clásico) su situación no difiere en mucho a la de los antiguos siervos o de los nuevos espectadores de la sociedad mediática. ¿Qué soy, ciudadano o siervo? Es una pregunta que, bajo distintas formas culturales se formula en cada una de nuestras sociedades. Finalmente, existe una demanda de protagonismo judicial, un pedido de que la administración de justicia juegue un papel en la vida institucional de nuestros países, que los jueces sean protagonistas verdaderos de la vida social. La pregunta sobre el valor real del servicio que prestan los tribunales a la mayoría de la población se ha actualizado y ello ha generado una conciencia de la inutilidad del actual estado del servicio judicial.

El entrecruzamiento complejo de estos procesos políticos generales y estas demandas sociales difusas ha provocado, finalmente, una crisis general de la justicia en América Latina, crisis provocada más por la mirada y la preocupación del ciudadano que por la mirada y la preocupación de los sectores profesionales. Esta situación de crisis ha abierto las puertas a la reforma judicial en nuestros países, aunque no sepamos aún el destino final de este proceso.

2. CRISIS DE EFICIENCIA

Esta crisis generalizada se manifiesta, en primer lugar, como una crisis de eficiencia. Entiéndase bien: ello no quiere decir que la justicia penal antes funcionaba bien y en poco tiempo comenzó a funcionar mal. No, la crisis ha sido provocada por otros procesos y otras demandas (todas ellas externas) que han cambiado la mirada y la preocupación social. En muy poco tiempo se ha tomado conciencia de que la justicia penal no cumple sus funciones más básicas, aun en términos de eficiencia. Los promedios de casos que nunca llegan a una solución giran alrededor del 90% del total de casos ingresados y bien sabemos que el total de casos ingresados es apenas un pequeño porcentaje de los casos realmente producidos (cifra negra). Además, si estos porcentajes son ponderados por gravedad o tipo de delitos no es muy difícil descubrir el carácter estructural de la impunidad, en especial de la impunidad de los más poderosos, que hoy, afortunadamente, irrita a la sociedad. Aún más, los pequeños porcentajes de casos "resueltos" también quedarían en nada si los sistemas procesales fueran apenas un poco más cuidadosos de las garantías procesales y constitucionales.

En realidad, si los imputados no confesaran o la prisión preventiva no ocultara buena parte de este fenómeno,

el porcentaje de casos efectivamente resueltos sería aún mucho menor.

Tras este fenómeno global se encuentra una de las fallas fundamentales de nuestros sistemas de justicia penal: la carencia casi absoluta de verdaderos sistemas de investigación. En la mayoría de nuestros países se mantuvo —y se mantiene aún— la ficción de jueces de instrucción encargados de la investigación, pero todos sabemos que dicho sistema no genera ningún sistema de investigación. Un juez de instrucción lo que normalmente hace es juntar papeles en un expediente y juntar expedientes en una oficina atiborrada de otros expedientes. En la mayoría de los casos ello ha significado una casi absoluta delegación en las policías (con todos los inconvenientes que tiene la delegación de la investigación en una institución armada, la mayoría de las veces militarizada) pero tampoco los sistemas policiales se caracterizan por ser eficientes sistemas de investigación; al contrario, ellos se han ido consolidando como sistemas de presión o extorsión y se han acostumbrado a una justicia penal que, en realidad, no les pedía verdaderas pruebas. No es de extrañarse, entonces, que exista una situación de impunidad casi absoluta. Lo extraño es lo poco escandalizado que los sectores profesionales normalmente están frente a estos fenómenos. El Derecho Procesal, por ejemplo, sigue hablando preferentemente de categorías puramente normativas, sin prestar atención a los problemas de ineficiencia de las instituciones procesales, provocada muchas veces también por deficiencias normativas. O el Derecho Penal pretender seguir fundando todo su sistema en razones de prevención general o especial, prestando muy poca atención a estos fenómenos de ineficacia que afectan el meollo de esas finalidades. Esta ineficiencia se acrecienta día a día por el aumento de la conflictividad compleja propia de la vida urbana, por la tecnificación de las organizaciones dedicadas permanentemente a actividades ilícitas, por la presión demográfica, etc. La respuesta tradicional ha sido la de inyectar cada vez más violencia estatal sobre la sociedad, pero esta vieja respuesta autoritaria comienza a ser insuficiente para paliar esta crisis de ineficacia.

3. CRISIS DE GARANTÍAS

Pero no se trata sólo de una crisis de eficiencia, también existe una profunda crisis en el sistema de garantías, es decir, en el funcionamiento de todos aquellos mecanismos pensados para ponerle límites al poder penal del Estado, que no es otra cosa que violencia del Estado, en algunos casos legitimada y en muchos otros no. Comencemos por aquello que es una de las garantías primarias de todo ciudadano y que en América Latina no se cumple siquiera: el juicio. El simple hecho de realizar un juicio tal como la estructura natural del juicio reclama,

es decir, un debate entre dos partes que presentan las pruebas que fundamentan sus pretensiones ante un juez imparcial y todo ello de un modo público, para que la sociedad pueda controlar y criticar lo que hacen los funcionarios encargados de administrar justicia. Esta simple realidad no se cumple y en la gran mayoría, si no en la totalidad de los países de Latinoamérica, en lugar de realizar un juicio se tramita un expediente, en el que no hay verdadero contradictorio, no existe verdadera publicidad y rara vez existe un juez imparcial. Pero este expediente —remedio grotesco del juicio— ni siquiera era tramitado por el juez, ya que existe un complejo sistema de delegación de funciones, que hace que los tribunales sean antes que nada maquinarias burocráticas, sin responsabilidad personal y totalmente inhumanas. Si a ello le sumamos la falta de independencia judicial (inclusive la masiva falta de independencia de los funcionarios y empleados que llevan el trámite de los expedientes y que no tienen por qué ser independientes), la ausencia de publicidad, las afectaciones al derecho de defensa, el secreto de las actuaciones para las partes, la ausencia de sistemas de defensa pública suficientes para dar abasto a los miles de imputados que no pueden pagar un defensor, la ilicitud de la prueba, la arbitrariedad en los recursos, etc., no es difícil llegar a la conclusión de que existe una cotidiana y masiva violación de derechos fundamentales por parte de la justicia penal. Pensemos los costos que tiene para una sociedad que la institución pensada para custodiar esos derechos fundamentales no sólo no los custodie sino que cotidianamente los violente.

4. CRISIS DE LEGITIMIDAD

No es difícil llegar a la conclusión de que esta falta de la eficiencia más básica y la violación directa y rutinaria de garantías constitucionales genera una profunda falta de legitimidad de la administración de justicia. Esta situación se ve agravada por varias circunstancias. En primer lugar, al Poder Judicial le ha preocupado bastante poco construir una base de consenso social sobre su actuación. La creencia ingenua o interesada en que sólo alcanzaba cumplir con la ley para ser aceptado socialmente, llevó a un permanente aislamiento del sistema judicial respecto del conjunto de la sociedad, en especial de los sectores débiles y vulnerables. En segundo lugar, el ciudadano como tal es permanentemente maltratado por los tribunales. Lo es cuando asiste como testigo, o cuando es imputado. También lo es cuando es víctima y en las pocas ocasiones en que lo convoca a participar. Por otra parte, la publicidad de los juicios, en la medida en que no existían verdaderos juicios o no existían políticas de promoción de la participación ciudadana en los pocos juicios públicos no se aprovechó como un lugar de encuentro con el ciudadano. En tercer

lugar, la intermediación profesional que hace el abogado y la cultura jurídica no ayuda al encuentro: el uso de un lenguaje obscuro, la preeminencia del trámite por sobre el problema, el espíritu corporativo, etc., ayudan a que el ciudadano común no sienta al Poder Judicial como un poder cercano a él, sino más bien como un laberinto que lo pone en peligro. Es clara la metáfora de Kafka cuando quiere mostrar la fragilidad e incertidumbre de la condición humana se la imagina como la situación de alguien sometido a un proceso, en el punto máximo de su debilidad. Esta desatención de la administración de justicia de sus fuentes de legitimidad ha provocado el estado estructural de debilidad del Poder Judicial. La falta de preocupación por la legitimidad ha desembocado en una falta de preocupación por las formas de acumulación de poder y hoy el Poder Judicial latinoamericano no sabe cómo volverse un Poder Judicial con poder.

5. RAÍCES ESTRUCTURALES. CONCIENCIA HISTÓRICA

Esta situación de la justicia penal no responde a un mal funcionamiento de los últimos años. Sin duda el aumento de la complejidad social ha acentuado muchos de sus males estructurales y las nuevas visiones y demandas han generado un clima de crisis, pero los problemas que presenta la justicia penal no son nuevos sino que hunden sus raíces en la forma del Estado colonial. El sistema judicial de América Latina es básicamente el sistema inquisitivo y este es un sistema judicial nacido de una época precisa y al servicio de una concreta estructura del Estado. El sistema inquisitivo no sólo es una forma de proceso, sino un modelo completo de organización judicial, una figura específica del juez y una cultura también de contornos bien precisos; él es una creación del Estado moderno y la monarquía absoluta. Muchos de sus atributos centrales como el carácter escrito, secreto, formalista, lento, curialesco, dependiente, burocrático, etc., son cualidades esenciales de este sistema y no defectos. La monarquía absoluta comienza a ejercer un nuevo modo de poder, nuevo en muchas formas y en su intensidad. Además, el Estado moderno se caracteriza por el ingreso a la política y al manejo del estado de una burocracia en creciente especialización. La monarquía absoluta genera nuevas realidades en el plano de la práctica política y en el nivel discursivo. En esta época se "inventa" el "nuevo mundo", práctica política de expansión y discurso al servicio de la expansión. Se "crean" las nacionalidades, práctica y discurso al servicio de la unificación (el Estado-Nación) y también se crea el "mundo judicial", caracterizado por sus servicios a la monarquía y por la aparición de un nuevo sector profesional que mueve las palancas de esa nueva maquinaria, que asegura obediencia al Estado.

La aparición de una justicia escrita y secreta en el contexto de una Europa de cultura oral significaba una ruptura con el entorno social, pero a su vez aseguraba el nacimiento de un microclima, de un nuevo espacio con sus reglas propias tanto de sostenimiento como de reproducción. La persistencia de ese microclima judicial y jurídico que todavía hoy percibimos es producto de este aislamiento del entorno social. A su vez, la utilización creciente de lo escrito y la estructura burocratizada no son simplemente técnicas nuevas sino que generan una nueva cultura. La escritura funciona como el nuevo lenguaje de los sistemas judiciales y lentamente moldea el mundo y la cosmovisión judicial. Los sistemas judiciales en América Latina están todavía atrapados en esa cosmovisión.

Así se forma todo un sistema judicial que es trasplantado a Latinoamérica junto con la conquista y sirve para la administración del imperio. Las culturas aborígenes no estaban en una situación distinta a la del pueblo común europeo a quien se le aplicaba este sistema que también era extraño a sus costumbres, y totalmente incomprensible.

La Revolución Francesa y las doctrinas de la ilustración que le daban sustento llevan en sí una fuerte crítica al sistema judicial inquisitivo que claramente es percibido como uno de los mecanismos del despotismo monárquico y de la administración de la sociedad de privilegios del antiguo régimen. Los pensadores de la ilustración, a la hora de buscar un nuevo modelo judicial, proponen volver a las tradiciones del sistema romano-germánico que existía antes de la implantación del sistema inquisitivo. Para ese entonces, el lugar donde todavía quedaban vivas esas tradiciones era Inglaterra y hacia allí se vuelven las miradas que quieren volver al sistema judicial preinquisitivo, es decir, lo que hoy conocemos como sistemas acusatorios o adversariales, pero que en realidad eran la vieja tradición judicial de occidente, sustentada en la cultura popular y el pragmatismo romano. Estas tradiciones pervivían en Inglaterra no por algún elemento cultural especial sino por las particularidades del proceso político inglés y el fracaso de los intentos de construir una monarquía absoluta y un sistema judicial al estilo continental europeo. Ya en 1680 el proyecto absolutista de los Tudor ha fracasado y se abre paso al parlamentarismo de la monarquía inglesa.

Pero la Revolución Francesa llevaba también en sí misma las contradicciones de una burguesía que había construido una cultura política para el acceso al poder y ahora necesita administrar las enormes cuotas de poder que había conquistado. Estas tensiones se manifiestan también en el campo judicial, y en los avances y retrocesos de la Revolución Francesa que estallan drásticamente en la República Jacobina y el terror del 93. Finalmente

Napoleón permitirá construir una nueva síntesis, que funda la segunda etapa del Estado moderno y también la segunda etapa del sistema inquisitivo. El viejo modelo judicial de la monarquía absoluta triunfa finalmente con algunas concesiones a la tradición europea (v. gr. el juicio oral, el sistema acusatorio formal, los elementos propios del llamado sistema mixto) pero también gana en una nueva relegitimación histórica que lo convierte en la nueva base de la legislación europea (Códigos Napoleónicos) y es repotenciado por la incorporación de cuerpos policiales organizados y tecnificados de un modo nuevo. El sistema mixto inicia una segunda etapa del modelo inquisitivo que recién entra en crisis en los últimos años, de la mano de la crisis global del Estado moderno.

América Latina acompañó estos movimientos en el plano político general y en el campo judicial. La generación de la independencia, influenciada por la ilustración y el jacobinismo, realiza también una fuerte crítica al sistema judicial y propone ir a la vieja tradición europea (que no era tradición americana y no se percibió en esa época que las culturas aborígenes tenían parte de esa tradición). Esta visión acompañó a grandes esfuerzos de reforma realizados con mucha dificultad y en un contexto violento y desequilibrado. Poco a poco, tales intentos fueron cayendo del mismo modo que las restantes instituciones republicanas, y en menos de tres décadas América Latina retoma la tradición monárquica hasta nuestros días. Con la particularidad de que ni siquiera se establece el sistema mixto, las pequeñas concesiones del modelo napoleónico, si no que se vuelve a las viejas estructuras judiciales de la colonia, a su práctica y a su cultura curialesca. Muchos años después cuando se intenta establecer modelos mixtos (ahora mucho más vinculado al modelo italiano) los componentes inquisitivos de la cultura y de la práctica distorsionan aún más los sistemas y los vuelven mucho más inquisitivos que sus originales.

Esta rápida ojeada histórica tuvo por objeto demostrar que en realidad los graves problemas que viven nuestros sistemas tienen raíces tan profundas, vinculadas a toda nuestra estructura política que no es fácil remover. Al mismo tiempo se observa que son estructuras judiciales, tan alejadas desde sus cimientos, de un sistema y una cultura republicana que es impensable que ella conviva con ellos. De allí proviene la tensión y la importancia de todo el programa de reforma judicial que normalmente no es percibida por los sectores profesionales, inmerso en el estrecho mundo creado por el sistema inquisitivo que ha distorsionado incluso la percepción de los problemas judiciales. Si el actual proceso de reforma en América Latina podrá realizar esta tarea, todavía está por verse. Lo cierto es que debe ser el objetivo que señale las acciones concretas y las estrategias de cambio.

6. LOS EJES DEL PROCESO DE REFORMA

Del planteamiento realizado hasta ahora se pueden extraer fácilmente los ejes de la discusión sobre la reforma de la justicia penal. Ellos pueden ser enumerados del siguiente modo:

a) el establecimiento de un verdadero juicio público, con intermediación, contradicción y, por supuesto, oralidad, como eje central del proceso penal;

b) la transformación de los mecanismos preparatorios del juicio, modificando las funciones del Ministerio Público, ampliando la participación de la víctima y redefiniendo el papel de la policía;

c) una profunda modificación del régimen de la acción pública, permitiendo el ingreso de la reparación, criterios de selección, salidas alternativas, fórmulas conciliatorias, etc.; es decir, un proceso orientado a la solución del conflicto;

d) la ampliación de los derechos del imputado y la creación de mecanismos eficaces de defensa de esos derechos, incluso mediante una redefinición profunda de la organización de la defensa pública;

e) nuevos mecanismos de control de la duración del proceso, que desarrollen el principio de razonabilidad del uso del tiempo en el proceso;

f) la simplificación de las fórmulas y los trámites procesales, acentuando el carácter adversarial, otorgando preeminencia a los problemas sustanciales y racionalizando los trámites meramente ordenatorios;

g) el fortalecimiento de las etapas judiciales de ejecución de la pena, permitiendo que el condenado pueda litigar ante un juez imparcial.

Un párrafo aparte merecen dos temas de capital importancia pero que han tenido suerte diversa en los distintos programas de reforma: uno de ellos es la participación de los ciudadanos, aspiración clara de una justicia republicana, pero tema de permanente discusión, incluso dentro del campo del pensamiento republicano mismo. Sin duda la complejidad de la vida urbana y la influencia creciente de los medios masivos de comunicación obligan a repensar y recrear fórmulas de participación ciudadana, pero ello sigue siendo uno de los ejes centrales de un proceso de reforma de la justicia penal. El otro tema es las nuevas formas de organización judicial y del Ministerio Público, que ya no pueden quedar atadas a las viejas fórmulas jerarquizadas del sistema

inquisitivo, pero que aún es un problema que no ha sido asumido como un proceso central del proceso de reforma.

Estas son algunas de las ideas principales que estructuran los debates sobre la reforma de la justicia penal con base en el programa político normalmente asumido por las constituciones latinoamericanas. Muchas de estas ideas ya se han plasmado en nuevos códigos procesales o leyes orgánicas o en proyectos legislativos actualmente en debate parlamentario y todas ellas contribuyen a moldear los contenidos esenciales del movimiento de reforma de la justicia en Latinoamérica.

7. DEL PROGRAMA POLÍTICO AL PROGRAMA CIENTÍFICO

A. La pertinencia de la pregunta

Si podemos caracterizar el proceso de reforma judicial, en términos generales, como un intento de crítica radical a las estructuras judiciales heredadas del sistema inquisitivo y a la cultura judicial y jurídica gestada alrededor de ese modelo judicial. La pregunta de este capítulo puede ser formulada de la siguiente forma: ¿Es posible construir alrededor de esa idea fuerza, un programa científico para el Derecho Procesal Penal (o para el Derecho Penal en su conjunto) y, a su vez, qué papel cumpliría ese programa científico en el mismo proceso de reforma judicial? En mi opinión este problema no es de poca importancia, por sus consecuencias en ambos extremos: tanto el proceso político de reforma necesita de una permanente elaboración teórica como el desarrollo científico del Derecho Penal necesita dar cuenta de los procesos de cambio y, en cierto modo, orientarlos.

En primer lugar es necesario analizar si bajo esta formulación la pregunta es legítima o interesante, es decir, si realmente enfoca un problema a resolver. Mi respuesta es afirmativa, con base en los siguientes argumentos:

a) El proceso de gestación del sistema inquisitivo se realiza con base en una fuerte relación entre teoría y práctica, que giran alrededor de la construcción de la verdad y la legitimación del sistema judicial. Es por ello que la cultura inquisitiva ha calado tan profundamente en la formación jurídica moderna, que actualmente es el principal obstáculo para todo proceso de cambio. Esta afirmación debe ser ubicada en el plano correcto. Cuando hablo de cultura inquisitiva no me refiero a algún tipo de "mentalidad autoritaria". Esa mentalidad suele acompañar o es favorecida por la cultura inquisitiva, pero no deben ser identificadas. El tipo de cultura judicial gestado por el sistema inquisitivo es una práctica institucional determinada

por varias de las características centrales de este sistema. El viejo adagio "Quod non est in acta, non est in mundo" es la expresión sintética de la "creación del mundo judicial" propia del Estado-Nación moderno. Por lo tanto, si la reforma judicial no se instala en una fuerte lucha de ideas en el plano técnico, se debilita la crítica a la cultura inquisitiva y se corre el riesgo de cambiar estructuras formales y no culturales, permitiendo la reconstrucción teórica del sistema inquisitivo, que ha demostrado una gran fuerza de absorción de instituciones nuevas.

b) Hasta tal punto, el desarrollo del Derecho Procesal Penal está influido por el sistema inquisitivo que prácticamente puede volverse inútil el desarrollo teórico para explicar muchas de las nuevas instituciones. Un ejemplo de ello es el marcado carácter secuencial de las explicaciones del Derecho Procesal Penal, que señala la importancia de la idea de "trámite", la falta de reflexiones fundamentales, el relativamente escaso desarrollo del Derecho Procesal Penal constitucional, o del sistema de garantías; en fin, una dogmática procesal de los plazos y las formas, incapaz de dar cuenta de las funciones esenciales del proceso o simplemente explicar "todo aquello que sucede en los tribunales".

c) Generalmente los procesos de transformación han provocado o han ocasionado grandes movimientos teóricos. Por ejemplo, el movimiento intelectual vinculado al iusnaturalismo de cuño racional (Grocio, Puffendorf) no puede ser entendido cabalmente si no es por referencia al largo proceso de búsqueda de espacio del individuo, ligado al ascenso de la burguesía desde los albores de la baja edad media; proceso que desemboca en el programa político-normativo de la ilustración. O el impresionante desarrollo de la dogmática jurídica en manos de Savigny, Ihering y la escuela de las "pandectas", no puede ser apreciado en su magnitud sin referencia a la búsqueda de una legislación común por la Alemania en proceso de unificación, dentro del contexto de la segunda etapa del Estado-Nación moderno, fundado por Bonaparte. Lo mismo podemos decir de Bülow y la fundación de la Teoría General del Proceso, ligada tanto al desarrollo y difusión de los Códigos Napoleónicos, como al intento —casi desesperado— de poner un poco de orden en la casuística paralizante del sistema inquisitivo, atado a las clasificaciones romanas y no a los principios estructurales, prácticos y sencillos, de su derecho. Tenemos otros ejemplos mucho más cercanos: la teoría pura de Kelsen pierde densidad si se la aleja del intento de la República de Weimar de juridizar los pocos consensos políticos, en un poco de grandes tensiones sociales y evitar un estallido revolucionario que se esperaba día a día; el finalismo de Welzer no es comprendido en su sentido práctico sin referencia al quiebre general de la cultura de posguerra y

al intento de inventar todos los frenos posibles (desde el plano político al teórico) a un horror de la magnitud del nazismo.

Por las razones expuestas —que no agotan la argumentación posible— sostengo que un replanteo profundo, a nivel teórico, del problema judicial en América Latina no sólo es una consecuencia del programa de reforma, sino que es una de las dimensiones de la reforma misma. Esta renovación teórica es, a la vez, una condición necesaria para un replanteo, también estructural, del modo de enseñanza del Derecho. Debemos admitir también, de un modo claro, que la Universidad Latinoamericana, más allá de los casos particulares, ha reproducido a lo largo de los siglos la cultura propia del sistema inquisitivo, ha alimentado el funcionamiento violatorio de los derechos humanos del sistema penal y ha justificado su selectividad. La academia no ha encontrado aún el camino de un pensamiento crítico y creativo sobre los sistemas judiciales en América Latina.

B. Los Planos de un Programa de Reflexión Teórica

No es posible desarrollar aquí, con suficiente extensión, los distintos niveles de una reflexión teórica renovada por un diálogo estrecho con el proceso de reforma judicial y que tome en cuenta la urgencia de pensar el Poder Judicial en el marco de la construcción de una República democrática, en el contexto de sociedades altamente tensionadas por la pobreza. Sólo puedo esbozar, entonces, sus distintos niveles y algunos de sus temas principales:

a) en primer lugar, América Latina debe construir una nueva teoría política sobre lo judicial. Sin duda, existen trabajos sobre este tema, pero no se ha generado aún un conjunto de ideas fuertemente enlazado en una teoría política global sobre el Poder Judicial. No ha sido una preocupación teórica prioritaria desde las ciencias políticas y desde el Derecho Constitucional no se ha profundizado lo suficiente. Construir una teoría política de la justicia en democracias pobres no es sencillo, mucho menos sencillo si se busca integrar el aparato conceptual de varias disciplinas y se intenta eludir las trampas teóricas de la reificación o la personificación del poder. Urge, pues, reflexionar sobre lo judicial como un espacio político en el que concurren, disputan o se equilibran distintas fuerzas sociales; espacio en donde se organizan e interactúan diversas instituciones, tanto públicas como privadas; en fin, un específico espacio social, más proclive a ser explicado como un campo de fuerzas que como una cosa, persona o función. Asimismo, es necesario asignar verdaderas finalidades políticas a la justicia penal, abandonando las formulaciones genéricas o los ideales

puramente morales. Sus funciones de pacificación, seguridad, certidumbre, tolerancia, etc., deben ser desarrolladas con mayor extensión y mayor precisión, para que la justicia tenga finalidades políticas concretas, dentro del proceso político particular de cada sociedad. Deberíamos, también, tener mayor capacidad para explicar los procesos políticos internos dentro del espacio judicial, así como la integración de lo judicial en el marco general de los problemas de gobierno y su eficacia. Otro de los temas centrales de una teoría política sobre la administración de justicia es la construcción de un lenguaje político para el Poder Judicial, no sobre él. Los jueces de Latinoamérica carecen de un adecuado lenguaje político. Finalmente, también es un punto central de una teoría política del Poder Judicial lo concerniente a los modos de acumulación de poder, propios del Poder Judicial. ¿Cómo se construye un Poder Judicial independiente, es decir, según un proceso propio y autónomo de acumulación de poder? Ello permitiría construir nuevas estrategias de poder para el Poder Judicial que rompan la lógica peticionaria, propia del sistema inquisitivo.

b) Un segundo nivel de reflexión teórica nos lleva al análisis de las estructuras judiciales. Allí podemos observar distintos problemas: en primer lugar, carecemos de una adecuada observación empírica sobre el funcionamiento de los sistemas judiciales; en segundo lugar, no hemos desarrollado una fuerte interdisciplina y ni siquiera estamos acostumbrados a utilizar herramientas conceptuales consolidadas en otras disciplinas y pretendemos todavía que el Derecho tenga exclusividad en la determinación del objeto de estudio, si es que las otras disciplinas se quieren ocupar de los problemas judiciales; en tercer lugar, no hemos analizado suficientemente las estructuras básicas de la administración de justicia y, menos aún, las relaciones entre procesos y organizaciones; finalmente, no tenemos claridad sobre la formulación, ejecución y control de las políticas judiciales. Es claro, pues, que debemos construir casi completamente un método de análisis de lo judicial, que integre racionalmente estos problemas.

c) Un tercer nivel de reflexión teórica concierne ya a la ciencia jurídica. Por una parte, las nuevas teorías de la argumentación y el razonamiento judicial deben y pueden dar cuenta del ambiente institucional en el que se desarrollan, mediante teorías que asuman el marco institucional de construcción de los discursos jurídicos. En un segundo plano, el Derecho Constitucional latinoamericano debe superar una visión ingenua o meramente descriptiva del problema judicial, generalmente despolitizada. Finalmente el Derecho Penal y el Derecho Procesal deben transitar con mayor fortaleza el camino de la integración conceptual, abandonando barreras artificiales creadas muchas veces por clasificaciones arbitrarias o insustanciales. Por lo menos una integración en los niveles del análisis político criminal, de la construcción unitaria del sistema de garantías y de una dogmática penal que asuma el contexto procesal es posible y abriría nuevas elaboraciones teóricas.

d) Finalmente, debemos revisar la pedagogía del Derecho en diálogo con el proceso de reforma judicial en América Latina. El modo de enseñanza es subsidiario del funcionamiento del sistema judicial, aunque muchas veces no lo hagamos explícito. En definitiva, el análisis y construcción de casos, la argumentación y la construcción creativa de soluciones no están presentes en la enseñanza universitaria porque no lo están en los sistemas judiciales. Sí están presentes la repetición de formas, el conocimiento de trámites y la domesticación de la imaginación porque así funcionan nuestros sistemas judiciales.

No quisiera concluir sin reafirmar la idea de que el programa político de reforma reclama y posibilita una renovada reflexión teórica sobre la administración de justicia. No sabemos si la Universidad Latinoamericana, sumida en una crisis paralizante, podrá hacerlo, pero de todos modos es un desafío para todos aquellos que buscan dignificar el trabajo intelectual poniéndolo al servicio de la construcción de una sociedad de hombres igualmente libres, igualmente dignos y decididamente fraternos.

* * *

LA JUDICIALIZACIÓN PENITENCIARIA, UN PROCESO INCONCLUSO

Borja Mapelli Caffarena
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.
2. PROBLEMAS ACTUALES DE LA JURISDICCIÓN PENITENCIARIA.
3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.
4. CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA PENA.
5. RELACIÓN JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA-ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando en el año 1979 los artículos 76 a 78 LOGP introducen en nuestro país la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria por medio de un paquete de competencias en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de libertad, los analistas vieron colmada una exigencia que venía reclamándose por lo menos desde la segunda mitad del siglo XVIII. Lo que aconsejó entonces que la actividad judicial trascendiera al fallo condenatorio firme fue, primero, una preocupación por los excesos punitivos en los que con frecuencia caían los responsables de las prisiones¹ y, posteriormente, un interés por asegurar que la flexibilidad introducida en la ejecución de la pena pudiera traducirse

en una discriminación arbitraria de unos condenados frente a otros.²

Pero ahora se traspasaba por vez primera la fórmula clásica de las visitas judiciales que habían resultado a todas luces insuficientes. RUIZ VADILLO en un comentario a lo que todavía era proyecto de ley penitenciaria apuntaba que "este juez no debe ser un vigilante, sino un ordenador".³ Apenas el texto se hizo ley, MANZANARES SAMANIEGO, por su parte, se expresaba en términos similares. "Parece, por lo tanto, —señala este autor— que ha llegado el momento de acatar sin reservas dicha declaración (se refiere al art. 117.3 CE), abandonar bizantinas distinciones entre ejecución y cumplimiento —o entre ejecutar y hacer

1 "Ordenamos y mandamos —dispone la Ley I, Tít. XXXIX, Lib. XII de la Nov. Recopilación— que el sábado de cada semana dos de nuestro Consejo vayan a las nuestras cárceles, a entender y ver los procesos de los presos que en ella penden, así civiles como criminales, juntamente con nuestros Alcaldes, y sepan la razón de todos ellos, y hagan justicia brevemente, y se informe particularmente del tratamiento que se hace a los presos, y no den lugar que en su presencia sean maltratados por los Alcaldes."

2 En este sentido recomendaba SALEILLES (*La individualización de las penas. Estudio de criminalidad social. Trad. J. de Hinojosa. Madrid, 1914, pág. 336*) que la autoridad judicial "sólo intervendría dos veces: una primera vez para ordenar la entrada y otra para permitir la salida. Así se responde a las objeciones que se habían formulado contra el peligro de la arbitrariedad administrativa si todo se dejase a la discreción de la Administración."

3 RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. El sistema penitenciario. En "Estudios penales II. La reforma penitenciaria", Universidad de Santiago de Compostela, 1977-78, pág. 190.*

ejecutar— y judicializar la ejecución, sin perjuicio de mantener en su cauce lo que de por sí pertenece a la Administración (creación de centros, medios personales, etc.).⁴

El control judicial de la actividad penitenciaria es, por otra parte, una exigencia de una concepción resocializadora de la ejecución de la pena privativa de libertad. Cuando aquélla tenía un carácter unidimensional, exclusivamente custodial, bastaba el control exterior de la misma como sucedía con otras penas como la pena capital o la de multa, pero, según fueron consolidándose las expectativas preventivo especiales comenzaron a surgir modelos de ejecución alternativos que significaron un cambio sustancial en el contenido de la pena. Esta poliedricidad exige el incremento de un control imparcial e independiente.

La ilusión por creer concluido un proceso, que hoy nos parece irreversible, habría de durar poco tiempo. Lo que, creo, fue la primera reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, celebrada el 26 y 27 de abril de 1982,⁵ apuntaba ya los problemas más graves con los que se enfrenta la jurisdicción penitenciaria. Entre otros, la imposibilidad material de asumir todas las funciones encomendadas por falta de medios, la reclamación de plenas competencias en relación con la libertad condicional y la refundición de condena, la necesidad de que se regule un procedimiento y se indique qué recursos existen frente a las resoluciones judiciales y de que intervenga el Ministerio Fiscal. Con un cierto punto de ingenuidad se rechazaba además en esta primera reunión las eventuales competencias para presidir la Junta de Régimen y Administración del establecimiento y el equipo técnico, para dictar circulares, para resolver consultas de la administración penitenciaria y se reclamaba una moratoria para poder declarar la firmeza de las sentencias y el licenciamiento definitivo.

Estas atípicas reuniones de Jueces de Vigilancia en las que se proponían, y se siguen proponiendo directrices de actuación, fue una respuesta a un escrito del Tribunal Supremo (8 de octubre de 1981) que instaba a aquéllos con base en las normas generales del Derecho (art. 1º.⁷

Código Civil) a que encaucen formalmente su actividad, "dentro de una libertad de trámites impuesta por la propia carencia de regulación legal", porque, continuaba argumentando el alto tribunal, "no constituye obstáculo suficiente al ejercicio de las funciones legalmente atribuidas al Juez de Vigilancia la ausencia de normas orgánicas sobre el mismo y de una regulación formal expresa del cauce procedimental en que deba transcurrir su actividad".

Es más que dudoso que en un Estado de Derecho pueda ser aceptable una *caída al vacío legal* como la que propone el Supremo cuando, sin ir más lejos, la Constitución resalta que la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceso, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, se hará según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan (art. 117.3 CE). Pero lo que hoy parece fuera de dudas es la lectura política que debe darse al hecho histórico de que transcurridos más de quince años, toda la legislación relativa a los Jueces de Vigilancia se reduzca a un artículo en la LOGP, el 76, otros dos en la LOPJ, el 94 y 95, y a una Disposición Final, la 5ª, y que todavía no se disponga de una norma que recoja el procedimiento penitenciario, sin necesidad de que los responsables de esta jurisdicción vayan perfilando sus competencias, su procedimiento y sus contornos a golpe de cursos, seminarios, reuniones, analogías o simples llamadas de teléfono de los compañeros. Este silencio tan prolongado demuestra hasta qué punto la administración penitenciaria y tras ella el gobierno, no tiene el menor interés en consolidar una jurisdicción que entraña unos niveles de exigencia difíciles de asumir y encuentra, en consecuencia, cómoda la nebulosa generada en torno a este órgano judicial.

En la aceptación de esta particular realidad los propios jueces de vigilancia parecen haber entrado en una fase de "conformación" cuando reclaman al Consejo General del Poder Judicial "que se institucionalice una Junta de Jueces de Vigilancia Penitenciaria o, al menos, un órgano de representación de éstos, de ámbito nacional, que se reúna periódicamente para debatir problemas comunes y coordinar criterios de actuación".⁶

4 MANZANARES SAMANIEGO, *La problemática actual del juez de vigilancia*. En "Revista de Estudios Penitenciarios", núms. 232-235 (1981), pág. 9. Todavía en este mismo sentido pueden reseñarse las propias declaraciones del TS que en las conocidas prevenciones de 8 de octubre de 1981 entiende que la ejecución de las penas privativas de libertad "quedan plenamente atribuidas a los órganos judiciales".

5 Cfr. criterios expuestos en la reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria celebrada en Madrid los días 26 y 27 de abril de 1982, en "Revista de Estudios Penitenciarios". Núms. 232-235 (1981), págs. 333 y ss.

6 Acuerdo 1º de los Acuerdos adoptados en la VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria celebrada en Madrid los días 21 a 23 de mayo de 1992 (Vigilancia Penitenciaria. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 285).

2. PROBLEMAS ACTUALES DE LA JURISDICCIÓN PENITENCIARIA

Aunque es seguro que el lector, a quien se presume interesado por estas cuestiones, conoce los problemas con que se enfrenta la jurisdicción penitenciaria para su correcto funcionamiento por la considerable literatura especializada que ha tratado el tema, nos parece, sin embargo, conveniente relatarlos aquí —al menos, los más destacados— para poder luego derivar algunas reflexiones y propuestas al respecto.

a) Los primeros problemas que se plantean para la jurisdicción penitenciaria surgen de la regulación de sus propias competencias.

El art. 76.2 LOGP entra, al menos, en dos ocasiones en contradicción con el ordenamiento jurídico. La primera cuando declara que el Juez de Vigilancia "tendrá atribuciones para cumplir la pena impuesta" (art. 76.1 LOGP) y que, en la consecución de este logro, asume "las funciones que corresponderían a los jueces y tribunales sentenciadores" para, con posterioridad, reducir esas atribuciones a algunos aspectos muy concretos. La doctrina es coincidente en que la fase de ejecución comienza procesalmente con la firmeza del fallo,⁷ a partir de ahí —*tertium non datur*— comienza la ejecución y el Juez de Vigilancia asume las funciones que corresponderían, de no existir, el Tribunal sentenciador. Sin embargo, a este último siguen reservándose algunas competencias de la importancia de la liquidación de condena, la remisión condicional, la suspensión de la ejecución, la sustitución de la pena, la facultad de informar en los indultos y el licenciamiento definitivo.

La liquidación de condena de acuerdo con el artículo 70.2 CP (hoy, art. 76) es un ejemplo paradigmático de la confusión y el desorden que ha presidido todos estos años

la labor de esta jurisdicción. Aceptada por unos, rechazada por otros, pareció por un momento —cuando las Audiencias de Madrid y Barcelona sentaron criterio a favor— que serían finalmente los Jueces de Vigilancia, aunque sólo fuera por facilitar la operación, quienes asumirían esa labor de liquidación de condenas, pero no fue así y el Consejo General del Poder Judicial (1987) y la Fiscalía General del Estado (Consulta 3/89), primero, y el TS (Auto de 29 de marzo de 1990) al resolver un conflicto jurisdiccional, después, terminaron residenciando dicha actividad de acuerdo con el artículo 988 LEC, en el último tribunal sentenciador.⁸

Sin embargo, el tiempo terminará dando la razón a quienes reclaman para la jurisdicción penitenciaria —o quizá para el juez de ejecución de penas— dicha competencia. Si en nuestro país no se ve con claridad es porque, al contrario de lo que sucede en los sistemas penales anglosajones, procesalmente no se ha introducido la fructífera diferencia entre declaración de la culpabilidad e imposición de la pena (sentencia).

Pero la evolución hacia ese modelo se aprecia ya en el nuevo Código Penal, en el que tras la firmeza del fallo la actividad jurisdiccional se prolonga no sólo con la liquidación de la condena, sino también con la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 82 CP) y la sustitución ("los jueces podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado...", art. 88).

La segunda contradicción se produce en relación con el artículo 77. Mientras que el artículo 76 recoge una serie de competencias que, casi todas, tienen que ver con las actividades de régimen de acuerdo con la propia sistemática empleada por la Ley y el Reglamento Penitenciario, sin embargo, el artículo 77 sin limitarse por el contenido del artículo precedente dispone que en relación con las "actividades regimentales" los Jueces de Vigilancia sólo podrán formular propuestas ante la Dirección General.

⁷ Así, por todos GÓMEZ ORBANEJA señala que la ejecución es "una fase del proceso criminal que sigue al juicio de cognición al hacerse firme la sentencia de condena" (GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 1947, t. I, pág. 56).

⁸ Los argumentos empleados en una y otra ocasión no pueden ser compartidos. Así, entiende la Fiscalía que al aplicar las reglas del art. 70 CP (hoy art. 76) se está juzgando porque no sólo se trata de una alteración de penas, sino de "una sustitución de las diversas penas impuestas por una nueva y distinta"; en el mismo sentido, para el Consejo nos encontramos ante una potestad "declarativa". Es dudoso que "aplicar el triple de la más grave" sea crear una nueva pena, prueba de que no es así es que pese a la acumulación éstas no pierden su *nomen iuris*, pero incluso aceptando esa hipótesis, la actividad de juzgar es valorar pruebas, calificar jurídicamente hechos e imponer penas, pero la concreción de éstas es un proceso de individualización que solo concluye con el licenciamiento y en el que participan no sólo órganos judiciales, sino también administrativos.

También SALCEDO VELASCO (*Refundición de condenas: acumulación de penas*), en "Cuadernos de Derecho Judicial" (*La ejecución de la sentencia penal*), CGPJ, Madrid, 1994) se inclina a favor de considerar la refundición competencia del órgano judicial sentenciador porque "el Juez de Vigilancia no está ligado a los hechos históricos que provocaron la condena y queda fuera de su ámbito pronunciarse sobre sus consecuencias jurídicas" (242), sin embargo, el presupuesto de la refundición no son los hechos históricos que dieron lugar a la condena, sino la condena con la correspondiente magnitud punitiva que es posteriormente ordenada en el proceso de liquidación.

Por otra parte, si graves son las competencias relativas a la ejecución de la pena de las que se ve privado el Juez de Vigilancia frente al órgano sentenciador, no menos grave son las que le arrebatara la administración penitenciaria. Esta se reserva cuestiones tan trascendentales como los traslados, la redacción de las normas de régimen interior y, en general, todo lo que tiene que ver con la organización y actividades del centro.

Con razón se ha criticado como un obstáculo a la judicialización la falta de una cláusula general de carácter programático que vendría a ser desarrollada por el actual artículo 76.2 LOGP, en la que se señale con claridad el alcance de las competencias de esta jurisdicción. No obstante, a nuestro juicio, se le ha concedido poca relevancia al contenido del artículo 76.1 LOGP, en donde, como veremos luego, puede residenciarse un principio general de competencia de esta jurisdicción.

De las competencias positivas de que dispone con más autonomía el Juez de Vigilancia destaca la concesión de la libertad condicional.

Sin ningún tipo de limitaciones y sin necesidad de recabar otros informes que no sean los estrictamente necesarios, el juez estima o rechaza el expediente iniciado por la administración penitenciaria. No obstante, esta plena asunción de competencias se ve perturbada por el requisito de clasificación en tercer grado precedente que corresponde otorgar a la administración. Sin concurrir el mismo ésta no vendría obligada ni siquiera a iniciar el correspondiente expediente. El penado tiene difícil incluso la posibilidad de acudir a la vía del recurso contra aquélla de acuerdo con el artículo 76.2.f), porque no se trata de un caso de clasificación, sino de omisión de la misma.⁹

La competencia de aprobar los beneficios que puedan suponer la reducción de la condena (artículo 76.2. c) ha quedado reducida, tras la derogación del artículo 256 del Reglamento Penitenciario, a los indultos particulares del artículo 206 frente a los que el Juez de Vigilancia tan sólo asume una función medial entre la administración penitenciaria y el Consejo de Ministros, a quien corresponde su aprobación.

Respecto del régimen disciplinario —auténtica espina dorsal de todo sistema penitenciario—, perteneciente al bloque de competencias que se consideran actividades administrativas sancionatorias, el Juez de Vigilancia ve limitada su competencia para aprobar las sanciones de más de catorce días de aislamiento (art. 76.2 d) o bien resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos frente al resto de las sanciones (art. 76.2 e). En el primer supuesto la LOGP introduce una limitación competencial de los jueces de vigilancia, a nuestro juicio, inaceptable. En efecto, tratándose sobre todo de sanciones que privan de libertad y especialmente que consisten en una reclusión celular permanente, la Administración no puede reservarse la imposición de las mismas.¹⁰ La taxatividad del artículo 25.3 CE no permite fisuras exegéticas que lleven a otra conclusión que no sea la prohibición de las sanciones administrativas que "directa o subsidiariamente" priven de libertad. El aislamiento en celdas es privación de libertad, por más que el TC (STC de 21 de enero de 1987¹¹) trate de fundamentar lo contrario por medio de intrincadas argumentaciones jurídicas acudiendo a presuntas relaciones especiales de sujeción del condenado —¡no con la administración de justicia!—, sino con la administración penitenciaria. Que existan dichas relaciones es cuestionable pero que las mismas puedan justificar una excepción a lo establecido por el artículo 25.2,

⁹ Podría entenderse que el requisito de la clasificación en tercer grado forma parte de los requisitos subjetivos y no producen el efecto cierre a la iniciación del expediente. A nuestro juicio, ello no es así pues si bien el substrato de la misma es subjetivo, sin embargo, aparece jurídicamente objetivado en el acto clasificatorio.

¹⁰ Hasta el texto del Proyecto de la Ley Penitenciaria los jueces de vigilancia debían aprobar todas las sanciones de aislamiento celular superiores a las veinticuatro horas.

¹¹ El argumento que emplea la referida sentencia en sus fundamentos jurídicos es la siguiente: "El art. 25.3 de la Constitución prescribe, ciertamente, que la "Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad", pero esta prevención constitucional no puede dejar de ponerse en relación, para comprenderla rectamente, con el contenido del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 de la misma Constitución reconocido también en el art. 5.1. del Convenio de Roma, que preservan el común *status libertatis* que corresponde, frente a los poderes públicos a todos los ciudadanos. Tal *status*, sin embargo, queda modificado en el seno de una relación especial de sujeción como la presente, de tal manera que, en el ámbito de la institución penitenciaria, la ordenación del régimen al que quedan sometidos los internos no queda limitado por el ámbito de un derecho fundamental que ha perdido ya, en ese ámbito específico, su contenido propio, según claramente se deriva, por lo demás, de lo dispuesto en el apartado segundo de este citado art. 25. La libertad que es objeto del derecho fundamental resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de condena, fallo que, por lo mismo, determinó la restricción temporal del derecho fundamental que aquí se invoca".

incluido en el Cap. II del Tít. I dentro de los derechos fundamentales, es sencillamente inimaginable en un Estado de Derecho.¹²

Por otra parte, como señala GONZÁLEZ CANO,¹³ la *literalidad* del precepto reduce las competencias judiciales a la mera valoración del expediente en el que se proponga una sanción de esa naturaleza y a la decisión motivada de su procedencia ("aprobar la sanción"), por último, las sanciones de aislamiento superior a los catorce días son un segmento relativamente poco significativo dentro de la totalidad de sanciones impuestas.

En el segundo supuesto, es decir, resolver recursos frente a las demás sanciones, el recurso se erige como un obstáculo procesal, en principio insalvable, que preserva de una intervención judicial *prima facie* a la actividad disciplinaria de la Administración. Con razón señala HERRERO ORTEGA¹⁴ que con tanto condicionar al recurso estas y otras competencias más que judicializar la ejecución lo que se ha hecho es introducir una primera instancia penitenciaria que descarga de trabajo a los tribunales sentenciadores que históricamente han mostrado absoluta pasividad frente a los problemas de la ejecución penal. Incluso mediando un eventual recurso, la Administración no sólo puede imponer preventivamente medidas cautelares de carácter personal (art. 243 RP) o medidas coercitivas (art. 45 LOGP), sino que dispone de una amplia competencia con criterios muy flexibles para no suspender la ejecución aunque ésta se encuentre recurrida.¹⁵

Pero no es ahí donde se produce la limitación más destacada de las competencias judiciales frente a la capacidad sancionatoria de la administración penitenciaria, sino frente a las llamadas sanciones encubiertas, que son distintas de las sanciones informales. Aquéllas sí están recogidas en la ley, si bien no aparecen como sanciones dentro del régimen disciplinario, mientras que estas últimas ni siquiera están previstas por el legislador. Entre las

primeras podemos señalar la pérdida de los permisos y de los beneficios penitenciarios o la regresión clasificatoria. Por su parte, las posibilidades de aplicar sanciones informales dentro del hermético mundo de la prisión son casi ilimitadas, traslados, cambios de celdas o módulos, pérdida de destino, imposición de trabajos, reducción de las visitas en algunos minutos, retraso en la entrega de correspondencia, etc. Frente a aquellas incidencias los jueces sólo conocerán indirectamente por vía de recurso o de queja. El recurso únicamente está previsto en materia de clasificaciones (art. 76.2. f), ya sean estas iniciales o de regresión/progresión. No se contempla por esta vía, como hemos visto, una eventual exigencia de ser clasificado frente a la omisión de órganos competentes. También en relación con las clasificaciones se debe dar conocimiento al Juez de Vigilancia del traslado a los centros de máxima seguridad (art. 76.2 g). Sin embargo, este último control judicial que se ha impuesto a golpe de resolución judicial más que por la interpretación literal del precepto ("conocer del paso") podría ser burlado con facilidad por la Administración si en lugar de proceder al traslado a otro centro se limita a cambiar al interno de sección y pasarlo a una en la que se aplique el régimen cerrado que corresponde a los establecimientos de máxima seguridad.

Estas limitaciones competenciales que sitúan al Juez de Vigilancia en un segundo plano, frente a una administración de competencias desmesuradas, son un ejemplo del grado de administrativización a que ha llegado la ejecución de esta pena. Administrativización de la que con dificultad se está saliendo para recuperar el control judicial. El ejemplo más ilustrativo del estado de cosas a que se había llegado y que, en gran parte, sigue manteniéndose nos lo ofrece la competencia sobre el licenciamiento definitivo. Decisión que celosamente reclaman para sí los tribunales o jueces sentenciadores frente al Juez de Vigilancia, sin caer en la cuenta de que el acto de licenciamiento definitivo es en la actualidad un acto de contenido exclusivamente jurídico formal en la medida que lo más frecuente es que la decisión —ahora del Juez

¹² Cfr. con más detalle sobre esta cuestión, MAPELLI CAFFARENA, *Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario*, en "Estudios penales y criminológicos (XVI)", Santiago de Compostela, 1993, págs. 281 y ss.

¹³ GONZÁLEZ CANO, M. I., *La ejecución de la pena privativa de libertad*. Valencia, 1994, pág. 294. En este mismo sentido, continúa la autora afirmando que "si de garantías jurisdiccionales y procesales se trata, más existen en el recurso del art. 76.2 d) que en la simple aprobación judicial del art. 76.2 d)" (294).

¹⁴ HERRERO ORTEGA, *Ejecución penal y procesamiento penitenciario*, en "Ministerio Fiscal y sistema penitenciario". Centro de Estudios Judiciales, Madrid, núm. 9 (1992), pág. 344.

¹⁵ Críticamente sobre la actual disponibilidad de la Administración para no suspender la ejecución de las sanciones recurridas, v. ROIG BUSTOS, *Procedimiento sancionador en el ámbito penitenciario*, en "Fiscales de Vigilancia Penitenciaria". Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1988, págs. 147 y ss.

de Vigilancia, pero antes de la propia administración—¹⁶ del excarcelamiento material haya sido tomada con antelación por medio de la libertad condicional.

b) También la territorialidad de esta jurisdicción resulta ser una fuente de problemas de compleja solución. Ésta no parece haber encontrado aún el modelo más racional de planta y demarcación y se ve sometida a una tensión interna y contradictoria, de una parte, para reforzar su condición jurisdiccional, se procura diseñar un mapa de juzgados de vigilancia similar al de las Audiencias Provinciales,¹⁷ pero, por otra, atendiendo a las ventajas de la inmediatez geográfica entre el juez y el justiciable, en especial en este caso que cuenta con un destinatario privado de libertad, parece ir paulatinamente imponiéndose, en la medida que los Jueces de Vigilancia han ido adquiriendo exclusividad, una demarcación territorial en sintonía con el mapa penitenciario nacional¹⁸. Ahora más que al principio encontramos Juzgados de Vigilancia en localidades como Ocaña, Valdemoro, Puerto de Santa María y no existen, en cambio, en capitales con Audiencias Provinciales, por no existir en las mismas centros penitenciarios relevantes.

Esta evolución ha provocado el alejamiento de algunos de los juzgados de vigilancia de sus respectivas Audiencias Provinciales en donde, por otra parte, parece que terminarán inevitablemente residenciándose todos los recursos de

apelación y queja que se presenten frente a las resoluciones de aquéllos. Al no coincidir las demarcaciones de éstas con las demarcaciones penitenciarias nos encontramos con juzgados de vigilancia de los que dependen centros ubicados en distintas provincias y, en consecuencia, la apelación vendrá resuelta por diferentes Audiencias de acuerdo con la Disp. Adic. 5^a LOPJ.¹⁹ La decisión puede estar justificada desde una perspectiva político penitenciaria,²⁰ pero desde luego es esquizofrénica desde un punto de vista judicial ya que distintas Audiencias resolverán apelaciones de un mismo órgano judicial e, incluso, dentro de una misma Audiencia las resoluciones de las secciones pueden entrar en contradicción entre sí.²¹

Los problemas territoriales no acaban ahí sino que de ellos se deriva una absoluta falta de homogeneidad jurisprudencial. Para evitar esta situación se han sucedido algunas propuestas sugerentes en las que destaca —y conviene hacerlo— un interés por lograr un funcionamiento eficaz de esta jurisdicción por encima de las purezas conceptuales.²² Así para MADRID LÓPEZ²³ esta homogeneidad podría alcanzarse considerando competente a la Audiencia Nacional; también la propia Audiencia Nacional ha admitido en alguna ocasión recursos frente a resoluciones de jueces de vigilancia (12 de febrero de 1985).

Otras propuestas consideran mejor de *lege ferenda* sustituir las Audiencias por una Sección Especial de

¹⁶ DOÑATE MARTÍN, *Problemas generales de la jurisdicción de vigilancia*, en "Vigilancia Penitenciaria (VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)". CGPJ. Madrid, 1994, pág. 30.

¹⁷ Dentro de lo que podríamos llamar propuestas de una primera época, DEL MORAL GARCÍA, *Recurriridad de las resoluciones del Juez de Vigilancia*, en "BIMJ", núm. 1389 (1985), pág. 13.

¹⁸ Precisamente llevando a sus últimas consecuencias esta duplicidad funcional MANZANARES SAMANIEGO (*Cuestiones Fundamentales del Derecho penitenciario español*, "RGLJ", núm. 3, 1983, pág. 467) propone que la demarcación de la jurisdicción penitenciaria debe tomar como referencia los establecimientos sólo cuando se trata de una materia penitenciaria, mientras que en cuestiones relacionadas con la ejecución de la pena debe considerarse competente el Juez de Vigilancia ubicado en la demarcación del tribunal sentenciador. Críticamente, GONZÁLEZ CANO, *op. cit.*, pág. 134.

¹⁹ Los fiscales de vigilancia penitenciaria propusieron, en cambio, que fuese la audiencia sede del Juzgado la competente para resolver estas apelaciones (IV Reunión de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, Barcelona, 1994).

²⁰ ROIG BUSTOS, *op. cit.*, pág. 151.

²¹ Críticamente también REIGOSA GONZÁLEZ, *Recursos contra las resoluciones del Juez de Vigilancia*, en "REP", núm. 236 (1986), pág. 146.

²² Sirva de ejemplo el contraste entre las nuevas propuestas sobre cuáles son los órganos judiciales competentes para resolver los recursos frente a las resoluciones de los Jueces de Vigilancia con las que se hicieron en una primera época. Entre éstas, por ejemplo, MANZANARES SAMANIEGO (*El Juez de Vigilancia*, en "Lecciones de Derecho penitenciario", Alcalá, 1985, págs. 199 y ss.) sugería la compatibilidad de tres soluciones distintas según la naturaleza de la materia.

²³ MADRID LÓPEZ, *Órgano competente para conocer de los recursos de apelación y queja*, en "Vigilancia penitenciaria" (VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria), Madrid, 1994, págs. 57 y ss. En el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, *Naturaleza de la Jurisdicción de vigilancia: aspectos procesales y administrativos*. En "REP", extra 1 (1989), pág. 125.

Vigilancia Penitenciaria dentro de los Tribunales Superiores de Justicia.²⁴

La administración penitenciaria se supo aprovechar en una primera época de la atomización de los Juzgados de Vigilancia. Bastaba el traslado estratégico de un interno para evitar que le beneficiara legítimamente una resolución judicial. Aunque a partir de la STC 67/1991, de 22 de marzo, comenzaron a cambiar las cosas en la medida que la misma dejaba claro la improcedencia de un traslado que intente subrepticamente burla una resolución judicial y garantizaba al interno la firmeza de la resolución judicial aunque cambiase de demarcación, sin embargo, las posibilidades de camuflar las auténticas razones de un traslado por parte de la administración penitenciaria siguen siendo muy amplias porque ni siquiera tiene que aguardar la resolución del Juez de Vigilancia correspondiente. Tampoco pueden los Jueces de Vigilancia controlar los traslados que privilegian arbitrariamente a ciertos internos y que, en consecuencia, nunca van a ser recurridos.

El problema sólo se resolverá cuando sean los jueces quienes autoricen los traslados no sólo como ahora se contempla frente a los traslados a centros de máxima seguridad, sino todos los traslados tal como en reiteradas ocasiones ha solicitado el propio colectivo.²⁵ Ello no sólo es conveniente por las razones antes apuntadas, sino también para introducir un punto de racionalidad a uno de los aspectos más cruciales de la ejecución de la pena privativa de libertad.²⁶

c) También en el orden funcional los problemas de la jurisdicción penitenciaria son innumerables. La falta de uniformidad jurisprudencial ha ocasionado soluciones muy dispares en cuestiones nada baladíes como los recursos que cabe interponer frente a las resoluciones de estos

jueces, los órganos judiciales *ad quo* o, por último, los procedimientos que deben seguir dichas resoluciones.

Resulta irregular que sea la LOPJ, cuyo contenido es la organización de los jueces y tribunales, la que se encargue de las cuestiones procesales de la jurisdicción penitenciaria, o que sin mucho rigor terminológico, se haga referencia en ella a recursos de apelación frente a resoluciones administrativas; pero más allá de estas cuestiones formales el apartado 2º. de la DA 5ª LOPJ nos reconoce implícitamente que la administración penitenciaria decide sobre cuestiones relativas a la ejecución, que forman parte, según la propia dicotomía presentada por esta disposición, de la actividad jurisdiccional, hasta tal extremo vinculado al fallo condenatorio que es el propio tribunal sentenciador quien deberá resolver los recursos de apelación. Es cuando menos sorprendente que el Juez de Vigilancia no pueda asumir funciones administrativas y, en cambio, sí pueda la Administración asumir funciones judiciales.

No hay —ni puede haberlo— un criterio claro, seguro y operativo que nos permita distinguir las materias de ejecución y de régimen. La concesión de la libertad condicional que es de todas las materias recogidas en el artículo 76.2 LOGP la que suscita una opinión doctrinal²⁷ más coincidente a favor de catalogarla como relativa a la ejecución, ha sido tradicionalmente considerada una cuestión administrativa (hoy diríamos regimental) cuyos eventuales recursos se sustentaban por el contencioso administrativo.²⁸ La naturaleza de los institutos jurídicos no es algo que corresponda resolver discrecionalmente al legislador en una norma sino que se desprende de la propia ordenación racional y lógica del Derecho. Y en este sentido, nada de lo penitenciario, en sentido estricto, es de naturaleza administrativa y, en consecuencia, la dicotomía

²⁴ Acuerdo núm. 7 de los Acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en su VII Reunión (Madrid, septiembre de 1993).

²⁵ Los términos en los que quedó redactada la conclusión relativa a los traslados son éstos: "En materia de traslados de internos, la gestión corresponde a la Administración, pero al Juez de Vigilancia Penitenciaria le compete el control de la forma de realizarlos, pudiendo dejar sin efecto el traslado cuando haya habido abuso o desviación de poder por parte de la Administración penitenciaria, por ejemplo cuando con el traslado se intente sustraer al interno de la competencia de un determinado Juez de Vigilancia, que haya de resolver una queja o recurso formulado por aquél; cuando el traslado constituye una sanción encubierta, o cuando con el mismo se produzca un empeoramiento de la situación del interno respecto de los beneficios penitenciarios, de la aplicación de un tratamiento o de la posibilidad de desempeñar un trabajo de régimen abierto". Criterio Refundido núm. 13. Vigilancia Penitenciaria (VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria). CGPJ, Madrid, 1994, pág. 301.

²⁶ Más extensamente sobre el tema de los traslados VILAR BADÍA, *Traslados de presos y penados. Intervención y control del Juez de Vigilancia*. En "Vigilancia Penitenciaria" (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria), CGPJ, Madrid, 1993, págs. 75 y ss.

²⁷ DEL MORAL GARCÍA, *op. cit.*, pág. 7.

²⁸ La libertad condicional, señalaba el TS (STS de 22 de febrero de 1966), «como último período del sistema progresivo penitenciario, no es otra cosa en su aplicación que una serie de actos administrativos».

ejecución/régimen es artificiosa y, como se ha demostrado por la praxis, insostenible.

Por otra parte, como el legislador ha empleado una terminología poco precisa desde un punto de vista técnico, llamando recurso de apelación a lo que es un recurso irregular, no es de extrañar que la administración penitenciaria y ocasionalmente algunos Jueces de Vigilancia han entendido que allá donde el artículo 76.2 se refiere a «conocer», «conocer del paso», e, incluso, «aprobar propuestas» se está agotando una primera instancia de apelación.

Por último, también la regulación de las peticiones y quejas ha planteado problemas. Ya lo intuyeron los Jueces de Vigilancia en sus primeras reuniones: había que evitar que las quejas se convirtieran en recursos de apelación camuflados. Que esto sucediera era inevitable porque mientras que los recursos contemplados en el artículo 76 tenían concretada la materia, las quejas, en cambio, pueden elevarse sobre todo aquello «relacionado con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos (los internos)» [art. 76.2.g) LOGP].

d) Los problemas relacionados con la legitimación y la postulación vuelven a poner de manifiesto que nos encontramos ante un proceso no concluido de recuperación jurisdiccional de la ejecución de las penas. En relación con el primero de ellos, la importante STC 2/1987, de 21 de enero, elude una declaración general sobre la eventual asistencia del letrado en el procedimiento disciplinario y en su lugar se limita a señalar que habrá de ajustarse proporcionalmente al tipo de falta, a la sanción y al procedimiento, pero sin aceptar en ningún caso que se trate de una asistencia letrada plena que incluya el derecho a la asistencia gratuita, requisito que sólo está obligado el Estado a prestar en los casos de procesos judiciales. La doctrina, por su parte, entiende que semejante restricción es insuficiente atendiendo a las particularidades que presenta el procedimiento disciplinario penitenciario y a los obstáculos de movilidad que sufren los internos. Como apunta con razón SÁNCHEZ YLLERA una cosa es la no necesidad de asistencia letrada y otra bien distinta es la negación del pleno derecho a la misma, incluida la asistencia gratuita,

como lógica derivación del derecho a la tutela judicial efectiva y a las graves consecuencias que tienen las actuaciones administrativas dentro del ámbito penitenciario.

La legitimación activa de la administración penitenciaria frente al Juez de Vigilancia suscita las más variadas opiniones. Hay quienes no sólo no ven problemas sino que consideran conveniente la presencia de la propia Administración en el procedimiento.²⁹ De otra opinión es HERRERO ORTEGA quien no cree que pueda convertirse en parte a la administración penitenciaria en los «recursos» previstos contra sus decisiones.³⁰ GONZÁLEZ CANO se inclina por una posición matizada, de forma que, aun no pudiendo defenderse con carácter general la legitimación, no puede negarse, en cambio, la existencia de un legítimo interés en dicho recurso. La Administración, según esta autora, no podrá ser considerada parte en todas aquellas materias en las que interviene «colaborando con la jurisdicción», pero sí en aquellas otras que ejerce una función que le es propia y que con anterioridad a la creación del Juez de Vigilancia venía encomendada a la jurisdicción contencioso administrativa.

Pronunciarse sobre la legitimación de la administración penitenciaria exige abordar previamente la naturaleza de la ejecución de la pena y el papel de la Administración en dicha fase de la justicia penal. Sólo conociendo estos extremos es posible deducir la existencia de legítimos intereses cuya defensa debe garantizarse y preservarse en igual medida que la del interno por vía jurisdiccional.

Hasta aquí una exposición resumida de los problemas más destacados que sigue padeciendo la jurisdicción penitenciaria, en los siguientes apartados abordaremos las cuestiones que, a nuestro juicio, requieren de una clarificación conceptual a fin de poder hacer algunas propuestas tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La cuestión enunciada en el epígrafe es necesariamente compleja en la medida que bajo el concepto ejecución de pena se incluyen elementos ciertamente

²⁹ DOÑATE MARTÍN, *op. cit.*, pág. 43. En el mismo sentido entiende HINOJOSA SEGOVIA (*Regulación general de la ejecución*), en "Cuadernos de Derecho judicial (La ejecución de la sentencia penal)", núm. XV (1994), pág. 77. También FERRERAS CASTRILLO, *Algunas consideraciones generales sobre la situación actual de las relaciones entre los jueces de vigilancia y la administración penitenciaria*, en «REP», núm. 236 (1986), pág. 15.

³⁰ HERRERO ORTEGA, *op. cit.*, pág. 348.

disparos que no permiten una respuesta unívoca. Al menos en torno a esta cuestión se puede plantear de forma independiente, por una parte, la naturaleza del Derecho penitenciario, y por otra la naturaleza de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Respecto de ésta, al menos en nuestro país, no pueden suscitarse dudas ya que la LOPJ en el artículo 94 los incluye dentro del orden jurisdiccional.

La reciente experiencia del régimen político anterior hizo que los constituyentes diseñaran una potestad jurisdiccional³¹ en el sentido más ilustrado, con absoluta independencia de los otros dos poderes del Estado, reclamando para sí el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Los órganos judiciales podrán compartir competencias con otros de la misma naturaleza pero ello no les resta independencia ni les hace perder plenitud potestativa. Los jueces —y los de vigilancia penitenciaria lo son— no pueden, en consecuencia, delegar competencias jurisdiccionales en la Administración y mucho menos someterse a la misma orgánicamente en el ejercicio de sus funciones, lo contrario, es manifiestamente inconstitucional. Las opiniones doctrinales que entienden a esta figura como híbrida³² —mitad juez, mitad Administración— son constitucionalmente inaceptables.

La función jurisdiccional que ejerce el Juez de Vigilancia Penitenciaria es, además *ius puniendi*, en la medida que es inimaginable la virtualidad del mismo si el Estado se despreocupara de la ejecución material de las penas. La fase ejecutiva de la pena se integra dentro de la potestad que la sociedad otorga al Estado para defender mediante el castigo un orden jurídico sin el cual la convivencia no sería posible.

Ciertamente que estos jueces presentan diferencias sustanciales con los órdenes jurisdiccionales tal como los ha entendido tradicionalmente la ciencia del Derecho, divididos en jurisdicción civil y penal. Con la creación del Juez de Vigilancia, al igual que había sucedido antes con lo laboral, lo familiar o la justicia del menor se observa que por encima de las concepciones dogmáticas rígidas,

prevalece la convicción de que es preciso garantizar la actuación judicial con un modelo *ad hoc*, es decir, la intervención de un órgano independiente y especializado vinculado exclusivamente al ordenamiento jurídico allí donde los derechos fundamentales de las personas pueden estar en peligro.

Pero no son solamente las categorías jurisdiccionales «clásicas» las que se encuentran en crisis, también la creación del Juez de Vigilancia pone de relieve la necesidad de replantearse algunos principios que parecían inamovibles dentro del proceso penal. La santidad —es decir, inamovilidad— de la pena impuesta en el fallo condenatorio firme sólo se puede sostener en la actualidad en un sentido formal. Más allá del derecho de gracia, las legislaciones penales en el Derecho comparado y también en el nuestro ofrecen ejemplos de modificación sustancial de la condena tras la imposición firme de la pena. Piénsese en la posibilidad que contempla el CP de cambiar las cuotas de la multa cuando el penado empeore de fortuna (art. 51) o de suspender o sustituir una pena por otra también después de haberse dictado la sentencia (arts. 82 y 88). Pero es en el ámbito penitenciario donde más variadas y más graves modificaciones sustanciales de la pena privativa de libertad se contemplan.

Reconocida la existencia de actividad jurisdiccional posterior a la sentencia surge la cuestión de si la competencia sobre la misma debe necesariamente corresponder al juez o tribunal que dictó aquella. Tradicionalmente así se ha entendido ya que la competencia objetiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde con exclusividad a los jueces y no puede delegarse en otros poderes. Ahora bien, una vez que se ha creado un nuevo orden jurisdiccional dedicado específicamente a la ejecución de la pena ¿podrían estos jueces asumir las competencias de aquéllos?, y ¿qué razones aconsejarían semejante decisión?

Es evidente que el principio de unidad jurisdiccional (art. 3.1 LOPJ) no se ve modificado por el hecho de compartir

³¹ Ni siquiera formalmente se aceptó la denominación tradicional de «administración de justicia» para encabezar el epígrafe del Tít. VI, por entender que podía prestarse a una confusión terminológica con la Administración, por lo que para evitarlo y subrayar la independencia la CE se refiere al «poder judicial».

³² En este sentido MONTES REYES, *Administración y justicia en la ejecución de las penas*, en «Rev. de Derecho Proc. Iberoamericana», 1982/1, págs. 62 y ss. Para MANZANARES SAMANIEGO (*El Juez de Vigilancia*), en «Lecciones de Derecho penitenciario», Alcalá de Henares, 1985, pág. 182, no es tanto un problema de naturaleza jurídica de la figura en cuestión sino de la dificultad de reconducir a un denominador común las diversas funciones que tiene legalmente asignadas.

dicha potestad entre dos órganos judiciales. Dicho principio sólo prohíbe delegar la misma en quien carece de potestad jurisdiccional. Desde el momento que el Juez de Vigilancia está dentro del orden jurisdiccional penal (art. 94 LOPJ) el único requisito que debe respetarse es que la competencia venga legalmente prevista y este es el sentido, precisamente, de los artículos 94 LOPJ y 76.1 y 76.2.a) LOGP.

La segunda cuestión es fundamentar la conveniencia de una interpretación de los referidos preceptos en un sentido amplio como el que aquí se propone, es decir, asumiendo plenamente toda la actividad que corresponde al tribunal o juez sentenciador. Dos argumentos pueden esgrimirse en ese sentido:

a) El primero de ellos es la incorporación de nuevos criterios que deben ser valorados en el momento de imposición material de la pena y que tuvieron nula o escasa relevancia en la valoración de los hechos y calificación de los mismos. La reinserción social y la reeducación (art. 25.2 CE) no sólo adquieren plenitud en el momento procesal de determinación de la pena, sino que requieren de nuevas pruebas que no han sido valoradas con anterioridad. El juez debe conocer el perfil que presenta la personalidad del condenado, debe ponderar el pronóstico de peligrosidad o la estrategia punitiva más conveniente para evitar un daño innecesario en las relaciones familiares y sociales de aquél.

Nada de esto tiene que ver ni con la pena indeterminada ni con la justicia defensiva que se propició desde las filas del positivismo a finales del siglo pasado. No podemos seguir ignorando los profundos cambios que se han producido y se siguen produciendo en los sistemas de penas modernos que necesariamente exigen reformular las competencias judiciales y desmonopolizar la actividad judicial posterior al fallo. La ciencia penal ha desarrollado en las últimas décadas de forma muy considerable propuestas de penas alternativas y sustitutivas y modificaciones de la propia pena impuesta que están hoy taxativamente previstas por el legislador respetando, por tanto, el principio de legalidad y de certeza jurídica, pero que entrañan una particular complejidad. Sólo un juez de las características del Juez de Vigilancia estaría capacitado para decidirse por una u otra pena o para diseñar la pena de una u otra forma, para ello son precisos nuevos conocimientos en el campo de la criminología, también es necesario contar con informes de especialistas y oír al propio condenado, conocer sus circunstancias personales y una serie de informaciones que no tuvieron que ser tenidas en cuenta en el momento del fallo. Pero todas estas características exigen como contrapartida una mayor atención del control judicial, solo así puede

mantenerse una cierta libertad de actuación de los órganos técnicos encargados de diseñar el contenido real de la pena.

A esta situación se ha llegado tras la experiencia sufrida por la justicia penal de los países de nuestro entorno cultural en los últimos años. La rigidez del esquema punitivo clásico no es adecuada a las nuevas formas de delincuencia (criminalidad urbana, drogas, delitos relativos al tráfico, delitos de bagatela, delitos sin víctimas), formas expresivas que requieren una respuesta diversificada y acompañada en todo caso de una actividad no punitiva (terapias, trabajos, formación de actividades reparatorias a favor de la víctima, etc.) que pueden, de acuerdo con la evolución del condenado, valorarse para modificar la sanción y evitar que la rigidez de la misma pueda poner en peligro el proceso de reinserción social. La fuerte impregnación de razones preventivas generales, nunca suficientemente acreditadas, ha sido un obstáculo para avanzar en este modelo de justicia penal conciliadora y participativa. Pero desde el punto de vista técnico jurídico para alcanzar con ciertas posibilidades de éxito una respuesta globalmente individualizada es necesario contar con una información de la que ni se dispone ni quizá sea conveniente tener en cuenta en momentos anteriores al fallo.

b) Y aquí surge la segunda razón a favor de reconocer estas amplias competencias en la jurisdicción penitenciaria. De la misma manera que hoy parece incuestionable la crisis de la fase instructora y se consolidan legalmente las propuestas a favor de separar el órgano judicial instructor y el sentenciador incluso, residenciando aquella competencia en el Ministerio Fiscal, para alcanzar mayor eficacia y, también, para evitar que en el momento del fallo puedan proyectarse en la decisión prejuicios adquiridos durante la instrucción, en la fase de ejecución es necesario contar con un nuevo órgano de decisión.

Si hasta el momento del fallo las consideraciones se encuentran vinculadas por la responsabilidad por los hechos, sin embargo, en la ejecución de la pena deben primar consideraciones de futuro, dentro, claro está, de un marco punitivo infranqueable fijado en la sentencia firme. El juez que deba tomar esas decisiones no debe coincidir con aquél que hubo de valorar exclusivamente la responsabilidad por el delito cometido. Este argumento es también de utilidad para explicar de qué criterio nos hemos de servir para fijar el momento funcional en el que uno de los órganos cesa para ser sustituido por el otro en una relación horizontal de asunción de competencias propias y no delegadas. Allí donde subsista actividad cognoscitiva y declarativa sobre los

hechos enjuiciados corresponderá actuar al tribunal que juzga.³³ Generalmente dicha actividad cesa con la sentencia firme. Así pues, no sólo no hay inconvenientes desde un punto de vista técnico procesal y orgánico para que el Juez de Vigilancia asuma como propias las competencias que tradicionalmente correspondían a los tribunales sentenciadores, sino que desde una perspectiva político criminal es la mejor solución para garantizar una justicia acorde con los fines que constitucionalmente tiene asignados.

4. ^N CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA PENA

Ahora bien, convenida la asunción por el juez de ejecución de todas las competencias que ostentaban los tribunales o jueces sentenciadores relacionadas con las incidencias posteriores al fallo, queda por plantear cuáles debe asumir en relación con lo que se denomina actividad penitenciaria en sentido estricto, si es que parece oportuno que asuma alguna más sobre las que ya vienen reconocidas en el artículo 76.2 LOGP. A este respecto coincidimos con DOÑATE,³⁴ quien alega razones de tipo sociohistórico y razones constitucionales a favor de intensificar la capacidad de la jurisdicción penitenciaria. Entre las primeras recoge la dramática situación de las prisiones, las frecuentes quejas de los internos sobre conculcaciones de los derechos fundamentales y la ineficacia del control judicial. Por otra parte, la existencia del Juez de Vigilancia se desprende de algunos preceptos constitucionales como los artículos 25.2 (fines resocializadores), 117.3 (facultades de la potestad judicial), 24.1 (tutela judicial efectiva) y 9.3 (principio de legalidad).

La situación actual se caracteriza por una presencia prominente de la Administración en el ámbito de la ejecución de la prisión que paradójicamente es de todas las penas la más grave. Esta situación irregular se intenta justificar en razones operativas y también en la naturaleza administrativa del Derecho penitenciario. Los problemas de operatividad no son concluyentes y pueden resolverse con un diseño legal adecuado. La naturaleza administrativa de las normas penitenciarias que permite la intervención de la administración y el desplazamiento total o parcial del control judicial se sustenta en una sutil diferencia entre *cumplimiento* y *ejecución*. Bajo la idea de ejecución se incluyen todos los actos destinados a promover la imposición material del fallo, mientras que cumplimiento equivale a la realización material de la pena. Las decisiones relativas a la ejecución se

entienden declarativas y pertenecientes al orden jurisdiccional, en tanto que los problemas de cumplimiento referidos al régimen penitenciario y demás cuestiones no incluidas en el concepto anterior son competencias de naturaleza administrativa y, en consecuencia, compartidas con la Administración.

A nuestro juicio, esta dicotomía no puede ser negada en un orden jurídico. Ahora bien, aceptar un reagrupamiento sistemático y lógico de las posibles incidencias posteriores al fallo firme —el cual, por otra parte, no es reconocido por el legislador que las incluye juntas y desordenadas—, no justifica por sí solo limitar o reducir las competencias relativas al cumplimiento del Juez de Vigilancia. Si esta es la pretensión de aquella división entonces existen razones para negar que en la cuestión penitenciaria pueda establecerse una diferenciación en esos términos. Estas razones son:

a) Desde la perspectiva procesal resulta difícil de aceptar ya que la finalidad del proceso penal no es condenar, sino hacer cumplir y ejecutar la condena y no de cualquier forma sino con la legalidad y los fines establecidos por la misma.

b) Toda la doctrina es coincidente en afirmar las dificultades de precisar con respecto a la pena privativa de libertad dónde empieza la ejecución y dónde termina el cumplimiento, como lo demuestra la fluctuación sufrida por la libertad condicional.

c) Resulta también incoherente, en la medida que residencia en los órganos administrativos las cuestiones más relevantes de la prisión y reserva para la jurisdicción las más formales. No se alcanza a entender que el licenciamiento dependa de los jueces y la excarcelación de la Administración.

d) Se pierden de vista las exigencias materiales de la prevención especial que requiere de una articulación integrada entre los distintos momentos procesales, sobre todo en aquéllos en los que los niveles de individualización de la responsabilidad penal son mayores. Piénsese, por ejemplo, en la importancia de someter bajo un mismo criterio de actuación el instituto de suspensión de la ejecución de la pena en donde la dicotomía planteada —cumplimiento/ejecución— es insostenible.

³³ En el mismo sentido GONZÁLEZ CANO, *op. cit.*, pág. 143.

³⁴ DOÑATE, *op. cit.*, págs. 16 y ss.

e) Es contradictoria, ya que si partimos de que el cumplimiento —organización y gestión— son administrativos, también lo debieran ser en relación con la prisión preventiva, donde, sin embargo, se ha mantenido una fuerte intervención del órgano judicial del que depende (arts. 520 y ss. LECr.). Podría argumentarse que la razón de ello está en el principio de presunción de inocencia, pero es evidente que la presunción no puede hacer variar los modelos regiminales sino a lo sumo impedir el ingreso en prisión.

f) En la práctica se ha demostrado insostenible. La bifurcación planteada en la Disp. Adic. 5ª LOPJ ha sido finalmente desatendida por los Jueces de Vigilancia quienes ante la confusión reinante han considerado más conveniente dirigir los recursos de apelación a las Audiencias Provinciales.

g) Por último, no se resiste a un análisis sociológico del fenómeno de la prisión. La prisión es para la sociología moderna un ejemplo paradigmático de institución total, es decir, lugares particularmente aislados de la sociedad en los que habitan durante períodos poco más o menos prolongados un grupo de personas que debido a ese aislamiento generan entre sí una fuerte interrelación y en los que la menor contingencia tiene una repercusión sobre el conjunto de la organización social. En este contexto cualquier bisección corre el peligro de fragmentizar la realidad ficticiamente.³⁵

En definitiva, si todas estas argumentaciones son acertadas en ejecución y cumplimiento, es decir, el contenido del derecho penitenciario, participan de idéntica naturaleza que no es otra que la naturaleza jurídico penal. La presencia de algunas normas administrativas dentro del Derecho positivo no desdice la afirmación anterior y se explica por las competencias que la Administración tiene en este ámbito. Por otra parte, mantener la dicotomía entre cumplimiento y ejecución para reservar en relación con

aquella una tibia intervención judicial en favor de una Administración prepotente sólo puede encontrar explicación en una trasnochada concepción del Estado liberal omnipotente frente al que el condenado pierde toda suerte de derechos y se convierte sólo en un sujeto cargado de obligaciones.³⁶

5. RELACIÓN JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA-ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

Aunque responda a dos momentos secuenciales dentro del sistema penal, hacer ejecutar lo juzgado no sólo participa de idéntica naturaleza jurídica, sino que forma parte de la actividad del Poder Judicial de la misma manera que juzgar y dentro de ella no caben fisuras posibles, sino que pertenece a las funciones encomendadas por la Constitución al Poder Judicial. Ahora bien, si el Juez de Vigilancia no tiene reconocidas competencias cognoscitivas ni declarativas sobre los hechos, es decir, no juzga sino que ejecuta lo juzgado, es lógico que su actividad esté preñada de irregularidades que en un plano conceptual son difíciles de incluir dentro de actuaciones jurisdiccionales. Sin ir más lejos, el nuevo Código Penal le otorga algunas competencias que son buen ejemplo de cómo este órgano jurisdiccional puede realizar actividades muy alejadas de la idea jurisdiccional.³⁷ Así pues, que aquél pertenezca al Poder Judicial y que ejerza sus competencias en la fase de la ejecución de las penas, no prejuzga necesariamente sobre la naturaleza jurídica de la totalidad de las competencias que tiene asignadas, sino que tan solo garantiza que le corresponde en exclusividad el control de esa fase del sistema.

Esas irregularidades anteriores necesariamente se encuentran acentuadas cuando nos referimos no a la ejecución sino al cumplimiento de la pena privativa de libertad. La prisión es una microsociedad en la que se reproducen todas las actividades imaginables en la sociedad libre, alimentación, trabajo, ocio, sanidad,

³⁵ La siguiente cita de GOFFMAN (*Internados*, Buenos Aires, 1972) describe el alcance que el comportamiento de quienes integran estas instituciones tiene para el resto: «Un ordenamiento social básico en la sociedad moderna es que el individuo tiene que dormir, jugar y trabajar en distintos lugares, con diferentes coparticipes, bajo autoridades diferentes, y sin plan racional amplio. La característica central de las instituciones totales pueden describirse como una ruptura de las barreras que separan de ordinario estos tres ámbitos de vida. Primero, todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo la misma autoridad única. Segundo, cada etapa de la actividad diaria del miembro se lleva a cabo en la compañía inmediata de un gran número de otros, a quienes se da el mismo trato y de quienes se requieren hagan juntos las mismas cosas. Tercero, todas las etapas de las actividades diarias están estrictamente programadas de modo que una actividad conduce en un momento prefijado a la siguiente, y toda la secuencia de actividades se impone desde arriba, mediante un sistema de normas formales explícitas y un cuerpo de funcionarios. Finalmente, las diversas actividades obligatorias se integran en un solo plan racional deliberadamente concebido para el logro de los objetivos propios de la institución.»

³⁶ En el mismo sentido MORENO CATENA, en GIMENO SENDRA y otros, *Derecho procesal*, t. 11. *Proceso penal*, Valencia, 1992.

³⁷ Valga como ejemplo la que comparte con los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior o de la Comunidad Autónoma de informar sobre el cumplimiento de ciertas medidas de seguridad (art. 105).

educación, relaciones familiares, etcétera. Cuando hablamos de ejecutar una pena de prisión el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* tiene por necesidad que ofertar una serie de prestaciones o servicios a los que de otra manera el penado no tendría acceso. La programación, desarrollo y gestión de estos servicios resulta hasta tal extremo esencial que determinan el modelo de cumplimiento/ejecución de la pena y por esta razón el Poder Judicial no puede desentenderse de los mismos. Pocas cosas suceden en las prisiones de las que pueda decirse que carecen de repercusión para los internos del establecimiento.

Distinto es que ese control requiera la lógica colaboración de la Administración, pero ésta en el ámbito penitenciario se encuentra en una dependencia funcional del Juez de Vigilancia. De nuevo podemos establecer un paralelismo con la relación que se da entre la policía judicial y el juez instructor. La policía judicial sigue dependiendo orgánicamente de la Administración pero funcionalmente de los jueces, tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación (art. 31 LOFCS).

¿Dónde está el límite de esta actividad de control judicial? No es necesario que el Juez de Vigilancia dirija el establecimiento penitenciario pero sí que no encuentre obstáculos para una intervención directa en la actividad de la Administración dentro del centro. Que pueda, por ejemplo, intervenir preventivamente para que una eventual lesión de un derecho haga ineficaz el control judicial. Para que pueda llevarse a cabo la plena judicialización, que como apunta BUENO ARUS impone «la lógica discursiva de la naturaleza de las cosas»³⁸, es preciso un cambio profundo de la vigente legislación. No obstante, de prestarse más atención al contenido del artículo 76.1 LOGP se pueden alcanzar niveles de intervención superior a los actuales.

En efecto, el precitado precepto no ha sido valorado en su justa dimensión. En él trató el legislador de establecer las competencias generales de los Jueces de Vigilancia («salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse»). Esta disposición no es negada por el apartado 2^{do} de este mismo precepto, sino que éste tan sólo se limita a determinar algunas cuestiones funcionales en relación con

competencias objetivas concretas. Por ejemplo, no se dice en ningún sitio que el Juez de Vigilancia no pueda intervenir en un asunto de traslados, sino tan sólo que los traslados a centros de máxima seguridad deberán notificársele. Tampoco se dice que no pueda decidir sobre un problema de distribución del presupuesto dentro del centro, sino que si no estima oportuno antes de resolver «podrá dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas» (art. 77 LOGP).

Por su parte, una atenta lectura del artículo 94 LOPJ nos descubre la coherencia y la relación que guarda con el párrafo 1^o del artículo 76 LOGP de cara a señalar las líneas generales de actuación. En efecto, se distinguen en él dos aspectos. Uno de carácter funcional y otro competencial. Se establece primero que los Jueces de Vigilancia ejercerán funciones jurisdiccionales —sustituyendo a los órganos sentenciadores— en todo lo relativo a ejecución y, en segundo lugar, desarrollarán control jurisdiccional, cuyo contenido es más amplio y abarca funciones estrictamente jurisdiccionales y otras que no lo son respecto de todo lo que se refiere al «amparo de los derechos de los internos (penados y preventivos)» y específicamente lo relacionado con los beneficios penitenciarios —en la medida que pueden introducir un tratamiento discriminatorio positivo— y la potestad disciplinaria, que es expresamente recogida por su gravedad. Termina el mencionado precepto señalando residualmente que otras competencias podrán ser añadidas por la ley.

Ahí encaja la irregular atribución de formular propuestas a la que se refiere el artículo 77 LOGP.

Así pues, el Juez de Vigilancia es competente en todo aquello que afecte al fallo condenatorio o a los derechos fundamentales de los internos. Aquí radican a nuestro juicio las claves para establecer los límites exteriores de las competencias objetivas de la jurisdicción penitenciaria. En relación con el fallo condenatorio y teniendo en cuenta que el Juez de Vigilancia sustituye al órgano sentenciador, aquél asume sin mayores dificultades todas las competencias que le hubieran correspondido a éste. El sentido literal del apartado a) del artículo 76.2 LOGP no permite otra interpretación. Más problemático por su complejidad resulta concretar a partir de la legislación vigente qué competencias ostenta frente a la actividad penitenciaria que desarrolla la Administración en el cumplimiento de la pena. Hemos de

³⁸ BUENO ARÚS, *Los Jueces de Vigilancia y la Criminología*, en «Poder Judicial», núm. 7 (1983), pág. 122. En el mismo sentido: DONATE, *ob. cit.*, pág. 34.

tener en cuenta que la ley no puede suministrar una información acabada sobre las materias controladas por el Juez de Vigilancia y esto explica que se haya recurrido a una cláusula general. Ello es así por la propia naturaleza de la cuestión penitenciaria en la que —como vimos— se incluyen aspectos totalmente dispares.

Por lo que respecta al modo de funcionamiento, hemos de distinguir primero aquellas actuaciones que hubieran correspondido al Juez o Tribunal sentenciador frente a las cuales existe un procedimiento establecido básicamente en la LECr. Además, y ya dentro de las funciones relacionadas con el cumplimiento de la pena, se puede distinguir aquellas competencias que se ejercen con base en el artículo 76.2 LOGP cuyo procedimiento se encuentra parcialmente señalado en la LOGP y en la ya mencionada Disposición 5^a LOPJ. Quedaría finalmente por resolver el procedimiento que debe seguir el Juez de Vigilancia en el ejercicio de la competencia de amparar los derechos de los internos. Frente a éstas reducir el papel de aquéllos a elevar meras propuestas a la Administración (art. 77 LOGP) parece no sólo impropio de quien ejerce la potestad jurisdiccional, sino desproporcionado que para tan esencial labor se presenten tan frágiles caminos. Más adecuado parece volver a la lectura de las cláusulas generales y volver de nuevo al artículo 76 LOGP, al artículo 990.3 LECr. y al artículo 94 LOPJ. En estos dos se otorga al Juez de Vigilancia la función de inspección y de amparo de los derechos de los internos mientras que en el primero se reconoce al Juez de Vigilancia la potestad para «corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse». El Juez de Vigilancia puede disponer mediante auto que

se corrijan decisiones o se actúe en un determinado sentido en todo aquello que afecte los derechos de los internos, siendo sus resoluciones vinculantes para la administración penitenciaria.

No se nos escapa que una propuesta en los términos de la que aquí hemos esbozado genera un número importante de dudas sobre la relación Juez de Vigilancia/ administración penitenciaria, aunque no sean menos que las que plantea el estado actual de la jurisdicción penitenciaria. No obstante, a su favor presenta la ventaja de una mayor coherencia con los principios que exige un incremento de la potestad resolutoria de aquéllos. En apoyo a esta interpretación extensiva de la legalidad vigente puede también esgrimirse la posición mantenida reiteradamente por el Tribunal Constitucional sobre la fuerza expansiva de los derechos fundamentales (254/1988, de 21 de diciembre) que se traduce en fuerza expansiva de las normas procedimentales que garantiza su virtualidad y, consiguientemente, la interpretación restrictiva de los obstáculos normativos.

En una reflexión de *lege ferenda* es recomendable tener en cuenta que un control judicial eficaz de lo penitenciario exige intervenir no sólo en la corrección de los abusos concretos en los establecimientos, sino en la orientación y las directrices político penitenciarias, para ello es conveniente recuperar las antiguas Juntas que siguiendo el modelo de la policía judicial podrían funcionar en distintos niveles (estatal, autonómico, provincial) y constituirse como órganos parificados entre la administración de justicia y el Poder Judicial a los que se recomendara el diseño y desarrollo de la política penitenciaria correspondiente.

* * *

MANUAL DEL BUEN ABOLICIONISTA

Alberto Bovino

El guerrero lleva armadura, el amante flores. Están equipados de acuerdo con las expectativas de lo que va a pasar, y sus equipos aumentan las posibilidades de realización de esas expectativas. Lo mismo sucede con el Derecho Penal.

(Nils Christie, Las imágenes del hombre en el Derecho Penal moderno).

Un comerciante entrega un cheque a un proveedor, no deposita los fondos y, ante la notificación del acreedor, no paga la deuda. Dos amigos violan a una mujer en una calle oscura. Una chica le regala un "papel" a su novio.

Tres historias, tres actos distintos. ¿Cuál es el hilo que permite unirlos, a pesar de que a simple vista son tan diversos uno del otro? Un penalista diría que, en todos estos casos, las conductas se adecuan a un tipo penal, y si le preguntáramos por qué cada una de estas conductas está descrita en un tipo penal diría, probablemente, que se trata de comportamientos que alteran gravemente el orden social. Un abolicionista, en cambio, diría que estas tres historias no tienen nada en común, que la única circunstancia que permite relacionarlas es que han sido arbitrariamente definidas por la ley para ligarlas a una respuesta punitiva. Así, el abolicionista no vincula estos hechos por algún contenido o significado que pueda portar el hecho en sí, sino por la consecuencia que la ley impone frente a ellos. La sanción penal, entonces, es una respuesta contingente, no necesaria frente a un hecho definido en el texto legal. Nada tienen en común comportamientos tales como matar a otro, librar un cheque sin fondos, causar una lesión en el cuerpo, casarse ilegalmente, desbaratar derechos acordados, etcétera.

Si intentáramos insistir con aquello de que se trata de conductas que alteran gravemente el orden social, el abolicionista nos respondería que ello no es así, ya que aun partiendo del catálogo axiológico reflejado en el Código Penal, no es cierto que se define como delito a los hechos más graves. Si así fuera, se criminalizarían comportamientos relacionados, por ejemplo, con el

daño ecológico, con la manipulación genética, con la utilización de energía nuclear. Además, la investigación empírica —llevada a cabo generalmente en países desarrollados— ha señalado con claridad que la selección que el sistema penal realiza de los comportamientos a criminalizar casi no tiene en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho. Aceptado este punto de partida, es evidente que el delito "no existe" más allá de la definición legal, esto es, que el delito no tiene existencia ontológica, sino que se trata sólo de un problema de definiciones. Nada hay en el comportamiento mismo que permita vincularlo con la respuesta punitiva. Sólo una decisión política, tan discutible como cualquier otra. Estas definiciones presentan dos niveles diferentes. En un primer nivel la definición en abstracto, en el texto legal, de un comportamiento como merecedor de una sanción penal (criminalización primaria) y, en un segundo nivel, la definición del comportamiento de un individuo concreto como delictivo (criminalización secundaria).

El buen abolicionista construye, desde este punto de partida, una propuesta alternativa a la política criminal, y no una política criminal alternativa. El buen abolicionista, que existe en la misma medida en que existe el delito, es aquel que tiene como objeto de estudio el sistema penal, y como objetivo, la destrucción de su objeto de estudio. Y este ánimo de eliminar su objeto de estudio es la única circunstancia que lo define. Pensar que el abolicionismo es una teoría coherente, sistemática y acabada es incurrir en un error. Hay tantos fundamentos y desarrollos a favor de la abolición del sistema de justicia penal como abolicionistas hay en este mundo. Pero en este manual intentaremos dibujar un buen abolicionista ideal.

La primera nota distintiva de nuestro abolicionista es un uso irreverente de toda herramienta teórica que permita poner en cuestión las supuestas bondades del sistema de justicia penal. Y al hablar de "sistema penal" se está haciendo referencia a la justicia penal tal como ésta existe en nuestros días, esto es, a los órganos burocráticos y especializados del Estado, extraños a la situación que pretenden resolver, que intervienen coactivamente a través de procedimientos formalizados para dar una respuesta punitiva conminada por las leyes, independientemente de la voluntad de la víctima. Por otra parte, la utilización del término "sistema penal" sólo pretende incluir a todos los órganos e instituciones que de alguna manera intervienen en los procesos de criminalización (Poder Legislativo, policía, jueces, fiscales, servicio penitenciario, etcétera), y no indicar que se trata de un sistema racional controlado o coherente. Por el contrario, en la realidad, los distintos segmentos que lo componen no comparten objetivos comunes, trabajan aisladamente y no tienen entre sí sino una referencia global a la ley penal y a la cosmología represiva, lo que constituye un vínculo demasiado vago para garantizar una acción concertada. Además, estas diferencias y conflictos también se presentan en el interior de cada uno de los segmentos. Todo ello permite afirmar que se trata de un conglomerado de instituciones con constantes pugnas entre sí que se torna difícil de manejar y controlar, que una vez puesto a andar, marcha por sí solo y nadie sabe muy bien hacia dónde.

El buen abolicionista, entonces, utiliza todo lo que se ponga a su alcance para desarrollar su "estrategia de persuasión" especialmente la criminología de derivación sociológica, y en particular aquella "crítica". La utilización de estas herramientas teóricas lo lleva a afirmar que la intervención penal es incapaz para resolver los conflictos y que la consecuencia necesaria de esta intervención es la agravación de los conflictos o bien la producción de un conflicto inexistente. El sistema penal produce el conflicto cuando interviene sin que las personas involucradas en una relación perciban la situación como conflictiva, a través de la persecución pública de los comportamientos criminalizables, dejando totalmente fuera de la escena la voluntad de la supuesta víctima. La intervención penal agrava el estado de cosas, ya que no está en condiciones de resolver los conflictos de los cuales supuestamente debe hacerse cargo, impidiendo cualquier otra reacción que no sea la punitiva, y agregando, en algunos casos, riesgos que sólo son consecuencia de la prohibición penal (por ejemplo, el riesgo para la salud de la madre por la prohibición del aborto, o los peligros y daños a personas y bienes que derivan del poder económico y militar de los traficantes de sustancias prohibidas). Además, la prohibición penal de determinados comportamientos genera la ilusión de que ciertos problemas son resueltos, cuando la realidad

demuestra que la intervención penal es absolutamente ineficaz para enfrentarlos (como sucede, por ejemplo, con los delitos de tránsito, primera causa de muerte en nuestro país para la franja etaria de 15 a 50 años).

Respecto a las consecuencias de la intervención penal, el abolicionista tiene para mostrarnos toda la bibliografía, basada en investigaciones empíricas, que muestra la inutilidad de la sanción penal para prevenir el delito. Estas investigaciones señalan que la imposición de una pena sólo sirve para consolidar la imagen de "desviado" que la reacción social impone al individuo criminalizado, generando, en la amplia mayoría de los casos, la iniciación de la carrera criminal. El efecto directo del encierro carcelario es el aumento de las reincidencias.

El sistema de justicia penal, agregaría el buen abolicionista, es un problema social en sí mismo y por lo tanto, la abolición de todo el sistema aparece como la única solución adecuada. La actividad punitiva reduce el verdadero problema con el que debe enfrentarse. Si la criminalización no es más que poner una "vestidura de ideas" a ciertas situaciones, es evidente que esta vestidura es sólo una de las opciones posibles para comprender una situación y actuar sobre ella. Llamar a un hecho "delito" es limitar extraordinariamente las posibilidades de comprender lo que sucede y organizar la respuesta, excluyendo desde el principio cualquier otra forma de reacción, para limitarse al estilo punitivo del aparato estatal, dominado por el pensamiento jurídico y ejercido con gran distanciamiento de la realidad por una estructura burocrática rígida.

La definición de un comportamiento como delictivo implica transformar un conflicto entre dos individuos en otro, ahora entre uno de estos individuos y el Estado. En este proceso de redefinición del conflicto, la víctima sale perdiendo dos veces. Primero frente al autor del hecho, y luego frente al Estado, que le expropia su conflicto, sacándola de la escena, para imponer una consecuencia (la pena), que en nada contempla sus intereses concretos. En este punto, nuestro abolicionista nos advertiría acerca del peligro de volver a utilizar el argumento de la venganza privada de la víctima. Esa fue la excusa que legitimó históricamente la intervención del Estado y merece, al menos, dos observaciones. La primera de ellas es que la historia del Derecho Penal muestra cómo la suma de las penas ha causado muchos más males que los propios hechos delictivos que provocaron tales penas. La segunda observación es que, por regla, el delito no origina ninguna venganza privada. Algunas investigaciones muestran, en sentido contrario, que en la mayoría de los casos a la víctima sólo le interesa una reparación del daño, al estilo del Derecho privado. La víctima vengadora no es nada

más que un estereotipo, de escasa base real, que sirve a la consolidación de las prácticas punitivas del Estado.

La lógica del castigo legal implica una visión deformada y reductora de la realidad sobre la que opera. El Derecho Penal observa la realidad desde una perspectiva dicotómica, distingue con claridad entre conceptos siempre opuestos, y no puede ver más allá de una maniquea oposición entre lo bueno y lo malo, lo criminal y lo no criminal, el inocente y el culpable. Este carácter binario del Derecho Penal influye tanto en la evaluación de los actos, como en la de las personas, y esto lo hace una forma jurídica que lleva a un cuadro simplista del hombre y sus actos. Cuanto más se ve al acto como un punto en el tiempo, más se lo simplifica y se lo descontextualiza del proceso de interacción que generalmente lo enmarca, concentrando la atención sólo en los aspectos relevantes para la ley penal. Al clasificar el acto se clasifica también al sujeto, aislando al individuo de todo el contexto social en que se desenvuelve su conducta. La capacitación legal que reciben los principales operadores del sistema de justicia penal es un entrenamiento para simplificar, que atiende a algunos valores definidos por los sumos sacerdotes del sistema como valores pertinentes, que nuestro abolicionista calificaría de capacitación primitiva.

Hasta aquí una breve descripción de las críticas que el abolicionismo hace al Derecho Penal. ¿ Pero qué diría el buen abolicionista si le preguntamos qué hacer frente al delito? Lo primero que señalaría es que la pregunta está mal formulada, puesto que el concepto "delito" no designa nada.

Luego agregaría, casi con seguridad, que esa pregunta no puede tener una respuesta. Coherente con la crítica que hace al destacar que el Derecho Penal trata una suma heterogénea de situaciones diversas con una respuesta estereotipada y única, la pena, dirá que no es posible caer en el mismo vicio para ofrecer a cambio otra respuesta estereotipada, que elimine la diversidad de todos aquellos hechos que hoy se califican como delictivos. De cualquier manera, podría ofrecer algunas líneas rectoras para enfrentar ese tipo de situaciones. Lo primordial, nos diría, es devolver el conflicto a quienes les pertenece, esto es, a quienes el Derecho Penal hoy llama autor y víctima. La voluntad de estos sujetos es lo más importante para decidir qué hacer. Y frente al grito de quienes volverán a recordar a la víctima vengativa o poderosa, nos dirá que las demás ramas del Derecho ofrecen garantías para evitar ciertas soluciones no deseadas. Frente a un incumplimiento contractual el acreedor no puede elegir cualquier opción, no puede,

por ejemplo, pedir que el deudor sea encerrado u obligado a pagar cinco veces la suma adeudada. De lo que se trata, en definitiva, es de que cualquier instancia estatal que intervenga no tenga poder para imponer a las partes una decisión que ponga fin al conflicto, pero sí que pueda evitar que se impongan ciertas soluciones.

Muchas de las propuestas sólo serían un retorno a los métodos de composición de algunos sistemas jurídicos históricos, tales como el Derecho germánico de principios de la Edad Media, que fueron dejados de lado desde que irrumpió la Inquisición y, posteriormente, cuando se consolida ese modelo al ser adoptado por los nacientes estados nacionales. La composición implica necesariamente la participación de las personas directamente involucradas en el conflicto. Lo fundamental es reconocer que cada hecho es único y que el enfoque debe variar según las circunstancias que rodean la situación problemática o conflictiva. En este contexto, es evidente la relevancia del modelo de procedimiento para determinar cierto tipo de soluciones. Cualquier marco procesal que se diseñe debe tener en cuenta la capacidad del proceso para determinar el tipo de respuesta, y debe ser imaginado en función de sus posibilidades de permitir la mayor cantidad de respuestas posibles.

Podemos decir, entonces, que abolir el sistema de justicia penal puede ser una paradoja, una utopía, un snobismo central o una moda local. También puede ser un sueño, un proyecto, una descripción nihilista que paralice, o un programa milenarista. O una apuesta más de trabajo cotidiano. Que es lo que cree un buen abolicionista.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

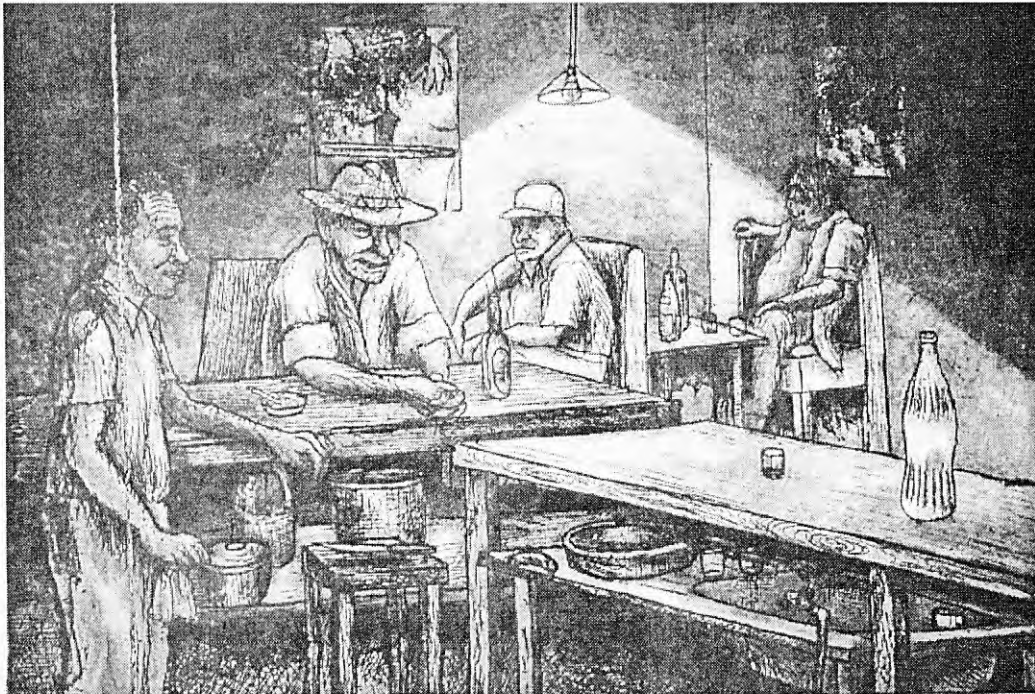
- AA. VV., *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, México, 1986.
- Ciafardini, Mariano, *El abolicionismo y la "solución" a la cuestión criminal*, en NO HAY DERECHO, Buenos Aires, 1990, N° 1.
- Christie, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en AA. VV., *De los delitos y de las víctimas*, ed. a cargo de Maier, Julio, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- Christie, Nils, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.

Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline, *La apuesta por una teoría de la abolición del sistema penal*, en *El lenguaje libertario*, 2^{da}. ed. a cargo de Ferrer, Christian, Nordan Comunidad, Montevideo, 1991.

Larrauri, Elena, *Abolicionismo del Derecho Penal: la propuesta del movimiento abolicionista*, en *Poder y Control*, PPU, Barcelona, 1987, N° 3.

Pavarini, Massimo, *¿Abolir la pena? La Paradoja del sistema penal*, en *NO HAY DERECHO*, Buenos Aires, 1990, N° 1.



"Platicando" - Aguafuerte

José Alejandro Herrera

LA VIOLENCIA EN COSTA RICA: UN PROBLEMA ESTRUCTURAL

*MSc. Marco Vinicio Fournier
Instituto de Investigaciones Psicológicas
Universidad de Costa Rica*

RECONOCIMIENTOS

Este artículo se funda en los datos del estudio multicéntrico sobre Actitudes y Normas Culturales sobre la Violencia (Proyecto ACTIVA), realizado en ocho ciudades de América Latina y España, bajo el auspicio y coordinación de la Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS).

RESUMEN:

Los datos obtenidos para la región metropolitana de San José muestran, en comparación con las otras siete ciudades involucradas en el estudio del Proyecto ACTIVA, niveles relativamente bajos de victimización; del mismo modo, las actitudes hacia la violencia en relaciones primarias tienden a generar frecuencias bajas de aceptación.

Sin embargo, las actitudes que se asocian con una personalidad autoritaria, y más específicamente aquellas que se relacionan con una fuerte represión de los hechos delictivos, tienden a ocupar los niveles más altos entre las ocho ciudades. Por otra parte, se obtienen porcentajes muy altos de sensación de inseguridad, sensación que tiende a ser mucho mayor que la verdadera inseguridad mostrada en los niveles de victimización o en las tasas de delincuencia de los últimos años.

Un análisis más detallado de la estructura asociativa entre los diferentes bloques de variables, sugiere una alta relación entre los niveles de anomia y la situación socioeconómica y familiar del(de la) entrevistado(a), y la sensación de inseguridad y las normas culturales violentas; las cuales a su vez, tienen una relación importante con la personalidad autoritaria. Esta última, unida a la experiencia previa de victimización se asocia de manera moderada con conductas violentas y con el uso de armas.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia se ha extendido como una epidemia a través de todo el continente americano, manifestándose de múltiples formas, desde la agresión intrafamiliar hasta violencia estructural en el plano económico, político y cultural.

Este fenómeno no es producto del azar, se trata de un proceso que tiende a reproducirse en todas las sociedades a través del planeta en los últimos 15 años y tiende a agudizarse día a día, sin que hasta el momento se hayan podido establecer estrategias adecuadas para contenerlo y mucho menos para revertirlo.

En diferentes ocasiones (8,9) hemos presentado un intento de explicación detallada del problema. No es este el espacio para reproducir esta argumentación; sin embargo, quisiéramos insistir en que la violencia es un producto inevitable del actual ordenamiento económico y político que se ha dado en llamar "globalización" y que se sustenta en la filosofía económica neoliberal.

De manera muy sucinta, debemos señalar que los fenómenos que han transformado al mundo en las dos últimas décadas, no pueden circunscribirse únicamente a los planos político y económico. Por el contrario, la orientación a disminuir el tamaño y el control del Estado, la tendencia a regirse casi de manera exclusiva por las leyes del mercado, el reforzamiento de la competitividad como estrategia ideal de interacción, y la productividad como meta última del quehacer individual y social, han producido transformaciones profundas en la estructura axiológica de los ciudadanos, y por ende en los patrones de interacción (4). Cuando una sociedad se rige casi de manera exclusiva por la competitividad, y en donde la capacidad de consumo se ha convertido en criterio último de la felicidad y el estatus social, difícilmente pueden seguir teniendo vigencia valores tales como la solidaridad, la

fideliad o la honestidad. A todo lo anterior agregamos la frustraci3n que cotidianamente representa, para la gran mayoría de la poblaci3n, el no poder alcanzar este nuevo concepto de felicidad, y el estr3s creciente que implica, no solo este tipo de relaciones competitivas, sino tambi3n la cotidianidad de la vida en las grandes urbes. Ante este panorama, inevitablemente deberemos enfrentarnos a niveles cada vez m3s altos de violencia.

Como si esto fuese poco, debemos introducir tambi3n a los medios de comunicaci3n de masa como una variable de importancia capital dentro de los fen3menos culturales de la globalizaci3n. Esta variable presenta un efecto triple: por una parte, tiene influencia directa sobre las actitudes, valores y conductas de tipo violento, al servir tanto de modelo para el aprendizaje, como en cuanto al desarrollo de un proceso creciente de "vanalizaci3n" de los actos violentos. Por otra parte, es la vía primordial para las estrategias de mercadeo, las cuales son cada vez m3s eficientes en lograr transformaciones importantes en la estructura de la personalidad de los consumidores (17). En este 3ltimo punto, es importante seÑalar que una de las estrategias m3s importantes del mercadeo y la publicidad consiste precisamente en provocar una paulatina disminuci3n de los procesos de toma de decisiones (13), haciendo por ende que las personas actúen cada vez de manera m3s impulsiva e irreflexiva. ¿Qu3 terreno podría ser m3s fértil para la estimulaci3n de conductas violentas? En tercer lugar, los medios de comunicaci3n de masa se han convertido en un poderoso instrumento de ideologizaci3n en el sentido de producir im3genes distorsionadas de la realidad objetiva (2, 14).

Partiendo de este modelo interpretativo, podríamos concluir que el problema de la violencia es un fen3meno de tipo cultural y estructural. No se trata de conductas aisladas de "delincuentes y marginales", sino m3s bien de una estructura axiol3gica que atraviesa, en unos m3s y en otros menos, la personalidad de todos los sujetos de una sociedad. Para comprenderla adecuadamente, la violencia debe analizarse dentro de un contexto hist3rico, polítco, econ3mico y cultural.

Partiendo de estos 3ltimos principios, el equipo de investigadores del Proyecto ACTIVA decidi3o desarrollar la presente investigaci3n con una orientaci3n psicosocial, en donde las normas y actitudes culturales son el eje primordial sobre el que se pretende establecer un primer acercamiento al fen3meno actual de la violencia.

Puesto que un cuestionario tiene limitaciones importantes en cuanto a su tamaño y al tipo de contenidos que pueden ser susceptibles de medici3n, la recolecci3n de la informaci3n tuvo que limitarse a la violencia físcica;

sin que esto implique obviamente que desconozcamos otros tipos de violencia de gran importancia, tales como la sexual o la estructural. Por otra parte, el tipo de estudio utilizado presenta tambi3n la limitaci3n de constituir una medici3n sincr3nica, perdiéndose por ende en gran medida la dimensi3n hist3rica. Sin embargo, intentaremos m3s adelante subsanar esta limitaci3n con una breve reseña de la historia de Costa Rica, y en especial sobre mediciones similares establecidas en nuestro paísc, especialmente en la 3ltima d3cada.

El presente informe constituye un primer intento de sistematizaci3n de la informaci3n obtenida. Los alcances del cuestionario son amplios, de modo que en este caso nos limitaremos a discutir los resultados a nivel descriptivo. Queda para un futuro pr3ximo una ardua tarea de profundizaci3n en diferentes aspectos, tales como las estructuras asociativas, las comparaciones m3s sistematizadas entre las diferentes ciudades, y un an3lisis detallado sobre tipologías. Por consiguiente, los objetivos del presente informe son:

1. Establecer una descripci3n de los resultados de las principales preguntas del cuestionario en t3rminos porcentuales.
2. Identificar las principales característcas diferenciales de Costa Rica en comparaci3n con las otras ciudades investigadas.
3. Analizar la estructura subyacente en las variables psicosociales y su relaci3n con las conductas violentas y las característcas sociodemogr3ficas y psicosociales de los sujetos entrevistados.

Nuestro paísc constituye un caso especial en la regi3n, tanto en lo que se refiere a los bajos niveles de victimizaci3n delincencial —lo cual se refleja claramente en los resultados del presente estudio—, como en cuanto a la ausencia hist3rica de grandes conflictos sociales o internacionales. Es importante por lo tanto, realizar una breve reseña hist3rica que nos permita comprender adecuadamente esta particularidad, al tiempo que nos sirva de contexto para analizar e interpretar correctamente los resultados obtenidos en este estudio.

Costa Rica, al momento de la llegada de los españoles, tenía una baja densidad de poblaci3n indígena, y un nivel de desarrollo cultural incipiente (6). Esta poblaci3n fue r3pidamente diezmada por las enfermedades y la explotaci3n de los conquistadores (11). Por otra parte, el paísc no present3o en ese momento ning3n atractivo econ3mico en minería o en posibles explotaciones agrícolas, y se encontr3o durante toda la etapa colonial

muy aislado hacia el norte de la Capitanía de Guatemala, a la cual pertenecía, y de Panamá hacia el sur (15). Todas estas circunstancias hicieron que el país fuese poco atractivo para su colonización, de modo que quienes se instalaron permanentemente buscaban precisamente este aislamiento, ya sea por razones de personalidad o por un interés manifiesto de esconderse. Literalmente, la mayoría de los colonos vinieron a "enmontañarse" (12). Estas características iniciales resultaron ser fundamentales para el desarrollo del ser costarricense: individualista, amante apasionado de la libertad, independiente, introverso y poco sociable. Bajo estos principios, nunca se desarrollaron los grandes latifundios, y la actividad económica tendió a concentrarse en la subsistencia, por demás precaria para la gran mayoría.

La historia posterior a la independencia —que dicho sea de paso, nos llegó sin pedirla ni esperarla—, no hizo más que confirmar este modelo. A pesar del desarrollo de la actividad cafetalera, la cual posibilitó la conformación de una oligarquía dominante, en general las diferencias socioeconómicas no fueron tan marcadas como para generar importantes conflictos sociales, y curiosamente, la clase gobernante manifestó generalmente un interés genuino por la inversión en educación, y ya en este siglo, en bienestar y seguridad social. Estas tendencias reafirmaron el sentido democrático de la población, sistema que se ha mantenido prácticamente estable por más de 170 años, solamente con interrupciones importantes en las décadas de los sesentas y setentas del siglo pasado y durante 1917. Del mismo modo, mientras la mayoría de los países de la región se desangraban en guerras civiles o internacionales, Costa Rica crecía aislada en paz y relativa armonía.

A partir de la década de los 40 del presente siglo, se implementan cambios estructurales profundos tendientes a reforzar el papel del Estado como ente regulador y como garante de una adecuada redistribución de la riqueza, se promulgan las garantías sociales, se desarrolla el Seguro Social, se nacionaliza la banca, de manera unilateral se promulga la abolición del ejército, y se perfecciona el sistema electoral. Como resultado de estos procesos de reestructuración se produce un claro ensanchamiento de la clase media, al tiempo que se debilita la oligarquía cafetalera frente a un naciente sector industrial. Las décadas de los 50, 60 y 70 garantizan una calidad de vida de las más altas de la región, con índices de salud y de educación que se acercan a los países desarrollados (10).

Sin embargo, a finales de la década de los 70 se agudiza la corrupción en los sectores políticos y se acumula, al igual que en el resto de la región, una deuda externa "impagable". Esta situación fomenta la crisis a

principios de la década de los 80, y bajo la presión de los organismos económicos internacionales se inician procesos de ajuste estructural que poco a poco han dado al traste con los logros de las décadas anteriores (18). Por primera vez declina la concentración de la riqueza, y se amplían los sectores marginales y pobres. Al mismo tiempo se debilita el Estado provocando a su vez un evidente deterioro de la educación, la salud y la infraestructura (16).

Esta crisis, que a brincos y saltos lleva casi dos décadas, inevitablemente ha producido efectos negativos sobre la seguridad ciudadana y sobre los indicadores de violencia en general, especialmente si la enmarcamos dentro del contexto internacional comentado supra. Si analizamos las tasas de delincuencia en los últimos dieciséis años (ver cuadro N° 1, al final), podemos observar cómo algunos delitos significativos, tales como la agresión o el homicidio, se mantenían relativamente constantes a través del tiempo, pero en los últimos años han tendido a presentar aumentos preocupantes, aunque todavía bajos si los comparamos con la mayoría de los países de la región (ver cuadro N° 2).

Del mismo modo, la crisis ha afectado de forma negativa el ambiente político del país. Después de gozar por tanto tiempo de un sistema democrático de los más estables del mundo, y del cual nos sentíamos profundamente orgullosos, en los últimos cinco años se ha evidenciado un rápido proceso de deterioro. La confianza en las principales instituciones del país es cada vez más baja (5), la cultura política se arrastra hacia límites que rayan en el autoritarismo (7) o en el cinismo (19), y por primera vez, a tres semanas de las elecciones presidenciales un 48% de los electores manifiesta poco interés para asistir a las urnas (20).

De este modo, el clima mundial tendente hacia el individualismo y la competencia se ve en Costa Rica reforzado por una tradición de por sí ya individualista, pero agravado además por un sentimiento profundo y creciente de desconfianza, incredulidad e incertidumbre, sensaciones que posiblemente se agudicen de manera especial en nuestro país por el marcado contraste con la calidad de vida que disfrutamos no hace mucho tiempo.

Los resultados generales de la investigación permiten identificar claramente estas tendencias. Encontramos que Costa Rica muestra niveles relativamente bajos de victimización, en comparación con los otros países estudiados, a excepción de Chile y España, y del mismo modo las escalas que pretendían identificar la frecuencia de conductas violentas hacia los niños, de y hacia la pareja, y con respecto a terceras personas, muestran porcentajes realmente bajos de victimización. Sin embargo, las escalas

psicosociales tienden a mostrar en muchos casos niveles de los más violentos de la región, y la sensación de inseguridad tiende a ser desproporcionada con respecto a la victimización de los mismos entrevistados.

Esta aparente contradicción se explica por dos razones fundamentales:

1. La sensación de inseguridad, como ya dijimos, se alimenta de la situación de crisis casi crónica de los últimos años, crisis que posiblemente sea más contrastante para Costa Rica que para la mayoría de los otros países de la región.

2. La frecuencia con que los medios de comunicación de masa nos presentan noticias y eventos delictivos tiende a crecer día a día, provocando una visión distorsionada de la realidad, en donde la sensación de inseguridad es mucho más alta que la verdadera inseguridad.

Esta situación de "inflación de la inseguridad" entra en un círculo vicioso, pues los ciudadanos tenderán a actuar conforme a la situación percibida y no a la realidad objetiva, de modo que a mayor sensación de inseguridad, mayor tendencia a actuar agresivamente, lo que a su vez tenderá a reforzar la sensación de inseguridad. Como dice el viejo adagio "la violencia genera violencia".

II. METODOLOGÍA

1. Tipo de estudio:

La presente investigación se define como un estudio de tipo descriptivo *ex post facto*, utilizándose la técnica de encuesta con entrevista personal estructurada.

2. Definición del universo:

San José, la capital de Costa Rica, ha ido poco a poco extendiéndose a través del corazón del Valle Central Intermontano, de modo que en la actualidad forma prácticamente un solo bloque urbano junto con las cabeceras de las provincias de Cartago, Alajuela y Heredia. Este bloque que recibe el nombre de Región Metropolitana, se define específicamente como el Área Metropolitana de la capital, más los cantones primeros de Cartago y Heredia, los distritos Central y San José del Cantón Central de Alajuela, y los distritos primeros de los cantones de Oreamuno y La Unión en Cartago, y Santo Domingo en Heredia. Este fue el universo escogido para realizar la encuesta. Debido a limitaciones jurídicas en algunas de las ciudades involucradas en el estudio, se tomó además

la decisión de delimitar las entrevistas a sujetos comprendidos entre 18 y 70 años. Por otra parte, puesto que la dinámica familiar constituye una variable de especial interés en el estudio, se estableció un requisito adicional de residencia habitual para considerar a una persona como seleccionable, requisito que se definió como todas aquellas personas que duermen y comen la mayor parte de la semana en el domicilio.

3. Procedimiento de muestreo:

Para la selección de los sujetos a entrevistar se siguió en todos sus alcances el procedimiento establecido por el equipo del Proyecto ACTIVA. De este modo, se trabajó con una muestra polietápica al azar, estratificada proporcionalmente según condición socioeconómica y densidad de población, sin reemplazo. Como marco muestral se utilizó los datos del último censo nacional de 1984, ajustado según las proyecciones poblacionales establecidas por el Centro Latinoamericano de Demografía en 1995. Con base en dicha información se llegó a la selección de los segmentos censales. Dentro de cada segmento, se utilizaron los mapas de la Dirección General de Estadística y Censos, mediante los cuales se escogió los hogares a entrevistar. Dentro de cada hogar se levantó una hoja de ruta con la información pertinente de cada uno de los miembros, y basándose en esta hoja se seleccionaron al azar los sujetos a entrevistar. En cada caso se realizaron hasta tres visitas para localizar a la persona entrevistada.

El tamaño esperado de la muestra se estableció en 1.200 sujetos. De acuerdo con la experiencia anterior en el Instituto de Investigaciones Psicológicas, se calculó un promedio de 1.7 sujetos entrevistables por hogar, más un 12% de rechazo, lo cual implicó un total de 790 hogares. Se localizaron 1.343 sujetos, y se tuvo un 14.22% de rechazos, para un total de entrevistas efectuadas de 1.152. Sin embargo, en el proceso de supervisión de oficina fue necesario eliminar 21 casos por contener errores irreparables, de modo que al final se contó con una muestra definitiva de 1.131 sujetos.

El cuadro N° 3 indica la distribución de la muestra según sexo y edad, y su comparación con la distribución poblacional.

4. Instrumento:

El cuestionario utilizado para la recolección de la información correspondió exactamente con el instrumento definido en el grupo del Proyecto ACTIVA. No se eliminaron ni agregaron preguntas, aunque se utilizó la sección opcional.

5. Recolección de la información:

Las entrevistas estuvieron a cargo de estudiantes universitarios de la carrera de Psicología. Estos estudiantes han sido entrenados formalmente por investigadores del Instituto en cuatro cursos semestrales de investigación. Además, cuentan con amplia experiencia previa en estudios del Programa de Opinión Pública del Instituto. Recibieron también un entrenamiento detallado para el presente estudio, en donde se discutieron y analizaron los alcances y la importancia del presente proyecto, los objetivos y modelo teórico del estudio y de cada una de las escalas, así como la metodología específica para la recolección y la supervisión.

Aparte del proceso tradicional de supervisión de campo y de oficina, se trabajó con un sistema de supervisión a posteriori, en donde se revisó el 10% de los hogares y se evaluó la calidad de la entrevista.

La recolección se realizó del 1º de noviembre de 1996 al 15 de febrero de 1997.

6. Sistema de variables:

La información obtenida por el cuestionario se dividió en tres grandes bloques, según las diferentes secciones del cuestionario, y según el modelo teórico que lo sustentó:

a. Características del entrevistado: incluye la sección DE con la tabla de información familiar más 20 preguntas sobre datos del entrevistado: estado civil, situación laboral, procedencia, religión, etnia, exposición a la televisión y consumo de bebidas alcohólicas; incluye también las nueve primeras preguntas de la sección NI, y las tres primeras de la sección PA, así como las secciones de Normas Familiares (NF), y Victimización (VI).

b. Variables psicosociales: se trata de las escalas de normas, actitudes y habilidades. Específicamente se trabajó con las escalas de Imagen Institucional (IN), Actitudes Sociales (AS), Normas (NO), Actitudes (AC), Relaciones Intergrupales (RI), Relaciones Nacionales (RN), y Habilidades (HA). Se incluye en este bloque también la sección opcional (OP) sobre sensación de inseguridad.

c. Conductas: Incluye las secciones correspondientes a conductas de victimización: preguntas de la N° 110 a la N° 113 sobre conductas agresivas hacia niños; las preguntas PA 4 a PA 9 sobre victimización en la pareja; la sección Otras Conductas (OC) sobre agresión a terceros, y la referente a utilización de armas de fuego (AR).

7. Procedimiento de análisis:

Tal y como indicamos en la introducción, el presente informe se limita a exponer análisis de tipo descriptivo, como una primera etapa en el procesamiento completo de toda la información disponible.

Específicamente, se realizó un análisis de distribución de frecuencias para cada uno de los ítemes del cuestionario. Por otra parte, se realizó una comparación regional de los resultados de cada uno de los ítemes correspondientes a los bloques b) y c) descritos supra, con el fin de lograr una evaluación más realista de los resultados obtenidos en nuestro país.

Debido a esta comparación, y siguiendo los grandes lineamientos del modelo interpretativo adoptado en este artículo, interesó profundizar en el estudio de los ítemes de las escalas actitudinales, para lo cual se realizó un análisis factorial que permitiera identificar la estructura subyacente, así como una reducción de las variables. Una vez establecidos los factores, se procedió a analizar la estructura asociativa con las variables de los bloques a) y c), mediante la utilización de regresión múltiple.

III. RESULTADOS

1. Análisis de frecuencias:

A continuación analizaremos la distribución de frecuencias de cada uno de los ítemes de las escalas actitudinales y conductuales.

a. Imagen de instituciones: La percepción que tiene el costarricense sobre la policía, los juzgados y el sistema penitenciario tiende en general a ser negativa: el 38.5% considera que la policía tiene una eficiencia mala o muy mala, el 26.1% opina en el mismo sentido con respecto a los juzgados, y el 48.9% en cuanto al sistema penitenciario; mientras que las opiniones positivas (buena o muy buena) se distribuyen con un 14.9% para la policía, 25.2% para los juzgados, y 13.1% para el sistema penitenciario.

b. Actitudes sociales: Los resultados de esta escala nos presentan una importante tendencia hacia la anomia: el 61.9% considera que el país estará, dentro de cinco años, peor que ahora, el 79.9% considera que los gobernantes no están realmente preocupados por lo que le suceda al entrevistado. Sin embargo, todavía se mantiene un nivel de esperanza y de confianza en el sistema democrático: el 56.9% está algo o muy de acuerdo en que personas como ellos pueden tener alguna influencia para lograr cambios en el país, y el 65.6% considera que estos cambios deben orientarse hacia reformas paulatinas,

mientras que el 30.5% considera que debe cambiarse totalmente, y el 86.8% opina que la democracia es el mejor sistema político en cualquier circunstancia.

c. Normas culturales: En este caso, podemos identificar dos bloques que varían en forma diferencial: por una parte, tenemos todas aquellas normas que se refieren a relaciones interpersonales a nivel primario, en las cuales las respuestas de los entrevistados tienden a estar poco asociadas con normas violentas: el 83.2% está en desacuerdo con la necesidad del castigo físico para educar a los niños, el 86.8% se manifiesta en contra de que existan circunstancias en las cuales se justifica que un adulto le pegue a un niño, el 95.2% rechaza el que un hombre le dé una cachetada a su esposa, y el 91.5% que la mujer le dé una cachetada al esposo, el 91.7% no acepta que el marido le pegue a la mujer que ha sido infiel, y el 88.5% que una mujer le pegue a otra mujer que le está quitado a su marido.

En el segundo bloque, encontramos normas asociadas más bien a actuaciones macrosociales, en donde las opiniones de los entrevistados se inclinan a ser menos unánimes, y observamos un bloque importante que apunta más bien a aceptar normas de tipo violento: el 38.2% considera que se debe tomar la ley en sus propias manos cuando las autoridades fallan, un 21.5% justifica el derecho de la policía a invadir una casa sin orden de cateo, el 24.7% acepta que la policía tenga derecho a detener jóvenes que considere sospechosos por su aspecto físico, el 14.9% justifica la tortura para obtener información, y 52.2% la pena de muerte.

d. Actitudes: En esta escala se hace más evidente la tendencia, de un sector importante de los entrevistados, a mostrar actitudes violentas en las relaciones interpersonales de segundo grado: un 57.3% entendería y un 14.2% aprobaría el que se insulte a una persona que se cuele en una fila, el 43.1% entendería y el 5.1% aprobaría que un hombre hiera a otro que le ha quitado a su esposa, el 48% entendería y el 30.8% aprobaría que una persona mate a otra que ha violado a su hija, un 43.9% entendería y un 14.4% aprobaría el que se mate a alguien que mantiene asustada a su comunidad, y un 27.8% entendería y un 8.2% aprobaría el que se realicen "limpiezas sociales".

Por otra parte, el 60.2% de los entrevistados está algo o muy de acuerdo en matar para defender a la familia, y el 43.1% en matar para defender la propiedad.

Sin embargo, encontramos una disposición mucho más moderada en cuanto a la tenencia de armas: el 71% no considera que un arma haga más seguro al hogar, y el

66.1% opina que el portar un arma no hace más segura a la persona. Del mismo modo, 79% está en desacuerdo con recluir a los niños de la calle en instituciones penales.

e. Relaciones intergrupales: En esta escala, que pretendía analizar las inclinaciones discriminatorias de los entrevistados, encontramos en general actitudes poco violentas: el 76.3% de los entrevistados rechazan la necesidad de que un vecindario esté compuesto por personas de la misma clase social, el 90.5% por personas de la misma religión, el 94.1% en cuanto al origen étnico, y el 93.7% con las mismas ideas políticas. Sin embargo, existe un 28.5% que considera que la gente tiene derecho a sacar del vecindario o comunidad a ciertos grupos de personas.

f. Relaciones internacionales: Siguiendo la tradición antibélica de los costarricenses, el 94.5% rechaza la guerra como medio necesario para resolver conflictos entre países, y un 71.7% está algo o muy de acuerdo con que el Gobierno deba sentarse a negociar un acuerdo con grupos que se le enfrentan violentamente; pero de manera sorpresiva en un país sin ejército, un 42.9% considera que la presencia militar en las calles es necesaria para controlar la violencia en el país.

g. Habilidades: En este caso, los entrevistados muestran una situación relativamente positiva, ya que el 81.8% afirma que sabe cómo controlarse para no pelear, el 81.2% opina que, ante un conflicto o desacuerdo de pareja, puede explicar sus razones sin enojarse, y el 91.3% considera que sabe cómo razonar con un niño si necesita corregirlo. Sin embargo, un 43.1% afirma que puede perder el control y pelear si lo insultan, y un 43.3% con frecuencia considera que se le lastima a propósito.

h. Relaciones violentas con los niños: Algunas conductas de tipo violento tienden a presentarse con una frecuencia relativamente alta: un 29.4% afirma que algunas veces durante el último mes tuvo que castigar a un(una) niño(a), un 8.9% lo hizo una vez por semana, y un 8.7% casi todos los días. Del mismo modo, un 22.2% le gritó con rabia algunas veces, un 7.3% una vez por semana, y un 11.3% casi todos los días. En cuanto a dar nalgadas, el 12.1% lo hizo algunas veces, el 5% una vez por semana, y el 3% casi todos los días. Por último, el 3.8% afirma que tuvo que pegarle algunas veces en alguna otra parte del cuerpo, aparte de las nalgadas, con algún objeto como una faja o un palo, un 0.8% lo(la) castigó de esta manera una vez por semana, y un 1.2% casi todos los días.

i. Relaciones violentas de pareja: Al igual que en la escala anterior, en este caso observamos conductas violentas con una frecuencia relativamente alta en cuanto a gritar con rabia: un 26.4% gritó una o dos veces a su

pareja en el último año, un 10% lo hizo a veces (3 ó 5) y un 6.1% a menudo (6 veces o más). Del mismo modo el o la entrevistada fue gritado(a) con rabia por su pareja una o dos veces en el último año, un 9.7% a veces, y un 6% a menudo.

Sin embargo, los otros tipos de violencia de pareja tienden a presentarse con relativa poca frecuencia: el 97.2% nunca abofeteó a su pareja en el último año, el 96.9% nunca fue abofeteado(a) por su pareja. Por otra parte, el 99.1% nunca le pegó a su pareja con un objeto que pudiera haberle lastimado, y el 98.8% nunca fue golpeado(a) de esa manera por su pareja.

j. Otras conductas violentas: En esta escala, que pretendía analizar conductas violentas en relaciones secundarias, encontramos frecuencias relativamente bajas: un 73.6% afirma nunca haber insultado a una persona no familiar en el último año, un 93.5% nunca amenazó a otra persona, un 96.8% nunca golpeó a un no familiar, y un 98.8% nunca se valió de terceras personas para hacerle mal a alguien con quien había tenido problemas.

k. Victimización: En esta escala se pretendió tener una aproximación a los niveles de victimización de los entrevistados en catorce diferentes situaciones. Los resultados muestran un 8.6% de sujetos que sufrieron robo a mano armada en los últimos doce meses, y un 13.5% afirma haber visto un robo a mano armada. El 3.4% fue amenazado por un policía o autoridad pública para sacarle o pedirle dinero, y un 1.9% fue amenazado para obtener dinero por otra persona que no era autoridad pública. Un 1.6% fue forzado a cambiar de lugar de residencia. Un 3.1% fue golpeado por otras personas, y un 0.4% fue maltratado por policías. Un 0.4% fue herido con arma blanca, y un 0.1% con arma de fuego, mientras que un 5.1% vio a alguien siendo herido con arma, blanca o de fuego. Un 4.2% fue amenazado de muerte. A un 0.1% le secuestraron a algún familiar cercano, y un 1.9% tuvo algún familiar cercano asesinado. Por último un 0.9% afirma que algún familiar cercano se suicidó en el último año.

Ante estas situaciones de victimización, se preguntó la frecuencia con que denunció el hecho, y encontramos que en general existe una tendencia a no denunciar estos hechos, aun los más graves.

l. Armas: El 11.2% de los entrevistados afirma poseer algún tipo de arma de fuego en su hogar. De éstos, el 81.5% la posee para protección personal y un 27.6% sale de su casa armado. Por otra parte, entre aquéllos que no tienen arma en su hogar, el 22.7% está dispuesto a adquirir una si se le presenta la oportunidad.

m. Sensación de inseguridad: Esta es una escala opcional, que no se utilizó en todos los países. Se trata de una escala que pretende medir el grado de inseguridad que perciben los entrevistados en su entorno. Los resultados tienden a mostrar un nivel alto de esta sensación de inseguridad: un 23% se siente algo o muy inseguro en las calles durante el día, un 51.7% en las noches, un 45.3% en los medios de transporte, y un 81.3% en el centro de la ciudad. Sin embargo, sólo un 11.4% se siente inseguro en su propio hogar.

Por otra parte, un 63.3% ha limitado algo o mucho los lugares de compra tradicionales por temor a ser víctima de una acción violenta. Del mismo modo, 55.1% ha limitado algo o mucho los sitios de recreación. Además, un 27.5% ha sentido la necesidad de adquirir un arma, y un 14.8% ha sentido la necesidad de mudarse a otra ciudad o área dentro del país.

2. Comparación entre ciudades:

Con el fin de establecer un análisis más preciso de la situación en Costa Rica, resulta muy conveniente establecer una comparación con las otras siete ciudades involucradas en el estudio, de modo que nos sirva de punto de referencia para la evaluación de los porcentajes obtenidos.

Tal y como puede observarse en el cuadro N° 4, los niveles de victimización que se reportan para nuestro país tienden a ser relativamente bajos, en comparación con las otras ciudades. Específicamente, solo Santiago de Chile y Madrid, España, muestran en general niveles inferiores de victimización. Del mismo modo, las conductas violentas reportadas en las escalas NI, PA y OC tienden a ser las más bajas de las ocho ciudades estudiadas, en especial para las dos últimas escalas. De igual manera, encontramos en general, que los ítemes que se refieren a normas o actitudes violentas en las relaciones de pareja tienden a presentar niveles relativamente bajos en comparación con las otras ciudades. Así también, observamos que la escala de relaciones intergrupales, en donde se evalúa la tendencia hacia la discriminación social, tiende a obtener también niveles comparativos bajos. Por último, tal y como era de esperar, de acuerdo con la tradición cultural de nuestro pueblo, se obtienen niveles muy bajos de apoyo a la dictadura, a la guerra y a la presencia militar en las calles (aun cuando esta última tiende a ser alta, tomando en cuenta el hecho de que no tenemos ejército).

Sin embargo, al lado de estos valores alentadores, encontramos un grupo de ítemes en donde los niveles de

aprobación se ubican entre los más altos, comparativamente hablando: imagen negativa de la policía, percepción negativa del futuro, tomar la ley en sus propias manos, detención de jóvenes por apariencia física sospechosa, utilización de la tortura, pena de muerte, aprobación del asesinato del violador de una hija, o de una persona que mantenga asustada a la comunidad, y el considerar que tener un arma hace más segura una casa.

Por otra parte, los resultados de la escala de sensación de inseguridad tienden a mostrarnos también niveles comparativamente altos.

IV. DISCUSIÓN:

Tanto el análisis de frecuencias como la comparación entre ciudades nos muestra niveles de victimización moderados, pero normas y actitudes relativamente altas en algunos aspectos, y una sensación de inseguridad desproporcionada en relación con la inseguridad real.

Específicamente, podemos observar que las actitudes más extremas se relacionan con aquellos ámbitos en los cuales se establece una relación entre el entrevistado o las instituciones y la delincuencia: tomar la ley en sus propias manos, reclusión de niños de la calle, detener jóvenes con apariencia física sospechosa, matar a quien viola una hija, uso de la tortura, aprobación de la pena de muerte, y percepción de seguridad en el uso de armas.

Todos estos resultados asociados a una sensación de inseguridad relativamente alta, nos señalan un estado de sobrevaloración de la situación delincencial en nuestro país. En principio, no parece existir relación entre los niveles de victimización reportados, así como las tasas de delincuencia de los últimos años, y esta percepción de inseguridad y esta tendencia actitudinal a aprobar medidas violentas en defensa, tanto individual como colectiva o institucional.

Con el fin de estudiar con mayor detalle la estructura actitudinal de los entrevistados, se procedió a realizar un análisis factorial de los ítemes de las escalas de normas, actitudes, relaciones intergrupales y relaciones nacionales.

Los resultados nos muestran 10 dimensiones que tienden a coincidir con la estructura del cuestionario, con un nivel de saturación del 60.5%:

- a. **Discriminación social:** Engloba los 4 primeros ítemes de la escala de relaciones intergrupales.
- b. **Aprobación de la violencia:** Corresponde a los primeros cinco ítemes de la escala de actitudes.
- c. **Normas violentas de pareja:** Agrupa los ítemes 3 a 6 de la escala de normas.
- d. **Justificación de asesinato en defensa:** En este factor pesan los ítemes 6 y 7 de la escala de actitudes.
- e. **Autoritarismo policial:** Contiene los ítemes 7 a 10 de la escala de normas.
- f. **Seguridad en el uso de armas:** Ítemes 8 y 9 de la escala de actitudes.
- g. **Autoritarismo represivo:** Combina el ítem 10 de actitudes y el 3 de relaciones nacionales.
- h. **Normas violentas con niños:** Ítemes 1 y 2 de la escala de normas.
- i. **Relaciones intergrupales institucionalizadas:** Ítemes 5 de relaciones intergrupales y 2 de relaciones nacionales.
- j. **Normas violentas institucionalizadas:** Ítem 11 de la escala de normas y 1 de la escala de relaciones nacionales.

Si se observa en detalle esta estructura podemos identificar tres grandes grupos: Normas Culturales correspondiendo a los factores a, c, h, i y j, Actitudes Violentas con los factores b y d, y Autoritarismo, siguiendo la definición de adorno (1), con los factores e, f y g.

Partiendo de estas tres grandes dimensiones y utilizando el modelo interpretativo sugerido en la introducción, podríamos indicar que la sensación de inseguridad se ve estimulada por las condiciones adversas en que vive la mayoría de los costarricenses en los últimos años, de modo que esta sensación debería estar asociada con la imagen negativa de las instituciones y con actitudes sociales tendentes hacia la anomia, así como con características personales asociadas a una situación socioeconómica difícil y a una estructura y dinámica familiar productora de tensión. Por otra parte, tal y como hemos indicado, deberíamos esperar una mayor sensación de inseguridad entre aquellas personas con mayor exposición a la televisión. De igual manera, es esperable que estas variables tengan una asociación importante con el bloque de variables correspondientes a normas culturales.

La sensación de inseguridad y las normas culturales asociadas a la violencia producirían a su vez actitudes violentas, autoritarismo y pocas habilidades para manejar los conflictos. Estas características a su vez estarían en la base de las conductas violentas.

Este modelo interpretativo podría esquematizarse tal y como se presenta en la figura N° 1, en donde se especifican los coeficientes de correlación múltiple entre cada uno de los bloques de variables.

Los resultados obtenidos nos muestran niveles importantes de correlación, corroborando los supuestos iniciales. Es decir, la situación de desconfianza en el sistema y la mala imagen de las instituciones sumado a una situación individual, familiar y social tensional, tienden a explicar gran parte de la sensación de inseguridad y de las normas culturales tendentes a justificar la violencia. Estas condiciones a su vez producen una estructura de personalidad violenta y autoritaria que facilita el desarrollo de conductas violentas a nivel familiar, comunal e institucional, conductas que a su vez tenderán a producir como respuesta nuevas conductas de defensa en las víctimas, generando así un círculo vicioso de constante aumento de la violencia.

Obviamente este esquema explicativo debe considerarse a modo de hipótesis. Será necesario desarrollar análisis más elaborados y profundos para someter a prueba este modelo. En especial, se recomienda un análisis de trayectoria para evaluar los pesos relativos de cada bloque de variables, análisis que necesariamente deberá contemplar los datos de todas las ciudades involucradas. Conviene también desarrollar un análisis tipológico que nos permita establecer algún tipo de caracterización de diferentes niveles del grado de violencia, tanto en lo que respecta a los sujetos como en cuanto a las ciudades. Del mismo modo se sugiere la necesidad de implementar nuevos esfuerzos de recolección de información, con el fin de involucrar en el modelo nuevas variables que garanticen mejores niveles de predicción. De particular importancia resulta un análisis más detallado de la historia individual de los entrevistados en los últimos años, en especial los cambios en su calidad de vida, así como un estudio más detallado sobre la exposición a los medios y su impacto directo en la generación de la sensación de inseguridad. Sería de especial interés también, la introducción, a nivel internacional, de un estudio histórico de las condiciones estructurales y sus cambios sustanciales en las dos últimas décadas, así como una comparación de la cantidad e intensidad de la presencia de hechos delictivos en los medios de comunicación en los últimos años, y la relación de estos contenidos con las tasas delincuenciales, a nivel nacional e internacional.

A pesar de estas nuevas necesidades de investigación, consideramos que queda suficientemente clara la relación entre violencia y condiciones macro-sociales, lo cual tiene una serie de consecuencias de enorme importancia para planificar estrategias de intervención:

1. El fenómeno de la violencia no puede circunscribirse a un problema de tipo delincencial: existe una base ideológica violenta en la mayoría de la población, base que genera en todos y cada uno de los costarricenses un potencial peligroso de conductas agresivas. De hecho, es importante señalar que en nuestro país el 78% de los homicidios se producen entre conocidos (3).
2. Esta base ideológica tiene como una de las fuentes principales, una estructura económica de por sí agresiva. De continuar el proceso actual de deterioro de la calidad de vida y de ampliación de los sectores de pobreza, inevitablemente continuarán en aumento los niveles de violencia.
3. Tiene también un peso fundamental el creciente ambiente de desconfianza y decepción en el sistema político, ambiente que no hace más que aumentar la sensación de inseguridad y por ende la probabilidad de conductas violentas.
4. Por último existen normas culturales profundamente arraigadas que justifican, o al menos estimulan conductas de tipo violento e imposibilitan el desarrollo de estrategias alternativas de resolución de conflictos.

CUADRO N° 1
TASAS POR CIENTO MIL HABITANTES DE DELITOS
CONTRA LA PROPIEDAD Y CONTRA LA VIDA
AÑOS 1983-1996, COSTA RICA

AÑO	DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	DELITOS CONTRA LA VIDA
1983	920	187
1984	908	203
1985	905	215
1986	852	223
1987	843	222
1988	856	220
1989	911	225
1990	997	230
1991	1.212	255
1992	1.239	273
1993	1.207	282
1994	1.246	328
1995	1.131 ^a	337
1996 ^b	1.126 ^a	336

Fuente: E. Carranza/E. Solana: Proyecto "Sistema Penal y Derechos Humanos". San José: ILANUD/COMISIÓN EUROPEA, 1996.

^a Para los años 95 y 96 se modificó el registro de denuncias, eliminándose todas aquellas correspondientes a contravenciones, así como aquellas denuncias que no involucraban dinero.

^b Los datos para 1996 son preliminares.

CUADRO N° 2
TASAS POR CIENTO MIL HABITANTES
DE ALGUNOS DELITOS ESPECÍFICOS
AÑOS 1987-1996, COSTA RICA

AÑO	ADMINISTR. FRAUDUL.	ROBO VIOL. PERS.	AGRESIÓN	HOMICIDIO	SUICIDIO TENT.
1983	3.24	38.1	28.7	3.8	2.8
1984	2.61	35.8	42.8	3.8	3.2
1985	3.06	44.0	49.1	4.1	3.3
1986	4.02	41.7	53.1	3.8	3.3
1987	3.36	31.5	53.2	4.1	3.5
1988	4.01	39.5	59.1	4.1	3.9
1989	3.50	45.8	62.3	3.9	5.1
1990	3.79	58.4	68.1	4.6	5.2
1991	4.08	74.1	80.8	4.2	5.7
1992	4.67	87.0	88.8	5.0	5.4
1993	4.35	92.5	98.8	4.9	6.1
1994	4.22	99.5	111.6	5.4	6.5
1995	4.72	89.7	122.6	5.4	7.1
1996 ^a	5.54	105.0	131.4	5.4	7.4

Fuente: E. Carranza/E. Solana: Proyecto "Sistema Penal y Derechos Humanos". San José: ILANUD/COMISIÓN EUROPEA, 1996.

^a Los datos para 1996 son preliminares.

CUADRO N° 3
DISTRIBUCIÓN DE LA MUESTRA SEGÚN SEXO Y EDAD
Y COMPARACIÓN CON LA DISTRIBUCIÓN POBLACIONAL

EDAD	MUESTRA		POBLACIÓN ^a	
	MASCULINO	FEMENINO	MASCULINO	FEMENINO
18-24	9.3	10.8	11.0	10.5
25-44	16.9	26.6	26.2	25.5
45-65	13.4	17.2	11.8	11.9
65-70	2.7	3.1	1.5	1.6

^a Fuente: CELADE: "Boletín Demográfico". Santiago, 1995.

CUADRO N° 4
DISTRIBUCIÓN DE ALGUNOS ÍTEMES SEGÚN LAS OCHO CIUDADES
INVOLUCRADAS EN EL ESTUDIO

ÍTEM	BAHÍA	CALI	CARAC.	MADR.	RÍO	S. JOSÉ	S. SALV.	SANT.
VICTIMIZACIÓN								
Robo	22.1	16.1	18.4	5.7	8.4	8.6	20.0	6.9
Vio robo	17.9	26.5	32.4	9.2	15.0	13.5	29.8	12.8
Extorsión policial	2.0	6.8	10.9	7.9	3.5	3.4	1.7	1.3
Extorsión no policial	2.3	1.6	5.3	7.8	1.9	1.9	20.3	1.1
Forzado a cambiar resid.	2.7	2.0	2.0	1.4	2.1	1.6	3.4	1.3
Golpeado	6.9	7.2	3.8	2.5	5.7	3.1	3.9	1.3
Maltrato policial	3.6	2.7	3.4	0.9	2.8	0.4	3.0	0.8
Herido arma blanca	1.2	2.2	0.5	0.4	0.3	0.4	0.5	0.5
Herido arma de fuego	1.6	2.1	0.5	0.2	0.8	0.1	0.8	0.1
Vio herido	11.9	15.6	23.6	4.5	4.6	5.1	13.8	0.1
Amenaza de muerte	7.9	5.0	9.6	3.8	6.2	4.2	6.2	2.1
Secuestro	1.0	3.2	3.6	0.3	0.6	0.1	1.2	0.3
Asesinato de pariente	5.9	9.2	8.6	1.0	4.4	1.9	3.5	0.5
Suicidio de pariente	1.7	1.9	2.2	1.2	0.4	0.9	1.3	0.7
CONDUCTAS VIOLENTAS^a								
Castigó a niño(a)	11.2	22.6	8.8	5.2	10.1	7.9	12.2	10.0
Gritó con rabia a niño(a)	16.0	16.2	12.2	7.1	20.4	8.3	14.4	15.8
Dio nalgadas a niño(a)	6.6	5.5	3.6	1.6	5.2	3.5	6.8	3.1
Pegó con objeto a niño(a)	2.1	3.0	1.2	0.1	0.6	0.9	3.1	0.5
Gritó con rabia a pareja	17.4	16.1	15.7	18.3	20.6	9.3	13.6	20.5
Pareja gritó con rabia	14.4	14.1	13.7	15.8	19.7	9.0	13.2	17.4
Dio bofetada a pareja	0.9	1.1	0.5	0.2	1.2	0.2	0.9	0.8
Pareja dio bofetada	0.9	0.7	0.8	0.3	0.9	0.4	1.6	1.3
Pegó a pareja con objeto	0.5	1.3	0.3	0.0	0.1	0.1	0.6	0.2
Pareja pegó con objeto	0.4	1.0	0.2	0.2	0.4	0.3	0.9	0.1
Insultó a no familiar	5.6	7.3	9.6	10.2	6.8	6.5	7.9	6.8
Amenazó a no familiar	2.3	1.6	1.4	1.8	2.3	1.2	2.4	1.4
Golpeó a no familiar	1.2	1.5	1.3	0.9	0.6	0.4	0.6	1.0
Se valió de tercero para dañar	0.3	0.3	0.4	0.9	0.2	0.2	0.2	0.5

Fuente: Base de datos Proyecto ACTIVA, 6 de enero de 1998.

^a Se presentan aquellas respuestas correspondientes a una frecuencia semanal o diaria.

Continuación (Cuadro N° 4)

ÍTEM	BAHÍA	CALI	CARAC.	MADR.	RÍO	S. JOSÉ	S. SALV.	SANT.
NORMAS Y ACTITUDES								
Imagen de policía ^b	38.7	24.3	27.5	17.5	26.8	38.5	17.9	16.0
Imagen de juzgados ^b	35.2	15.8	54.4	30.7	31.5	25.5	34.3	35.4
Imagen de sist. Penitenciario	66.0	50.3	92.2	44.2	57.8	47.7	61.3	61.6
Percepción país en 5 años ^c	42.1	37.8	39.9	26.6	25.5	61.9	56.0	33.2
Dictadura democracia igual	21.8	-----	13.9	8.4	18.4	5.7	21.8	24.5
Adulto pega a niño	11.3	5.3	8.2	8.0	7.3	8.5	5.4	2.7
Hom. da cachetada a esposa ^d	5.3	10.7	7.7	4.5	4.8	3.3	4.7	6.7
Hom. pega a mujer por infiel ^d	14.7	9.1	8.1	2.9	12.0	5.3	7.4	12.9
Mujer pega a mujer que quita esposo ^d	15.7	11.9	43.7	7.8	18.6	7.2	6.0	14.2
Ley en propias manos ^d	31.9	25.7	38.2	14.7	19.2	38.0	24.2	24.7
Detener jóvenes por apariencia física ^d	7.9	20.1	26.5	12.2	16.5	24.6	26.8	14.3
Tortura se justifica	9.3	10.3	17.7	8.4	11.5	14.9	16.1	8.3
Pena de muerte se justif. ^{de}	37.4	42.0	31.3	37.7	38.6	40.4	58.1	44.2
Matar a violador de hija ^f	21.2	42.6	44.3	48.3	35.3	47.7	38.5	33.8
Matar a quien asuste vec. ^f	32.9	-----	55.0	28.1	40.0	43.9	45.2	43.8
Arma hace casa más seg. ^d	23.2	23.3	23.3	13.1	18.7	24.0	17.7	24.4
Portar arma más seguro ^d	12.61	9.8	23.0	16.7	11.0	28.4	14.2	21.0
Vecindario con=religión ^d	13.9	11.0	15.5	7.1	13.4	8.2	22.3	9.8
Vecindario con=etnia ^d	6.4	7.0	8.3	7.5	5.7	4.6	15.1	6.2
Vecindario con =ideas pol. ^d	10.5	7.2	10.7	4.7	14.5	5.3	13.0	5.3
Sacar de vec. ciertos grup. ^d	28.5	25.5	52.8	27.0	14.6	28.5	19.9	24.8
Guerra necesaria ^d	10.9	8.8	11.5	3.3	9.2	4.2	6.7	7.3
Presencia militar neces. ^d	87.6	83.1	77.4	23.9	78.7	42.6	78.3	45.9
SENSACIÓN DE INSEGURIDAD								
Inseg. en comunid. de día ^g	---	---	74.5	12.0	----	22.9	---	18.3
Inseg. en comunid. de noche ^g	---	---	83.7	46.4	----	50.6	---	41.6
Inseg. en centro de ciudad ^g	---	---	90.6	46.6	----	80.8	---	71.0

Fuente: Base de datos Proyecto ACTIVA, 6 de enero de 1998.

b Se incluyen aquellas respuestas correspondientes a las categorías "muy mala y mala".

c Se incluyen aquellas respuestas correspondientes a las categorías "peor que ahora".

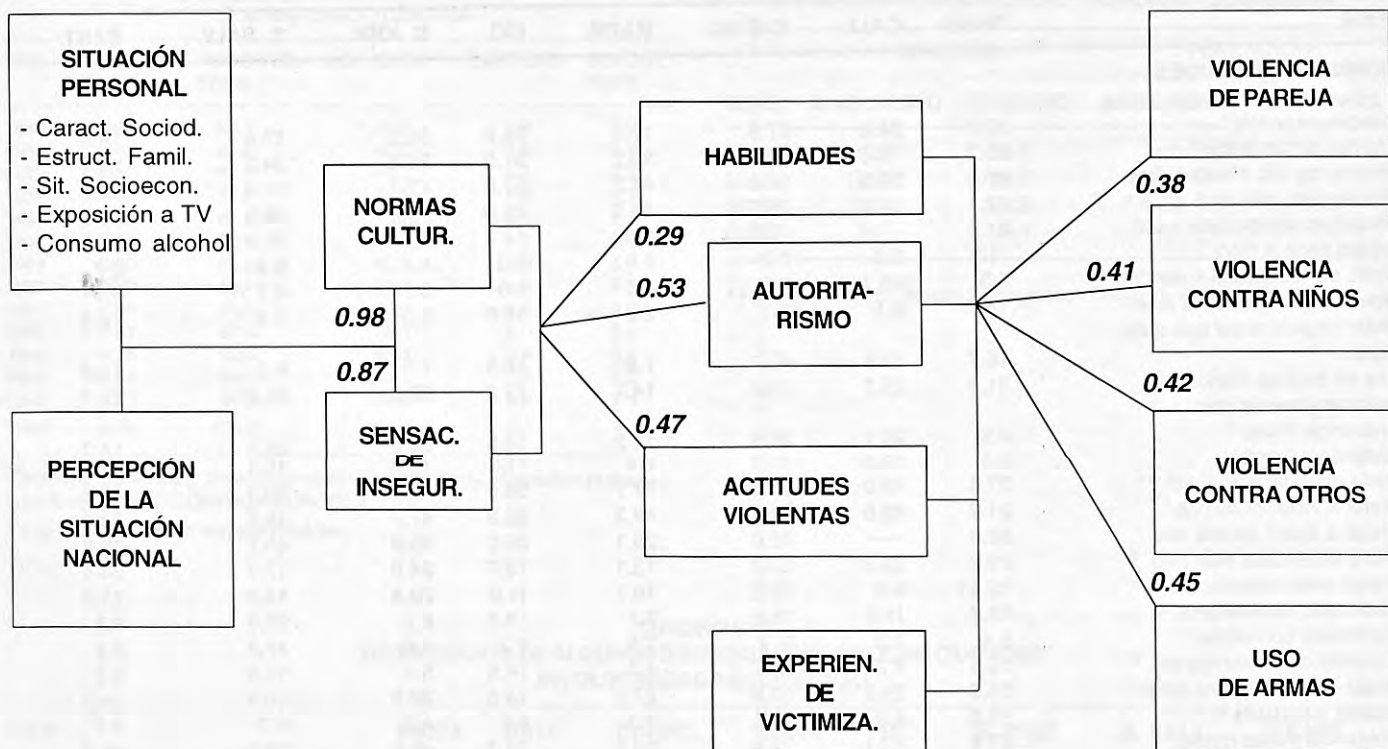
d Se incluyen aquellas respuestas correspondientes a las categorías "muy de acuerdo y algo de acuerdo".

e Se invirtió el sentido original del ítem.

f Se incluyen aquellas respuestas correspondientes a la categoría "entendería".

g Se incluyen aquellas respuestas correspondientes a las categorías "algo o muy inseguros".

FIGURA 1: ESQUEMA ASOCIATIVO



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adorno, T.: *Autoritarian Personality*. New York: W.W. Norton, 1969.

Bryant J., Zillmann D. *Media Effects, Advances in Theory and Research*. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, Publishers, 1994.

Carranza E.: *Criminalidad: su prevención o "promoción"*. San José: EUNED, 1994.

Dierckxsens W. *Los Límites de un Capitalismo sin Ciudadanía*. San José: Editorial Universidad de Costa Rica/DEI, 1997.

Dobles I., Fournier M. *Sondeo sobre Derechos Humanos y la Defensoría de los Habitantes*. San José: ICODE-RECOP-IIP- Unión Europea, 1996.

Fonseca O. *Historia Antigua de Costa Rica: Surgimiento y Caracterización de la Primera Civilización Costarricense*. San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1996.

Fournier M.; Pérez R. *Autoritarismo y Percepción de la Violencia Social: El caso de los Chapulines*. San José: IIP, 1995.

Fournier M. *Los Retos de la Psicología ante las Grandes Transformaciones Mundiales*. San José: Organización Panamericana de la Salud, Representación de Costa Rica, 1996.

Fournier M. *Violencia Juvenil*. San José: Organización Panamericana de la Salud, Representación de Costa Rica, 1996.

- Garnier L. Entre la Ilusión y la Desesperanza. San José: EDUCA, 1993.
- Ibarra E. Las Sociedades Cacicales de Costa Rica (Siglo XVI). 2ª ed., San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1996.
- Láscaris C. El Costarricense, 5ª ed., San José: EDUCA, 1985.
- Loundon D., Della Bitta A. Comportamiento del Consumidor, Conceptos y Aplicaciones, 3ª ed. México: McGraw-Hill, 1995.
- Mattelart, M.; Mattelart A. Los Medios de Comunicación de masas, 4ª ed., Caracas: El Cid, 1977.
- Pinto J. (editor) Historia General de Centroamérica. El Régimen Colonial, 2ª ed., San José: FLACSO-Programa Costa Rica, 1994.
- Proyecto Estado de la Nación. Informe Anual. San José: 1995, 1996, 1997.
- Robert, J. Televisión, ideología y socialización. El papel en la formación de la identidad personal y social del niño y la niña costarricense. Aspectos teórico-metodológicos, San José, IIP, 1994.
- Salón R. Costa Rica, Deuda Externa y Soberanía. San José. Porvenir, 1992.
- UNIMER. Encuesta de Opinión Pública sobre Cultura Política. San José: La Nación, 1995.
- UNIMER. Encuesta de Opinión Pública. San José: La Nación, 1998.



“Corredorcillo” - Aguafuerte

José Alejandro Herrera

ESTADO ACTUAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA Y COMPARACIÓN CON LOS PAÍSES DE EUROPA

Dr. Elías Carranza Lucero
Director Proyecto Sistema Penal y Derechos Humanos,
ILANUD/COMISIÓN EUROPEA

1. En un análisis diagnóstico de los sistemas de justicia penal en cualquier país del mundo, el sistema penitenciario es, sin lugar a dudas, el que presenta un cuadro de mayor gravedad, con problemas que tienen que ver con la vida, la seguridad, la salud de miles de personas, y con la violación sistemática de estos y otros derechos fundamentales, que son violados, paradójicamente, por el sistema de justicia creado, justamente, para tutelarlos.

Esto que decimos es ya moneda corriente en un continente en el que en forma continua nos enteramos, por los medios de comunicación de masa, de dramáticas explosiones de violencia penitenciaria con muertes de muchísimas personas. Al respecto, en una investigación patrocinada por el ILANUD, determinamos que las muertes por homicidio al interior de las prisiones ocurren en una relación 25 veces más alta que en la vida en libertad, y que el número de las muertes por suicidio es al menos 8 veces más alto. (Cabe hacer constar que el estudio se hizo en el sistema penitenciario considerado en ese momento como el de menor violencia en la región, de lo que se desprende que las probabilidades promedio reales de muerte por homicidio o suicidio son bastante más altas que esto). Por esta y otras razones similares, el fenómeno penitenciario, y el tema en general de los efectos criminógenos de los sistemas de justicia penal, han dado lugar a toda una sección de la criminología y de la sociología criminal destinada a la materia.

2. Pero a su vez, dentro del tema penitenciario, el subtema de los "presos sin condena" es el más alarmante, por cuanto se trata de presos que no han sido formalmente condenados, pero que están cumpliendo, **materialmente**, una condena, aunque un gran número de ellos será

posteriormente declarado inocente (sobreseídos o absueltos).

El de los presos sin condena, es el grupo de presos más numeroso en muchos países del mundo, y esto es así en la mayoría de los países de América Latina, como lo veremos en los cuadros.

Los presos sin condena están teóricamente amparados por el Principio de Culpabilidad (*nulla poena sine culpa*), que significa que la pena sólo puede fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor, por la garantía procesal del Principio de Inocencia, que significa que el estado de inocencia perdura mientras no se declare la culpabilidad. Estas y otras garantías básicas del Derecho Penal están consagradas en instrumentos internacionales, entre los cuales cabe mencionar en nuestra región la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8,¹ y están consagradas en todas las constituciones nacionales sin excepción, cuando establecen, todas con una redacción muy similar, que "nadie podrá ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho de la causa, ni sacado de sus jueces naturales..."

Sin embargo, no obstante todas estas garantías establecidas en los derechos nacional e internacional, para los presos sin condena se han invertido las etapas del proceso: durante la etapa de instrucción —en la que debe prevalecer el principio de inocencia— son privados de libertad y materialmente condenados, y en la etapa del juicio (si es que éste se realiza), son puestos en libertad porque los jueces deben dar por cumplida la condena con el tiempo transcurrido en prisión, o porque les otorgan la libertad

¹ "Toda persona inculpada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, inc. 2), primer párrafo.

condicional también por el tiempo transcurrido, o porque se les sobreesee o absuelva.

Doctrinariamente, se ha fundamentado que la prisión preventiva, cautelar o provisoria, no es una pena o una condena, sino una medida cautelar. Sin embargo, es evidente que, en lo material, es una pena, en el sentido de restricción de derechos y de infligir un dolor o castigo, y es por ello que las legislaciones establecen, en forma generalizada, que el tiempo transcurrido en prisión preventiva se computa como parte de la condena. Veamos muy rápidamente, en un primer cuadro, el panorama de los presos sin condena en los países de América Latina:²

Como puede observarse en el Cuadro I, salvo los casos excepcionales de Brasil y Costa Rica —cuyo análisis particular dejamos para más adelante—, el resto de los países de los que obtuvimos información registran porcentajes de presos sin condena todos superiores al 40%, y en algunos casos cercanos al 90%. Es evidente que, por sobre el Principio de Inocencia, prima el que podríamos llamar "principio de presunción de culpabilidad" ("ante la duda, marche preso").

Al nivel de las Naciones Unidas, en los órganos que especialmente se ocupan de la criminalidad y la justicia penal, los presos sin condena han sido siempre una preocupación permanente. Ya en 1957, cuando la Asamblea General adoptó las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos",³ este importante instrumento internacional —que mantiene notable vigencia— dedicó un capítulo especial a establecer las singulares consideraciones que corresponden a este tipo de presos (Sección D, arts. 84-93). Y posteriormente, en otros numerosos instrumentos, se regresa reiteradamente sobre el tema, para alertar a los gobiernos y a los poderes judiciales de todo el mundo que el uso de la prisión preventiva debe ser, realmente, excepcional.

El tema ha venido tratándose sin interrupciones en todos los congresos quinquenales de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, el último de ellos realizado en abril de 1995, en El Cairo.

En este cuadro, en la columna del extremo derecho se exhibe algo bien interesante y grave. Se ven en ella las cifras de presos sin condena por cada cien mil habitantes en cada país. Si comparáramos estas cifras con las tasas

Cuadro I
Total de presos, presos sin condena. Porcentajes y tasas.
Países de A. Latina con sistema penal continental europeo.

PAÍS	AÑO	TOTAL PRESOS	PRESOS SIN CONDENAF	PRESOS SIN CONDENA %	PRESOS SIN CONDENAx cien mil habitantes
Argentina sólo prov. de Bs. As.	1993	9.427	6.186	66	48
Brasil	1994	129.169	17.086	13	11
Colombia	1995	30.131	14.748	49	41
Costa Rica	1995	4.200	1.164	28	35
Chile	1993	21.311	12.675	59	92
Ecuador	1995	9.646	6.421	67	54
El Salvador	1993	5.576	4.270	77	76
Honduras	1995	8.554	7.741	90	130
Nicaragua	1995	3.470	1.502	43	33
Panamá	1995	6.108	4.842	79	182
Perú	1993	18.500	12.469	67	54
Uruguay	1995	3.192	2.728	85	86

Fuentes: Elaborado con información penitenciaria gentilmente provista por los ministerios a cargo de los sistemas penitenciarios de cada país, y datos de población de CELADE, Boletín Demográfico Año XX, #40. No se incluyen los presos en dependencias policiales, cuya cifra suele ser muy alta. A sólo título de ejemplo, las autoridades penitenciarias de la Prov. de Bs. As., al 31 de dic. 1993 estimaron que había 7.000 presos más en dependencias policiales; Nicaragua al 30 de junio de 1995 estimó 2.500.

² *Estamos dedicados a la tarea de recoger la información de todos los países de la región. Ello no es fácil, y debe hacerse, por lo demás, con una metodología que asegure la comparabilidad de los datos. En los cuadros siguientes se presentan los países que hasta el momento se ha podido reunir.*

³ *Las reglas fueron adoptadas originalmente en 1955 en Ginebra por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, luego por el Consejo Económico y Social ECOSOC en su resolución 663 CIXXIV del 31 de julio de 1957.*

penitenciarias de los países que reportan sus datos al Consejo de Europa, veríamos que muchas de estas cifras son iguales o más altas que aquéllas; es decir, nuestras tasas de presos sin condena suelen ser iguales de altas, o más altas, que las tasas globales de condenados y sin condena de dichos países. Esto tuvimos oportunidad de comprobarlo en una investigación realizada en 1981, y se verifica también en 1995.

Es evidente que estamos encerrando preventivamente en demasía, y que nuestros sistemas se orientan por el "principio de presunción de culpabilidad" y no por el de inocencia.

3. Podría ser útil observar el panorama en perspectiva, a lo largo de un mayor número de años.

En 1983, Mario Houed, Luis Paulino Mora, Raúl Zaffaroni y quien esto escribe publicamos un libro producto de la investigación antes citada, algunos de cuyos resultados vale recordar para efectos comparativos.⁴

Un hallazgo de aquella investigación fue verificar la importante incidencia del tipo de sistema penal en el fenómeno que estamos analizando. En aquel entonces, recogimos los datos de treinta países de América Latina y el Caribe, y resultó un gráfico muy interesante, como podrá verse (Gráfico 1).

El gráfico es una escalera casi perfecta, donde hay dos grupos de países claramente definidos, once de sistema anglosajón, y dieciocho de sistema continental-europeo o romanogermánico. En la parte superior de la escalera están las Islas Caimán que registran 2.18% de presos sin condena; va descendiendo la escalera, y al mismo tiempo aumentando el número de presos sin condena, hasta llegar a Guyana, que registra 37.44%.

En este lugar del gráfico se produce una cesura, una brecha de 9.96% —casi 10%— de distancia entre ambos grupos, y continúa la escalera comenzando con Costa Rica, que es el país con menor número de presos sin condena, pero que aún así —en ese año— registra 47.40%, es decir, 10% más que el país del grupo anglosajón con mayor número de estos presos. Continúa el gráfico descendiendo, y aumentando en número de presos sin condena, hasta llegar a Paraguay, con un porcentaje de 94.25%.

Como antes dijimos, la importancia de lo que se ve en forma condensada en este cuadro consiste en poner de manifiesto la incidencia del tipo de sistema de justicia penal en el fenómeno que estamos analizando. Un sistema de justicia penal escriturista y lento, sin intermediación y en el que en muchísimos casos ni el juez de instrucción ni el juez de sentencia conocen personalmente al imputado a lo largo de todo el proceso, con una etapa de instrucción inquisitiva y secreta delegada por ley o en los hechos casi por completo en la policía, producen un altísimo número de presos sin condena, además de otros múltiples fenómenos negativos vinculados.

Por su parte, un sistema de justicia penal de mayor transparencia —no escriturista sino de juicio oral y público—; contradictorio, con un mayor equilibrio entre las partes del proceso, produce un menor número de presos sin condena. Este elogio lo decimos sin que implique ocultar otras falencias del sistema, que habría que corregir; algunas de ellas no exclusivas de este o aquel sistema, sino propias de la naturaleza misma de la justicia penal.

Como en alguna medida vimos ya en el Cuadro I, y podremos ver también más adelante, creemos que algunos avances que se han hecho en la región en dirección a reducir el número de presos sin condena, tienen que ver con procesos de reformas en curso que corrigen en nuestros sistemas de justicia penal algunas de las notas negativas que lo caracterizan, que antes hemos enumerado.

4. Ahora bien, decíamos al comienzo que el fenómeno del preso sin condena es un capítulo dentro del tema más amplio del uso de la prisión en América Latina, pena que, como es sabido, es la única y que se utiliza prácticamente sin alternativas para todo tipo de delitos: Cualquiera que sea la naturaleza del delito, las leyes penales responden siempre de la misma manera, con mayor o menor cantidad de prisión, pero siempre con esta única pena (a veces añadiéndole una accesoria).

Es cierto, podría decirse, que existe también la posibilidad de la condena de ejecución condicional; pero ésta también es, en definitiva, una pena de prisión en suspenso y que existe también la pena de multa en la región en la que, por contraste con dicha pena, se verifica

⁴ "El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países, y propuestas para reducir el fenómeno", ILANUD, San José, 1983.

lo que estamos diciendo sobre la de prisión en cada uno de los países de la región.⁵

Solo muy recientemente se están introduciendo penas y otras formas de respuesta distintas a la prisión en algunos países, pero aún no pueden medirse sus resultados, y habrá que procurar evitar, por todos los medios, que ocurra también en nuestra región el llamado "efecto de ampliación de la red", que los criminólogos han verificado que ocurre en los países de América del Norte y Europa que han introducido alternativas. El efecto consiste en que los jueces, al

disponer de nuevas posibilidades de sanción a su alcance, en lugar de utilizarlas en sustitución de las penas de prisión que van a dictar, continúan dictando prisión en tales casos, y, además, en otros casos en los que posiblemente hubieran absuelto por no encontrar suficiente evidencia, condenan también, "por las dudas", a sanciones más benignas o no privativas de libertad. El resultado final es que no se reduce el número de presos, y, en cambio, hay un mayor número de condenados a diversos tipos de penas; por ello es que los criminólogos han denominado esto "efecto de ampliación de la red".

Cuadro II
Países de América Latina de sistema continental europeo.
Total de presos y tasas por cien mil habitantes. Comparación en el tiempo entre 1981-1995.

PAÍS	AÑO	PRESOS	TASA POR 100.000 HABITANTES	% DE AUMENTO SOBRE TASAS
Colombia	1985	26.680	104	
	1995	30.131	83	
Costa Rica	1981	2.407	102	22%
	1995	4.200	124	
Chile	1981	12.876	114	35%
	1993	21.311	154	
Ecuador	1981	5.709	68	19%
	1995	9.646	81	
El Salvador	1981	3.402	74	53%
	1995	6.740	113	
México	1980	58.352	83	12%
	1995	92.623	95	
Panamá	1981	2.339	117	300%
	1995	6.108	467	
Perú	1978	14.322	81	0%
	1993	18.500	81	
Rep. Domin.	1981	5.355	92	68%
	1995	12.663	160	
Uruguay	1981	1.890	64	56%
	1995	1.392	100	

FUENTES: Elaborado con información proporcionada por los ministerios a cargo de los sistemas penitenciarios de cada país, y con datos de población de CELADE, Boletín Demográfico #46. No se incluyen los presos en dependencias policiales, cuya cifra suele ser muy alta.

⁵ "La multa en los códigos penales latinoamericanos", Daniel González y Ana Garita. Depalma, Buenos Aires, 1990.

En línea con lo que venimos diciendo veamos, entonces, cuál es el panorama global sobre el uso de la prisión en los países de América Latina a través del tiempo.

En el Cuadro II hemos colocado los diez países de los que logramos —hasta diciembre de 1995— recoger información actualizada y de 15 años atrás.

En la columna de la derecha hemos colocado la variación en el tiempo. Salvo los casos de Colombia y Perú —que tienen una explicación derivada de una situación muy especial— llama la atención el generalizado saldo en ascenso que se da en las tasas de presos por cien mil habitantes.

Como antes dijimos, faltan otros países en el cuadro, de los que aún no hemos conseguido datos. Pero la tendencia observada hasta el momento indica que lo más probable es que también en ellos se observe este salto en ascenso.

En este punto hay que hacer una aclaración de la mayor importancia sobre las tasas de presos que tenemos a la vista. Estas cifras representan los presos que en cada país han ingresado bajo la responsabilidad del sistema penitenciario. Pero, en los hechos, el número total de presos es muchísimo más elevado —con oscilaciones entre países— y tendría que ser determinado con investigaciones de campo en cada caso. Existe por lo general una cifra muy alta de privados de libertad —a veces por períodos larguísimos, de años— alojados en dependencias policiales. Esto tiene diversas explicaciones, que van desde el hecho de que la policía es quien por su naturaleza interviene de primera mano generando la detención y pasa un período hasta que el preso es puesto a disposición judicial y eventualmente transferido al sistema penitenciario, hasta el hecho de que, por hacinamiento y falta de espacio en las penitenciarías, se utilizan las instalaciones físicas policiales para esa función.⁶

El número de estos presos suele ser altísimo, y si se lo computara para obtener las tasas, las que nosotros hemos exhibido se elevarían, en algunos casos, al doble. A sólo título de ejemplo digamos que en Argentina, sólo en la Provincia de Buenos Aires, al 31 de diciembre de 1993,

para una cifra de 9.427 presos alojados en el sistema penitenciario, había 7.000 presos en dependencias policiales no computados en dicho sistema; y que en Nicaragua, al 30 de junio de 1995, para una cifra de 3.470 presos en el sistema penitenciario, había en sedes policiales 2.500.

Agreguemos un dato que específicamente interesa para el tema que estamos tratando: la casi totalidad de estos presos policiales no computados por el sistema penitenciario son presos sin condena, que permanecen allí hasta que se les dicta auto formal de prisión preventiva (lo que suele demorar muchos meses, y hasta años en algunos países), o condena de prisión (lo que, lógicamente, lleva aún más tiempo).

Hechas estas aclaraciones, regresemos a los datos de que disponemos y, aún sin incluir en la cuenta esta "cifra negra" de presos, preguntémosnos: ¿Será posible que en el lapso de estos últimos años las poblaciones de América Latina se hayan vuelto tanto más malas o delincuentes? (Vemos que en el término de catorce años Costa Rica ha aumentado en un 22% sus tasas de encarcelamiento, Chile en un 35%, Ecuador en un 19%, El Salvador en un 53%, México en un 12%, Panamá en un 300%, República Dominicana en un 68% y Uruguay en un 56%).

¿O será más bien que estos datos lo que indican es que la delincuencia, su aumento y disminución, son fenómenos sociales, que no responden sino en pequeña medida a la acción del sistema de justicia penal, el que por su naturaleza actúa siempre *ex post facto* con respecto al delito?

La pregunta tiene importancia en un momento en el que hay un aumento cierto de la criminalidad, y en el que se ataca severamente a la justicia penal por ineficaz e ineficiente, partiendo de la suposición de que ésta podría controlar ese fenómeno social, y de que es la única responsable de hacerlo.

Este ataque a la justicia penal, en su versión más clásica, viene unido a la afirmación de que los jueces —o su mayoría— son benévolos, burócratas o corruptos según el caso, y al reclamo para aumentar el número de presos y

⁶ Desviando, así, importantes recursos materiales y personales de esta institución a funciones que no le son propias, y distrayéndolos, en consecuencia, de sus funciones naturales de prevención e investigación del delito.

el número de años de las penas de prisión, para aumentar los presos sin condena creando categorías de delitos inexcusables o de muy difícil excarcelación, y viene unido, por otro lado, al reclamo para aumentar el número de efectivos policiales.

Es necesario responder a estas interrogantes y tratar el tema del preso sin condena dentro de la integridad del sistema de justicia penal, para poder apuntar a soluciones verdaderamente efectivas y evitar respuestas equivocadas que contribuyan a desequilibrar aún más el sistema y hacerlo menos eficaz.

Por lo pronto, coincidimos con este tipo de críticas en que la justicia penal, como todos los ámbitos del Estado —y por qué no incluir también a la empresa privada en el análisis— debe ser motivo de permanente superación y desburocratización en procura de una mayor eficiencia, y en que deben perseguirse también, implacablemente, los casos de corrupción existentes.

Pero discrepamos cuando la crítica se formula en forma irresponsable, sin información básica sobre la realidad de la criminalidad y la justicia penal, y en procura sólo del logro de una mayor "eficacia" consistente en lograr "más de lo mismo".

Desde este punto de vista esbozaremos una respuesta a esta crítica que consideramos errada:

1) Si hubiera que evaluar (equivocadamente) a la justicia penal por el número de presos que produce —que es lo que en gran medida interesa a la llamada opinión pública, a un sector de los medios de comunicación de masa, y a un sector de la clase política— tendríamos que decir que el sistema se ha mostrado eficaz, ya que ha respondido al aumento en la criminalidad elevando notoriamente sus tasas de encarcelamiento (sobre esto, el Cuadro II).

Más aún, en muchos casos, si no se ha encerrado a más gente, ha sido porque el hacinamiento lo impide. Y no nos estamos refiriendo sólo al impedimento legal de hacinamiento a las personas establecido en los instrumentos internacionales ya citados, sino simplemente a la imposibilidad física de colocar más personas en un mismo lugar. Nos ha tocado medir personalmente, con una cinta métrica, el espacio existente por preso en algunas prisiones de la región, y hemos verificado situaciones de hacinamiento de hasta un metro diez centímetros por persona, con diez personas en el espacio previsto para una. (Esta es una de las razones concurrentes que explican en el caso de Brasil, por ejemplo, su bajísimo número de presos sin condena, pues la falta de espacio impide ejecutar

las órdenes de detención, y, consecuentemente, van quedando alojados casi exclusivamente aquéllos que han sido condenados).

En Europa y América del Norte, situaciones de hacinamiento muy inferiores a las que afrontamos en nuestra región han dado lugar a recursos judiciales en virtud de los cuales las autoridades se han visto obligadas a adoptar medidas para reducir el número de presos o a aumentar la capacidad de alojamiento. En los Países Bajos se ha encontrado la solución interesante de diferir temporalmente el cumplimiento de las penas de prisión hasta tanto se genere el espacio necesario: a medida que se van generando espacios, los condenados que están en lista de espera, ingresan al sistema. Es una solución interesante porque, —aunque sin haber tenido ese propósito expreso— se logra el efecto de responder al delito no sólo con prisión, sino también con una medida educativa.

Seguramente no pasará mucho tiempo en los países de nuestra región sin que quienes sufren este tipo de prisión inhumana de hacinamiento comiencen a recurrir también a la justicia nacional e internacional. Pienso que esto será más probable ahora, que está estableciéndose la justicia constitucional en muchos países.

2) Respecto del reclamo para aumentar el subsector policial, habría que notar que el sistema de justicia penal debe mantener un adecuado equilibrio entre sus tres componentes de policía, jueces y penitenciarios. Hay que lograr la relación adecuada funcionario/número de habitantes para cada uno de los tres subsistemas.

Conviene recordar que los tres últimos censos de Naciones Unidas sobre justicia penal determinaron que la proporción de jueces por número de habitantes es mucho más alta en los países llamados desarrollados que en los países en vía de desarrollo, y que, por contraste, la proporción de policías por habitantes es más alta en los países en vía de desarrollo. Es decir, que el sistema de justicia penal en los países desarrollados es más judicial. En los nuestros es más policial.

Hay que esmerarse, entonces, en distribuir los recursos existentes inteligentemente, para lograr la relación de penitenciarios, policías y jueces por número de habitantes adecuada, evitando desequilibrar los sistemas más de lo que ya lo están en la mayoría de los países; pues si sólo aumentáramos policías, en el mejor de los casos se podrían producir más detenciones, pero si no hay un Poder Judicial en condiciones de juzgar a los detenidos, habremos logrado sólo aumentar el número de presos sin condena.

Cuadro I.1
Total de presos, presos sin condena. Porcentajes y tasas por cien mil habitantes
Países de A. Latina con sistema continental europeo. Comparación en el tiempo entre 1981-1995.

PAÍS	AÑO	TOTAL PRESOS	PRESOS SIN CONDENAF	PRESOS SIN CONDENAF %	PRESOS SIN CONDENAX cien mil habitantes
Colombia	1981	28.680	21.107	74	77
	1995	30.131	14.748	49	41
Costa Rica	1981	2.407	1.141	47	48
	1995	4.200	1.164	28	35
Chile	1981	12.786	6.723	52	59
	1993	21.311	12.675	59	92
Ecuador	1981	5.709	3.658	64	44
	1995	9.646	6.421	67	54
El Salvador	1981	3.402	2.809	83	61
	1993	5.576	4.270	77	76
México	1980	58.352	43.316	74	61
	1995	92623	43.592	49	46
Panamá	1981	2.339	1.156	67	78
	1995	6.108	4.842	79	182
Perú	1978	14.322	10.161	71	57
	1993	18.500	12.469	67	54
Rep. Domin.	1981	5.355	4.278	80	70
	1995	12.663	11.423	90	144
Uruguay	1981	1.890	1.446	76	49
	1995	3.192	2.728	85	86

Fuentes: Elaborado con información penitenciaria gentilmente provista por los ministerios a cargo de los sistemas penitenciarios de cada país, y datos de población de CELADE, Boletín Demográfico Año XX, #40.

3. Veamos ahora, en el Cuadro I.1 cómo han evolucionado los presos sin condena a través del tiempo. (En el cuadro figuran todos los países de los que pudimos obtener los datos entre 1981 y 1995).

Detengámonos en la columna en la que se leen los porcentajes de presos sin condena sobre la población penitenciaria de cada país.

Por contraste, hay otros países que lograron avances. Es el caso de Colombia, Costa Rica, El Salvador, México y Perú. Sería interesante analizar las causas de tales progresos, y analizar también, con el aporte de expertos de diversos países, en qué medida estas experiencias positivas podrían ser transferidas. En este punto sólo nos atreveremos a enunciar seguidamente, en desorden, una serie de causas de diversa naturaleza que tienen o podrían tener incidencia en reducir el número de

presos sin condena en los países de la región. En algunos casos, nos consta que han incidido positivamente en reducir el número de estos presos; en otros, creemos que son instituciones o acciones potencialmente útiles para lograr este objetivo:

- a) el advenimiento y consolidación de gobiernos democráticos;
- b) la gran campaña que Naciones Unidas y diversas entidades gubernamentales y no gubernamentales llevaron a cabo durante los años 80 y 90, tendente específicamente a reducir el número de estos presos y a promover alternativas a la prisión preventiva y a la prisión en general, con actividades de investigación, cambios en la legislación, capacitación, publicaciones, difusión y asistencia técnica;

- c) el avance en algunos países en la sustitución del procedimiento escriturista e inquisitivo por la instauración y consolidación del juicio oral y público;
- d) la instauración de la justicia constitucional en algunos países, y el consiguiente control que estos cuerpos hacen de las garantías penales y procesales;
- e) la adopción de procedimientos o instituciones que no eran propias del sistema jurídico penal existente, como por ejemplo el abandono o el uso menos rígido en algunos casos del principio de oficialidad de la acción penal, con introducción del principio de oportunidad. Esto, logrado por medio de cambios en la legislación, o realizado en la práctica por medio de instrucciones al Ministerio Público (caso de la Prov. de Córdoba, Argentina), o por medio de la organización de labores al interior de dicho ministerio asignando los recursos para investigar y perseguir los delitos según prioridades (caso de Costa Rica);
- f) Procesamiento sin privación de libertad;
- g) cambios en materia de excarcelación o libertad provisional, haciéndola más accesible a todos los sectores sociales; así la promoción, por ejemplo, de la excarcelación juratoria o sin garantía económica;
- h) algunos mecanismos no de índole jurisdiccional sino de supervisión o control del funcionamiento concreto de los tribunales de justicia. Así, por ejemplo, en el caso de Costa Rica, la Corte Suprema de Justicia creó una Comisión de Asuntos Penales que, por medio de la Oficina de Estadísticas del Departamento de Planificación, se dedicó a controlar el número de

presos preventivos a disposición de los diversos tribunales, las fechas de vencimiento de tales prisiones preventivas y otras cosas por el estilo, y a dar recomendaciones en la materia. El resultado fue sorprendente, y creemos que ésta es una de las razones importantes que explican el gran avance que el país ha experimentado en materia de reducción del número de presos sin condena, y que es una de las soluciones concretas posibles de ser transferidas a otros países;

- i) la creación de cuerpos de policía civil en países que sólo contaban con policías dependientes de las fuerzas armadas, así como la capacitación y formación de las policías en materia de derechos fundamentales. Creemos que este es otro punto de la mayor importancia, por cuanto la policía se encuentra en la primera línea de fuego y es, justamente, la encargada de producir las detenciones. Un procedimiento policial adecuado puede evitar privaciones de libertad innecesarias y costosos y burocráticos trámites de excarcelación. En este punto, seguramente experiencias como la de El Salvador serán importantes para otros países;
- j) finalmente, la creación, en muchos países, de la institución de los Defensores del Pueblo, Comisionados de los Derechos Humanos de los Habitantes.

Sería útil, en una tarea con expertos de los distintos países, tanto de los que exhiben progresos como de los que exhiben aumento en el número de sus presos sin condena, identificar las causas que generan cada situación, para poder tener un mejor diagnóstico de conjunto, y para transmitir y aprovechar las diversas experiencias.

* * *

DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA COBERTURA DE PROCESOS JUDICIALES

*Lic. Luis Sáenz Zumbado
Abogado y Periodista*

Aunque su actividad no está legitimada por la ley, muchos periodistas realizan hoy una agitada carrera diaria por investigar, buscar y descubrir los hechos y acontecimientos que pueden, de una u otra forma, conformar los juicios penales.

Quizá como consecuencia de la competencia de mercado, que obliga a las empresas a vender más ejemplares o captar más radioescuchas o televidentes, los reporteros pretenden asumir cotidianamente un papel activo en el desarrollo de los procesos judiciales.

Muchos buscan pruebas documentales esenciales, interrogan a los testigos potenciales y formulan conclusiones en sus noticias y reportajes en una actividad que, algunos críticos y detractores, han llamado en forma peyorativa "los juicios paralelos por la prensa".

Amparados en normas constitucionales y en convenios internacionales de derechos humanos, los periodistas procuran tener un mayor acceso a los procesos penales, incluso los más insignificantes, sin importar en algunas situaciones la afectación que tuvo en el grupo social el hecho o acontecimiento investigado.

Un número importante dice entender que la cobertura de los procesos penales, en especial aquéllos en que los imputados son funcionarios públicos, reviste un particular interés para el público receptor de la información y, como consecuencia de ello, todos los días reclaman una mayor afluencia a las investigaciones que realizan los cuerpos de policía y un libre acceso a los expedientes judiciales.

La reticencia de los jueces penales a suministrar información a los periodistas y su decisión, a veces, de entorpecer las posibles filtraciones de datos, ha generado, en Costa Rica y en muchos otros países, una situación conflictiva.

Muchos jueces han sido acusados en forma directa, en informaciones y artículos de opinión, de restringir la actividad de los periodistas y de limitar el derecho del público a estar debidamente informados.

La cobertura periodística de los procesos penales es hoy, ciertamente, materia de conflicto y de desazón para los jueces y los periodistas.

Al margen en esa disputa han quedado la mayoría de veces las personas, que son el centro de los procesos penales: los imputados.

En el fondo de la disputa entre los jueces y los periodistas han privado dos concepciones opuestas sobre el papel que debe jugar la estructura social de información, si es que debe jugar alguno, en el desarrollo de los juicios penales.

Para los periodistas, su presencia es esencial para garantizar el derecho del público a estar informado, en tanto para los jueces constituye una interferencia que puede malograr la investigación judicial, influenciar el criterio y la opinión de quienes están llamados a intervenir e incluso provocar la nulidad de prueba técnica esencial, como es el caso de los reconocimientos fotográficos.

INFORMACIÓN: UN DERECHO DE TODOS

¿Son ciertas estas tesis aparentemente antagónicas sostenidas por los periodistas y los jueces?

Evidentemente la respuesta no es fácil ni sencilla.

Informar y ser informado constituye hoy un derecho fundamental de toda persona. Todos los individuos son titulares de un derecho a buscar, recolectar, indagar e investigar información, con el propósito de difundirla. También son titulares de un derecho a recibir información veraz, objetiva y apegada a los hechos y acontecimientos.

La labor de informar, en caso de que se intentara una definición, podría describirse como la actividad de transmitir a otros los hechos, acontecimientos, datos y opiniones.

De la información como derecho, en esta dualidad de buscar-difundir, que se caracteriza por ser una función activa, y la de recibir, que es esencialmente pasiva, solo

comenzó a hablarse a partir de 1948, con la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La humanidad debió esperar algunos años más para que en España y otros países occidentales se diferenciara ese derecho genérico, que corresponde a toda persona, del ejercicio profesional del derecho a la información.

Ejercer el derecho en forma genérica y ejercerlo en forma profesional constituye una diferenciación que no puede obviarse por las consecuencias jurídicas que tiene.

El ejercicio profesional del derecho a la información, entendido en términos más simples como periodismo, conlleva deberes y obligaciones especiales para quien lo ejercita en forma activa y derechos muy particulares para quien lo hace en forma pasiva.

Quien ejerce profesionalmente en forma activa el derecho, sea el periodista, tiene como único deber informar y está obligado a informar de manera veraz, precisa, apegado a los hechos y acontecimientos que describe.

Por ser un derecho humano, la información es exigible por parte del público receptor y, en razón de ello, puede utilizar todos los recursos jurídicos que un Estado haya establecido para la defensa de las garantías humanitarias.

Eso ha determinado que en muchos países, incluido Costa Rica, pocas veces se hable de este derecho y se sigan utilizando conceptos totalmente superados, propios del siglo XVIII, como son la llamada "libertad de expresión" y la "libertad de prensa" para referirse a los problemas que plantea el ejercicio del periodismo.

Existen sectores, en especial aquellos que dominan la tecnología y el capital en la estructura social de la información, que insisten en seguir denominando "prensa", que entienden la información como "una graciosa concesión de ellos" y no como un derecho humano.

La información hoy es una categoría independiente de la opinión y, por ello, no pueden confundirse. La "libertad de expresión" representó durante dos siglos el ideal de una manifestación libre del pensamiento que el individuo podía o no ejercer. La información es una categoría externa al individuo que está muy lejos de identificarse con la manifestación del pensamiento. A diferencia de la libertad, que se puede o no ejercer, el derecho es una atribución exigible.

ADECUACIÓN DE DERECHOS

En algunas épocas de su desarrollo, el periodismo fue visto como una actividad ilimitada que permitía, a quienes lo ejercían, introducirse en todo y meterse con todos.

Eran los años en que el periodismo era visto más como un instrumento de "control político", como el "cuarto poder del Estado Republicano", que como el instrumento realizador del derecho del público a estar debidamente informado.

Por ello, toda restricción impuesta por el Estado o sujetos a un periodista en su labor de búsqueda y recolección de la información era vista como una restricción a la empresa, a la llamada "libertad de prensa", pero nunca como una grave limitación al derecho del público a estar debidamente informado.

Como se entendía que la empresa y el periodista eran los protagonistas de ese fenómeno llamado "prensa", toda regulación legal era vista siempre en forma sospechosa, y allí está la historia para que corrobore esta afirmación, ya que se le vio como un grave atentado a la libertad de expresión y a la libertad de prensa.

Sin embargo, al ser definida y ejercida como un derecho humano fundamental, la información no puede ser entendida hoy como una actividad ilimitada a favor de quienes la protagonizan.

En el derecho español se desarrolló, a lo largo de la década de los setentas y parte de los ochentas, una teoría llamada de los "límites" que pretendía ver en otros derechos humanos, como la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen, verdaderos límites al ejercicio del derecho a la información.

Según esa teoría, hoy descartada por algunos, el choque entre la información y la intimidad, por ejemplo, tenía que ser resuelta a favor de la intimidad, en razón de proteger el derecho individual frente a la incursión inadmisibles de la información.

En algunas resoluciones dictadas desde 1992, la Sala Constitucional de Costa Rica ha hecho referencia a dicha teoría y ha dicho, en forma clara, que la información como derecho encuentra claros límites en la intimidad, la vida privada, el honor, la imagen y el principio de presunción de inocencia.

Varios juristas españoles, entre ellos el abogado Carlos Soria, han desarrollado una nueva teoría,

denominada de la "adecuación", según la cual no existen choques de derechos sino adecuación de derechos.

Desde la perspectiva de estos juristas, la intimidad y la vida privada no actúan como límites al derecho a la información sino a la llamada "pseudoinformación", entendida esta última como una práctica abusiva del ejercicio del derecho a informar. Desde su punto de vista, el correcto ejercicio del derecho a la información nunca puede incursionar ilegítimamente en la intimidad y la vida privada de las personas.

LA COBERTURA JUDICIAL

Los Tribunales de Justicia son tenidos en la actualidad como una importante fuente de información y, por ello, es común que las empresas periodísticas designen reporteros especializados en su cobertura.

Gran mayoría de las empresas realizan su labor al amparo del derecho del público a estar informado y a su derecho de buscar y difundir información.

Esa labor, sin embargo, está centrada en los procesos penales y es por eso, quizá, que surgen los aparentes conflictos entre los jueces y los periodistas.

¿Qué se puede informar de los procesos penales?
¿Qué se debe informar de los procesos penales? Ambas preguntas son de difícil respuesta porque, de previo, habría que preguntar y responder si es procedente informar sobre los procesos penales.

Veamos: Bajo la premisa de que es un derecho humano, la información debe convivir con otro derecho humano del cual poco se habla: el principio de presunción de inocencia, según el cual una persona debe ser tenida siempre por inocente en tanto un tribunal, en una sentencia firme, declare su culpabilidad.

En aplicación de dicho principio, algunos sectores jurídicos sostienen la tesis que la información periodística de los procesos judiciales debe ser mínima. En tal sentido, sostienen que el ordenamiento jurídico debe proteger la identidad de los imputados, su imagen y debe realizar todos los esfuerzos por evitar que su nombre sea conocido por el público.

En razón del principio de publicidad que caracteriza hoy a los procesos penales, otros sectores creen que la información periodística contribuye, en gran medida, a la labor de control y fiscalización frente a eventuales jueces arbitrarios.

En Costa Rica, en la actualidad, los periodistas pueden en forma poco más o menos libre informar de lo que sucede en la fase oral y pública del debate, en tanto que tienen restringido el acceso al expediente judicial durante la etapa de instrucción.

Pese a ello, es normal que los periodistas obtengan alguna información sobre el desarrollo de la etapa de instrucción, sea porque tienen contactos en los despachos judiciales o porque la obtienen de las partes.

Quizá la mayor limitación la encuentren en la actitud negativa de los jueces a suministrar en forma directa información. A ello ha contribuido, en gran medida, el artículo ocho de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual los jueces están impedidos de formular opiniones sobre los casos que están llamados a fallar. Muchos de esos funcionarios entienden que dicha norma les impide formular comentarios a los periodistas y, mucho menos, entregarles información.

La cobertura informativa de los periodistas, como se puede entender, no es sencilla ni fácil durante la llamada etapa de instrucción de los procesos penales. Sin embargo, la han llevado.

Pese a la existencia de una garantía que permite tener por inocente a cualquier acusado, ¿debe permitirse en Costa Rica la cobertura periodística de los procesos penales?

La respuesta de los periodistas y de las empresas es obvia.

En la acera de enfrente se encuentran quienes sostienen que la cobertura periodística debe limitarse tratándose de procesos penales para proteger el principio de presunción de inocencia, una garantía de todos los imputados que se desprende del artículo treinta y nueve de la *Constitución Política*.

En tal sentido, sostienen que la divulgación del nombre y de la imagen de un imputado, durante la etapa de instrucción, conlleva aparejada una estigmatización social que no se recupera posteriormente con la sentencia de sobreseimiento o de absolutoria.

Hasta donde se conoce, nadie se ha pronunciado a favor de impedir o prohibir la cobertura periodística de los procesos penales. Los partidarios de regularla y adecuarla van en aumento.

Esta última posición parece haber ganado un importante terreno en Costa Rica. El nuevo Código Procesal Penal, que rige a partir del primero de enero de mil

novecientos noventa y ocho, contiene varias normas específicas que regularán la labor informativa en los Tribunales Penales y el acceso de los periodistas a la información.

El juez no podrá informar ni entregar informaciones a los periodistas. En forma expresa, para no dejar dudas, el artículo nueve dice, en su párrafo segundo, que "hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en este sentido".

El artículo 295 establece el secreto de las diligencias judiciales, que en el nuevo Código reciben el nombre de "procedimiento preparatorio" en lugar de "etapa de instrucción".

Según dicha norma, "el procedimiento preparatorio no será público para terceros", lo cual excluye a los periodistas, "y las actuaciones sólo podrán ser examinadas por las partes, directamente por medio de sus representantes".

A diferencia del Código de Procedimientos Penales aún vigente, el nuevo conjunto normativo establece en el mismo artículo 295, evidentemente con el propósito de impedir que se difundan informaciones, la obligación de guardar secreto a "las partes, los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas".

Tal y como está redactada la norma, pareciera desprenderse que ni el propio imputado, frente a lo que podrían entender como una actuación arbitraria en su contra por parte de los funcionarios judiciales, podría informar de lo sucedido al periodista.

El incumplimiento de esa obligación es considerado por el Código como una "falta grave", lo cual queda sujeto a sanción.

Para la parte oral del proceso, el artículo 330 estipula que el juicio será público, pero agrega que, no obstante, el tribunal podrá acordar su realización en forma parcial o totalmente privada en cinco hipótesis: a) Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes. b) Afecte gravemente la seguridad del Estado o los intereses de la justicia. c) Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible. d) Esté previsto en una forma específica. e) Se reciba declaración a una persona y el tribunal considere inconveniente la publicidad, particularmente si se trata de delitos sexuales o declaraciones de menores.

Aunque el presidente del tribunal deberá relatar al público lo sucedido durante las gestiones realizadas, si así lo dispone la autoridad judicial, lo cierto es que el mecanismo conlleva un límite a la actividad informativa de los periodistas.

Tratándose de la actividad de cobertura, el artículo 331 autoriza a las empresas periodísticas a instalar en la sala de debates aparatos de grabación, fotografía, radiofonía, filmación u otros para la realización de su labor.

Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, no podrán grabar la voz ni la imagen del imputado, la víctima o de cualquier testigo cuando éstos expresamente lo soliciten.

La norma dice, en forma expresa, que el tribunal debe hacer respetar los derechos del imputado, de la víctima o de los testigos.

UNA REFLEXIÓN FINAL:

Frente a todas las disposiciones legales que limitan la actividad informativa, las empresas y los periodistas alegan siempre la existencia de la defensa de un interés público.

El concepto "interés público" es tenido en el derecho como "un concepto difuso", pues carece de una definición única y la ley poco se ha preocupado en precisarlo.

Ese concepto, que para algunos es sinónimo de "afectación en el grupo social", no debe confundirse con "curiosidad". Muchas veces, en su trabajo profesional, los periodistas invocan a su favor, durante una cobertura, el interés del público en la recepción de una información.

Sin embargo, debe tenerse claro que lo que a veces le interesa al público no es lo que el ordenamiento jurídico autoriza a informar.

Esta reflexión es necesaria por cuanto el principio de presunción de inocencia de los imputados es una garantía constitucional que no puede ser vulnerada injustificadamente en el ejercicio del derecho a la información.

Hay quienes sostienen que la información debe prevalecer sobre cualquier otro derecho humano cuando se está en presencia de un interés público. La afirmación es discutible pues quienes invocan el interés público deben tomar en cuenta que, en caso de conflicto judicial, el juez será el que defina si hubo o no interés público.

De forma más clara debe decirse que el periodista carece de facultades legales para declarar la existencia de un "interés público", en una información. Errores de apreciación en la aplicación de este concepto han originado sentencias penales contra periodistas en muchos países del mundo y también en Costa Rica.

Concluyo: La función de informar acerca de los procesos penales en Costa Rica está contemplada por la ley pero no es absoluta y debe adecuarse a la existencia de otro derecho humano como es el principio de presunción de inocencia.

En aplicación de este principio, los periodistas y las empresas periodísticas están obligados a adecuar su información para no presentar como culpable a quien la Constitución Política tiene por inocente.

No entender esta situación puede conllevar muchos viejos y nuevos peligros para los periodistas. La cobertura periodística de los procesos penales estará sometida a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y ocho a mayores regulaciones. El nuevo Código Procesal Penal la ha reglado.

Es de esperar que estas regulaciones atenuarán las diferencias entre los jueces y los periodistas. La existencia de dichas normas ha permitido aclarar, por lo menos en esta oportunidad, que ni los jueces, ni las partes, ni sus abogados, ni los funcionarios, podrán suministrar información a los periodistas durante el procedimiento preparatorio a la realización del debate oral y público.

Han permitido aclarar, además, que la ley ha considerado prioritario proteger el principio de presunción de inocencia, la intimidad y la vida privada frente al ejercicio del derecho a la información.



"Turno" - Aguafuerte

José Alejandro Herrera

ACEPTACIÓN DE LOS CARGOS Y DECISIÓN JURISDICCIONAL EN LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA EN MATERIA PENAL JUVENIL

*Licda. Rosaura García Aguilar
Jueza del Tribunal Penal Juvenil*

INTRODUCCIÓN

1. RECONOCIMIENTO DE LOS HECHOS Y SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA

- 1.1. Algunos de sus fundamentos.
- 1.2. Inexigibilidad en el ámbito penal juvenil.
- 1.3. Garantías y derechos del joven o adolescente.
- 1.4. Consecuencias de la actuación jurisdiccional oficiosa en su aplicación.

2. ÓRGANO COMPETENTE Y CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN

- 2.1. Rechazo de la gestión.
- 2.2. Aprobación de la suspensión.
 - 2.2.1. Los motivos de hecho y de derecho por los cuales ordenó la suspensión.
 - 2.2.2. Los datos generales del menor de edad, los hechos que se le atribuyen, la calificación legal y la posible sanción.
 - 2.2.3. Definición del lapso de prueba.
 - 2.2.4. La advertencia de que la comisión de cualquier contravención o delito, durante el período de prueba, conlleva la reanudación de los procedimientos.
 - 2.2.5. La prevención de que cualquier cambio de residencia, domicilio o lugar de trabajo deberá ser comunicado de inmediato a la autoridad correspondiente.
 - 2.2.6. La orden de orientación y supervisión decretada, así como las razones que la fundamentan.
- 2.3. Notificación de la resolución.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En la legislación formal para adultos, al tenor de lo dispuesto por el numeral 25 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), los presupuestos de procedencia de la suspensión del proceso a prueba arrancan con el planteamiento de la acusación o la identificación del hecho acusado dentro de un asunto en que el delito admita la ejecución condicional de la pena o bien éste se encuentre exclusivamente sancionado con pena no privativa de libertad. Igualmente, se exige la formulación de un plan de reparación del daño ocasionado a la víctima y el reconocimiento expreso de los cargos.

En la materia bajo examen, los requisitos identificados por la Ley de Justicia Penal Juvenil (en lo sucesivo LJPJ) para la viabilidad del instituto son la existencia de una acusación legalmente válida y para el hecho delictivo imputado, la admisibilidad del otorgamiento de la ejecución condicional de la eventual sanción, sin que se advierta por la ley de referencia la necesidad de concurrencia de algún otro requisito.

La inquietud que ha surgido al respecto es si ello obedece a una laguna legal, con lo cual tendría cabida la integración de lo omitido con la legislación procesal penal para inculcados mayores de edad, o si se debe a una particular forma de regulación de la institución para menores.

El presente trabajo se ocupa de la búsqueda de una respuesta a dicha interrogante, claro está con el único ánimo de estimular la reflexión y la discusión antes que pretender su clausura.

Aparejado al mencionado objetivo, también figura el de analizar algunos aspectos atinentes al órgano competente en la decisión de aplicabilidad del aplazamiento del proceso con sujeción a un lapso de prueba y el contenido de la resolución que para ello se ha de dictar.

1. RECONOCIMIENTO DE LOS HECHOS Y SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA

1.1. Algunos de sus fundamentos.

Cuando un encartado adulto invoca el decreto de la suspensión del proceso a prueba, como condición indispensable para el análisis de su admisibilidad, éste deberá expresar simultáneamente su libre y voluntario deseo de reconocer los hechos que se le atribuyen y someterse a la prueba fijada por el órgano.

Se podría considerar que a fin de legitimar su aplicación y por ende, compensar la implantación de las directrices de comportamiento sin declaratoria formal de responsabilidad, es que se requiere de ese reconocimiento expreso y previo de parte del directamente afectado. Asimismo, podría afirmarse que al ser el requisito clave para la instauración de la medida alterna, la disposición del inculcado de ajustarse al futuro plan de conducta que se le impondrá, en ausencia de tal voluntad la adopción de la suspensión no tendría asidero real ni efectivo.

1.2. Inexigibilidad en el ámbito penal juvenil.

Pese a tales consideraciones que sirven de sustento a la institución en examen, en sede de encartados mayores de edad, en la que nos ocupa no existe una previsión legal similar. Tampoco la hay en torno a la exigencia de un plan de reparación del daño ocasionado y aunque éste constituye una medida socioeducativa contenida en la legislación especial,¹ no se puede acudir a la misma como parte del cumplimiento de la prueba, en razón de lo dispuesto por el párrafo segundo del numeral 89 de la LJPJ, que sólo remite a las "órdenes de orientación y supervisión", enumeradas en el artículo 121, inciso b) de dicho cuerpo normativo.

En virtud de dicha falta de estipulación expresa en lo que concierne a la aceptación de los cargos podrían plantearse dos hipótesis. La primera consistente en que al

¹ *Ley de Justicia Penal Juvenil*. Número 7576, aprobada el 6 de febrero de 1996, comentada y concordada por TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. 1a. ed., San José de Costa Rica, Juritexto, 1996, art. 121, inciso a) 4.

regir la legislación procesal penal supletoriamente sería indispensable la integración normativa, mientras que la segunda atendería a la inaplicabilidad del CPP ante la especial forma de regulación del instituto en esta sede.

Se considera que la última opción es la acertada, toda vez que la suspensión del proceso aparece ligada a la posibilidad de decisión jurisdiccional sin gestión de parte y en esos casos ni siquiera media una solicitud del interesado o del Ministerio Público que deba reunir ciertas formalidades o gozar de un contenido específico, como sí ocurre para los mayores.²

Al respecto, debe tenerse claro, que ello no obedece a una omisión de la ley especial que deba ser suplida, ni a un problema interpretativo del beneficio, sino a una forma particular de tutela, por lo que la utilización supletoria de la normativa procesal de adultos resulta incompatible en este extremo.³ Obsérvese que el propio reconocimiento de actuación oficiosa en su concesión acarrea la no exigencia al beneficiario de la aceptación de los hechos imputados.

Ahora bien, el cuestionamiento que podría surgir a raíz de la falta del aludido elemento es acerca del fundamento del beneficio y la voluntariedad del menor en

el cumplimiento de las reglas de conducta. Hay quienes han estimado que la carencia de este requisito haría cuestionable la constitucionalidad de la figura.⁴

1.3. Derechos y garantías del joven o adolescente.

Propiamente en el ámbito de los derechos y garantías que le asisten al menor en relación con esa ausencia de aceptación de los cargos, merece subrayarse algunas declaraciones de la legislación.

Primero, que la LJPJ es aplicable a los menores de dieciocho años y mayores de doce⁵ y éstos se encuentran dotados de todas las garantías procesales y constitucionales que poseen los imputados mayores en un proceso penal para adultos, además de aquéllas propias por su especial condición.⁶

En segundo lugar, que la responsabilidad del menor que infringe la ley penal es igualmente penal, existiendo la necesidad de creación de una disciplina jurídica que responda a esas exigencias particulares de esta categoría etaria.⁷ Y, en tercer plano, que participando de la Doctrina de Protección Integral, los jóvenes y adolescentes son concebidos como sujetos de derechos, no como seres incompletos necesitados de tutela y protección.⁸

² En legislaciones como la brasileña tampoco se exige dicho requisito. Ver *Estatuto del Niño y del Adolescente*, Ley N° 8069, República Federativa de Brasil, del 13 de julio de 1990, art. 127, que dispone "La remisión no implica necesariamente el reconocimiento o comprobación de la responsabilidad,..."

³ Hay que tener presente que dicha disciplina jurídica goza de criterios de especialidad en relación con los sujetos y de orientación pedagógica. Asimismo, parte de una serie de principios particulares que ponen de manifiesto la independencia de la Justicia Penal Juvenil frente a la de adultos. Ver ARMILLO, SANCHO, Gilberth, *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*, 1a. ed., San José, Escuela Judicial, 1997, p. 26 a 52 y CARRANZA, Elías y MAXERA, Rita. "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina." *La niñez y la adolescencia en conflicto con la Ley Penal*. San Salvador, Editorial Hombres de Maíz, 1995, p. 63 a 82.

⁴ "La ausencia de este requisito, aunado a la obligación del juez de describir los hechos, su calificación y su posible sanción, hace cuestionable la constitucionalidad de dicho procedimiento. Por ello, somos del criterio que esa valoración previa podría constituir un "adelanto de criterio, una especie de determinación de 'culpabilidad sin juicio'." CAMPOS ZÚÑIGA, Mayra y CUBERO PÉREZ, Fernando. *La intervención del Ministerio Público en el proceso penal juvenil*. San José, Escuela del Poder Judicial, Litografía e Imprenta LIL S.A., 1997, p. 111. "Tampoco es necesaria la confesión previa para que opere la suspensión a prueba. No obstante, cuando no se cuenta con otra prueba del hecho esta acción plantea algunos problemas de constitucionalidad ya que la suspensión del proceso puede, en algunos casos, afectar derechos fundamentales del menor." ARMILLO SANCHO, op. cit., p.33.

⁵ LJPJ, op. cit., art. 2 y 6.

⁶ CARRANZA, Elías y MAXERA, Rita. "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina." *La niñez y la adolescencia en conflicto con la Ley Penal*. San Salvador, Editorial Hombres de Maíz, 1995, p. 53, LJPJ, op. cit., art. 10 al 27.

⁷ Exposición de motivos de la LJPJ, TIFFER, op. cit., p.161.

⁸ Ídem, p.150. "Todo proceso de adecuación de la legislación nacional a los principios de la Convención, deberá comenzar por incorporar los principios constitucionales que son ley suprema de la Nación." GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Derechos de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia, 1994, p. 84.

Ese contexto es el que permite la aplicación de una serie de principios que también rigen para los restantes ciudadanos, entre ellos, en lo que interesa al objeto de este estudio, el de Inocencia y el de Inviolabilidad de la Defensa.⁹ Con base en el primer postulado, el menor será considerado inocente en todas las etapas del proceso mientras no recaiga sentencia en contrario. Además, como parte del derecho de defensa que ostenta, podrá referirse a la imputación o guardar silencio, sin ser coaccionado en la toma de una u otra opción y esperar que el procedimiento al que se le somete haya sido previsto por la ley con antelación y no en función del arbitrio de la autoridad jurisdiccional.

Pues bien, en la medida en que se le otorgue al infractor la posibilidad de ser escuchado,¹⁰ de expresarse en relación con la acusación, admitiendo o negando los hechos, y de presentar las pruebas y los argumentos que estime oportunos, no se transgredirá esa presunción de inocencia, ni su derecho de defensa.

No obstante, podría estimarse que la no exigencia en esta normativa de la aceptación de los cargos por parte del transgresor, antes que procurar evitar una colisión con el derecho de no declaración en contra de sí mismo ya mencionado, pareciera buscar una medida de mayor protección al menor infractor en su condición dicha.

En ese supuesto, antes que representar esa carencia el aseguramiento de los derechos y garantías del joven o adolescente, su justificación podría radicar en una alternativa tutelar, toda vez que, sin importar si el infractor rindió declaración o se abstuvo de hacerlo, ni el contenido de sus manifestaciones —en caso de

exteriorizarlas—, partiendo de la idea que le favorecerá más que se le dé un tratamiento diferente, sujeto a la imposición de una serie de pautas de comportamiento, antes que someterlo al juicio y eventualmente hacer recaer sobre él una sanción, al juzgador se le otorga la libertad de decidir por él y recurrir a la suspensión del proceso.¹¹

1.4. Consecuencias de la actuación jurisdiccional oficiosa en su aplicación.

Se estima que la exigencia o inexigencia de aceptación de los cargos no es lo que puede provocar lesión a los derechos eventualmente comprometidos con la imposición de las normas conductuales, sino la ausencia de voluntariedad en su cumplimiento por parte del probando.

En efecto, la falta de aceptación de los cargos podría mitigarse cuando la aplicación del instituto deriva de una petición del propio inculpado o su defensa, en cuyo caso sería palpable la anuencia del primero de satisfacer las disposiciones que indique el órgano administrador de justicia como condición. En esa eventualidad, de darse también ese reconocimiento de los hechos, éste no podría surtir efectos jurídicos fuera del contexto en que se emite, sea ajeno a la gestión de la suspensión, y representaría la decisión de sometimiento del ofensor a las directrices que fije el tribunal, pudiendo ser únicamente violatoria del derecho de defensa, si esa manifestación se exteriorizara mediante coacción o violencia, es decir, desvinculada de su voluntad.

Por esa razón, el roce constitucional podría presentarse cuando se produzca el decreto oficioso de la suspensión del proceso o en atención a la solicitud del

⁹ *El de inocencia promulga la demostración de culpabilidad previa imposición de una sanción, previsto por el art. 40, inc.2.b.i. de la Convención sobre Derechos del Niño, 7, inc. 1) de las Reglas de Beijing, 8, inciso 2) de la Convención Americana de los Derechos Humanos, 39 de la Constitución Política y 15 de la LJPJ; de abstenerse de declarar, 12, inciso 1) y 40, inc. 2.b i y iv de la Convención sobre los Derechos del Niño, 39 de la Constitución Política y 17 de la LJPJ; y a la legalidad del procedimiento, art. 40, inciso 2.a. de la Convención sobre los Derechos del Niño y 13 de la LJPJ. El procedimiento debe derivar de la ley y no de la discrecionalidad del juez. CARRANZA Y MAXERA, op. cit., p.73, art. 8, inc. 2) de la Convención Americana de Derechos Humanos, 40, inciso 2) de la Convención de los Derechos del Niño. La inviolabilidad de la defensa se garantiza en el artículo 7, numeral 2, aparte g) y numeral 3 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, art. 7.1. y 15.1. de las Reglas de Beijing y 22 al 24 de la LJPJ.*

¹⁰ *Convención sobre los Derechos del Niño, op. cit., art. 12, inc. 1) y 2).*

¹¹ *"En esta materia, la doctrina es coincidente en otorgar al juez la posibilidad de suspensión de la condena y del mismo proceso en procura de una mayor benignidad en beneficio del menor de edad. Sin embargo, como contrapartida de esto, es clásico que las leyes vayan más allá, irrespetando el principio de legalidad del proceso, al otorgar a los jueces una muy amplia facultad para practicar, de acuerdo a su criterio, las diligencias procesales y los estudios y pericias que fuere menester." CARRANZA Y MAXERA, El control social sobre niños y adolescentes en América Latina, op. cit., p. 73. En cuanto a la introducción de las formas anticipadas de concluir el proceso se ha dicho que con esas opciones de que el juez y las partes disponen se pretende el no someter al joven a un proceso que le podrá provocar trastornos sociales y psicológicos, de manera que, los intereses del menor de edad devienen superiores con respecto a los intereses afectados con el ilícito. Exposición de motivos de la LJPJ, TIFFER, J., op. cit., p.167 y 168.*

Ministerio Público. Efectivamente, ¿qué pasaría si el menor no acepta los cargos porque estima que puede demostrar su inocencia y el Juez Penal Juvenil, de oficio o a gestión de la Fiscalía, ordena la suspensión del proceso? Esa actuación del órgano sí podría atentar contra el primer presupuesto de la Ley, sea el interés superior del joven o adolescente.¹² Igualmente contra el principio de Inocencia y el derecho de defensa del acusado, por cuanto pese a su reconocida capacidad de emitir juicio (negando su responsabilidad), ser oído, ofrecer pruebas y recibir eventualmente una sentencia absolutoria, el joven o adolescente debería cumplir las normas orientadas a "corregirlo y adaptarlo a la vida en comunidad", sin merecerlo, únicamente porque así lo ha dispuesto el tribunal.

En un supuesto como el planteado, prácticamente la única opción con que contaría el acusado sería negarse al cumplimiento de las pautas, lo cual redundaría en el reinicio de la causa.

Esa situación permite establecer que la oficiosidad y gestión del Ministerio Público no puede ser absoluta, ni circunscrita solamente a la valoración cautelosa del juzgador—lo cual, a su vez, podría poner en evidencia una posible lesión al principio de legalidad al proceso, en la

medida en que se le confiere a la autoridad jurisdiccional un amplio margen de actuación para decidir el procedimiento a seguir—, sino que debe tener límites, entre los cuales destacarían la no contradicción con su aplicación de gestiones diversas del transgresor y su voluntariedad de cumplimiento de las directrices.

Hay que tener claro que la sumisión del menor a un procedimiento en el que su participación activa en la labor de resocialización es el bastión, la no exigencia de su consentimiento pareciera ser un contrasentido.¹³ En otras palabras, aún y cuando no se requiriera la admisión del hecho, al menos debió preverse la aceptación al cumplimiento de la prueba. En algunos sistemas se estipula que la suspensión no se puede ordenar si el menor hace una solicitud distinta.¹⁴

Con base en lo expuesto, aunque la actuación impositiva del juzgador resultare adversa a la voluntad del joven o adolescente, ese enfrentamiento podría neutralizarse con la comunicación anticipada al infractor de la posibilidad de otorgamiento del beneficio y de las probables pautas a establecer, con el objetivo de que el último decida si presta su consentimiento para la definición de aquéllas y por ende, si es factible la suspensión del proceso. Con esa actuación, propia de la concepción

¹² Ese principio rector de nuestra LJPJ es reconocido tanto por ésta, en el art. 7 como en el numeral 3, inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño y 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739, publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 6 de febrero de 1998. En el último cuerpo normativo se dice que "Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal. La determinación del interés superior deberá considerar: a) Su condición de sujeto de derecho y responsabilidades. b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve. d) La correspondencia entre el interés individual y el social."

¹³ Precisamente esa necesidad de aceptación y voluntariedad del menor en la decisión que el juez ha de tomar, si fue detectada en la legislación que rige la materia en El Salvador, en la que, al respecto de la "remisión", se dispuso "El juez podrá examinar la posibilidad de no continuar con el proceso, cuando el delito estuviere sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo. Si el juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitir al menor a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso." **Ley del Menor Infractor de El Salvador**, del 27 de abril de 1994, incluida en: *La niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal*, op. cit., art. 37.

¹⁴ En la legislación italiana, en el artículo 28, inciso 4), del decreto N° 448 del 22 de setiembre de 1988, se establece que "No punde ser dispuesta la suspensión, si el menor acusado solicita juicio abreviado o juicio inmediato." Decreto incluido íntegramente en MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio Jose. *Manejo de Problemas Infantiles Juveniles*. 1a. ed., Colombia, Ediciones El Profesional, 1993, p. 281 a 293.

Punitivo-Garantista del Derecho Penal de Menores,¹⁵ se crearía conciencia al joven sobre la responsabilidad de sus actos, al mismo tiempo que se cumpliría con el fin resocializador de la figura.¹⁶

2. ÓRGANO COMPETENTE Y CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN

El órgano competente para resolver la admisibilidad de la suspensión del proceso bajo condición es el Juez Penal Juvenil.¹⁷ Cualquier decisión que tome debe apegarse a criterios de razonabilidad, existiendo además el deber de fundamentación.¹⁸

2.1. Rechazo de la gestión

Aunque el Ministerio Público y la defensa estén de acuerdo en la gestión, la misma no vincula al juez,¹⁹ quien

podrá denegarla, si estima que existe algún fraude, como puede suceder, por ejemplo, cuando tenga elementos de juicio que razonablemente le permitan establecer que el menor de edad está encubriendo a un tercero.²⁰

2.2. Aprobación de la suspensión

Si el juez accede a la suspensión del proceso deberá emitir pronunciamiento en cuanto a:

2.2.1. Los motivos de hecho y de derecho por los cuales ordenó la suspensión.

El análisis de los aspectos fácticos y jurídicos acerca del acogimiento de la figura permiten conocer las valoraciones del juzgador para su admisión, con indicación del hallazgo de los elementos enunciados en el numeral 132 de la LJPJ.

¹⁵ Esa concepción se adoptó luego del predominio de la doctrina de la Situación Irregular (sustentada en la sobreposición de la situación de abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes y la transgresión de las normas penales, cuando confusamente una situación "protectivo-punitiva" que promovía una calidad discriminante para el menor al considerarlo simultáneamente objeto de compasión y presión. La definición de esa situación era dejada a valoración del juez, cuya competencia era tanto de protección social como legal) y antes de la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se sustentó en el reconocimiento de los menores como seres humanos y, en consecuencia, de sus derechos como una categoría de los derechos humanos. Esta postura ha encontrado asidero en varios instrumentos internacionales además del citado, así "Las Reglas de Beijing" (reflejo de la Doctrina de Protección Integral); las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, también conocidas como "Directrices del Riad". Con base en esta doctrina se le atribuye al joven o adolescente mayor responsabilidad, al mismo tiempo que se le reconocen una serie de garantías y derechos. Ver con mayor amplitud sobre el tema Exposición de Motivos del Proyecto de LJPJ, TIFFER, *op. cit.*, p. 142 a 147 y GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Derechos de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia, 1994, p.17 a 87.

¹⁶ Ver Voto N° 08-98 del TRIBUNAL PENAL JUVENIL DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL, de las 13.00 horas del 6 de febrero de 1998. En tal resolución se dispuso que "El legislador indicó expresamente que el Juez de oficio o a solicitud de parte podrá ordenar la Suspensión del Proceso a Prueba. De allí que pretender integrar el párrafo cuarto del artículo 25 de la legislación procesal penal al numeral 89 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, para establecer un requisito que no sancionó el legislador como lo solicita la señora Fiscal Adjunta consideramos no procede. No procede porque no estamos ante un vacío en la ley, como vemos se encuentra regulada de manera expresa la forma en que el Juez Penal Juvenil puede entrar a resolver el otorgamiento de la medida alternativa al juicio oral. Aplicar analógicamente la normativa procesal más bien contraviene la Convención sobre Derechos del Niño, Ley 7184, firmada por Costa Rica, el 26 de enero de 1990, artículo 40, inciso 2), aparte b), punto IV: Que todo niño del que se alegue ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido una ley, tenga por lo menos las siguientes garantías: A NO SER OBLIGADO A...DECLARARSE CULPABLE..." Mal haríamos los suscritos en desatender la voluntad legislativa integrando a una ley especial de menores una norma de derecho penal de adultos que afecte sus derechos." En similar sentido voto 11-98 de las 10.00 horas del 6 de febrero de 1998 y 45-98 de las 10.05 horas del 24 de abril de 1998, ambos del TRIBUNAL PENAL JUVENIL.

¹⁷ Art. 29, inc. f) de la LJPJ y 111, inc. 4) de la Ley de Reorganización Judicial, San José, 1era. ed., Editec Editores, 1998.

¹⁸ *Ídem*, art. 142.

¹⁹ "En verdad no es despreciable contemplar la idea de que detrás de la suspensión del juicio a prueba puedan en el futuro disimularse negociaciones entre fiscales y defensores, proponiendo los primeros reducciones en sus pretensiones para que los imputados se sometan a reglas de conducta. Aunque esto no dejaría de ser una deformación del instituto, debe tenerse en cuenta. Mas creemos, sin embargo, que podrá corregírsela a poco que se observe que el juez no está forzado a aceptar la solicitud del imputado ni aun cuando cuente con el consentimiento del fiscal, de donde se sigue que si advierte alguna corruptela en el tratamiento de la cuestión siempre le queda reservada la posibilidad de evitarla disponiendo la prosecución del juicio..." OLAZABAL, Julio. *Suspensión del proceso a prueba*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, p. 25.

²⁰ Art. 89 LJPJ. Es apelable vía 112, inc. f) de LJPJ.

2.2.2. Los datos generales del menor de edad, los hechos que se le atribuyen, la calificación legal y la posible sanción.

La indicación de tales datos está orientada a la identificación efectiva del menor inculcado, el sustento fáctico por el que se le ha sometido al proceso, la sanción eventualmente a imponer y su calificación legal. Este último aspecto reviste gran importancia en la medida que permitirá determinar los hechos típicos en los que se asienta la aplicación del instituto, a efecto de su inclusión posterior en el sobreseimiento, una vez cumplido el período de prueba satisfactoriamente.²¹ También resultaría útil para cualquier discusión sobre los alcances del pronunciamiento recaído y la aplicación del principio de "Non bis in idem".²²

2.2.3. Definición del lapso de prueba.

El órgano competente fijará el plazo de prueba, el cual no podrá ser superior a tres años, sin que se establezca un período mínimo. La fijación de ese lapso debe valorarse en atención a las circunstancias propias del hecho, la personalidad del menor, y en fin, todos aquellos elementos que permitan establecer cuál ha de ser el tiempo requerido para que el infractor sea educado para un adecuado comportamiento social.²³

En encartados mayores ese lapso admite variación. En efecto, cuando se incumplen grave e injustificadamente las imposiciones, por disposición del tribunal, el plazo se puede ampliar hasta por dos años más, pero tal prolongación únicamente será por una vez.²⁴ Ante esas circunstancias, el juzgador dará audiencia por tres días al Ministerio Público y al imputado y luego resolverá fundadamente sobre la reanudación de la persecución penal. Asimismo, se prevé en la legislación respectiva que cuando el inculcado adulto enfrenta otro procedimiento distinto a consecuencia de otra causa penal, siempre que

estuviera en libertad no se producirá ningún efecto en cuanto al período de la prueba, pero en la eventualidad de que fuera privado de aquélla, mientras se mantenga detenido no correrá el aludido lapso.²⁵

En materia de menores no existe ninguna disposición similar. No obstante, entendidas aquellas como normas que favorecen las circunstancias de aplicación del instituto, es posible su traslado al caso particular, sobre todo al significar la ampliación del lapso de la prueba una medida menos gravosa que la revocación del procedimiento.

2.2.4. La advertencia de que la comisión de cualquier contravención o delito, durante el período de prueba, conlleva la reanudación de los procedimientos.

Con tal estipulación se pretende asegurar el apercibimiento directo al infractor, y consecuente entendimiento de éste de que la comisión de un delito o contravención durante el aludido lapso podría traducirse en la reanudación de la causa. Precisamente, la finalidad de la prueba es la separación del beneficiado de la actividad delictiva y, al tenor de tal estipulación, también de la contravencional, por lo que su intervención en un acto tipificado como uno u otro, implicaría el malogro de ese proceso educativo y en consecuencia, la necesidad de su sujeción al juzgamiento.

2.2.5. La prevención de que cualquier cambio de residencia, domicilio o lugar de trabajo deberá ser comunicado de inmediato a la autoridad correspondiente.

En procura de una localización rápida y efectiva se le hará la advertencia al ofensor de comunicar al Despacho donde se ventile la causa cualquier modificación del sitio donde debe ser ubicado.

²¹ Art. 88 LJPJ.

²² Previsto por el numeral 42 de la Constitución Política y 18 de la LJPJ.

²³ En la legislación italiana la fijación del plazo se liga al tipo de delito y de sanción, así el numeral 28, inc. 2) del Decreto N° 448 dispone que "El proceso será suspendido por un periodo no superior a tres (3) años, cuando se procede por delitos para los cuales está prevista pena de reclusión no inferior al máximo de doce (12) años; en los demás casos, por un período no superior a un (1) año. Durante dicho período queda interrumpido el tiempo de prescripción."

²⁴ Código Procesal Penal. Ley número 7594 del 10 de abril de 1996, publicado en el Alcance número 31 a La Gaceta número 106, del 4 de junio de 1996, art. 28.

²⁵ Ídem, art. 29.

2.2.6. La orden de orientación y supervisión decretada, así como las razones que la fundamentan.

El numeral 89 establece que junto con la suspensión del proceso el juez puede disponer la imposición de cualquier orden de orientación y supervisión de las que son reconocidas por la LJPJ, sea concretamente las referidas en el inciso b) del numeral 121; sin embargo, caben algunas apreciaciones al respecto.

Tales medidas no se aplican como una sanción, por cuanto no ha existido el juicio previo que determine la responsabilidad y culpabilidad del infractor, sino como parte de las directrices necesarias para regular la forma de vida del transgresor, las cuales le permitirán un mejor desenvolvimiento a futuro y al mismo tiempo su alejamiento de la actividad delictiva. Aunque la enumeración aparece incluida dentro del Primer Capítulo del Título IV de la LJPJ, referida a las "Sanciones", tal y como se indica en el artículo 121, las mismas sólo proceden una vez que el Juez Penal Juvenil ha verificado la comisión o la participación del menor de edad en un hecho delictivo, enunciado derivado del Principio de Inocencia.²⁶ Así, la eventual imposición de alguna de las citadas pautas lo será en el contexto antes mencionado, sea de una medida de conducta a cumplir voluntariamente por el infractor dentro del período de prueba, no como una conminación.²⁷

La lista de condiciones a superar por el justiciable adulto está contenida en el numeral 26 del CPP y sólo esas pueden ser las que se impongan, salvo que el imputado proponga otras reglas de conducta análogas y el tribunal las considere razonables. Es decir, desde el plano de la defensa, no se trata de una enumeración rigurosa de normas de comportamiento, por cuanto ésta podría ampliar su contenido; sin embargo, esa extensión únicamente procederá a iniciativa del inculpado, no derivada del ingenio del juzgador.²⁸ De todas formas, aquéllas ideadas por el encartado, en subsidio, o simultáneamente, con las acordadas por la ley, podrán ser aprobadas por la autoridad competente, siempre y cuando sean respetuosas de la dignidad²⁹ y la privacidad del inculpado,³⁰ amén de que guarden relación con el hecho delictivo atribuido.³¹

Las pautas de orientación y supervisión son semejantes a las enunciadas en el artículo 26 del CPP; no obstante, de las directrices para adultos se dejan de lado en la LJPJ las siguientes: "f) Prestar servicios o labores en favor del Estado o instituciones de bien público, g) Someterse a un tratamiento médico o psicológico, si es necesario, i) Someterse a la vigilancia que determine el Tribunal, j) No poseer o portar armas, y k) No conducir vehículos. De éstas, la ausencia de la primera y la tercera podría justificarse en su inclusión de alguna manera dentro

²⁶ Contenido en el artículo 39 de la Constitución Política.

²⁷ Ver en igual sentido Voto 8-98 del TRIBUNAL PENAL JUVENIL.

²⁸ En legislaciones como la Alemana la enumeración es a título de ejemplo, permitiéndose tanto al órgano jurisdiccional como al acusado la introducción de condiciones o instrucciones distintas. Pero al encontrarse unas y otras sometidas a una doble reserva (a.- la general, de compatibilidad con el derecho vigente y en particular con los principios y derechos fundamentales, y b.- la reserva individual de su exigibilidad en el caso concreto) el problema podría presentarse cuando una directriz proveniente de la inventiva del juzgador lesione un derecho fundamental, por cuanto es una imposición que no deriva de la ley y que tampoco fue consentida por el afectado. Ver REINHART MAURACH y OTROS. *Derecho Penal, Parte General 2*. Traducción de la 7ª edición alemana por JORGE BOFILL GENZSCH, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.

²⁹ "El ser humano no debe ser tratado nunca como un medio o un objeto, sino como un "fin", como "persona". Cualesquiera que sean las ventajas o desventajas que de él puedan derivar, nunca puede consentirse a su costa un tratamiento inhumano, degradante, humillante, porque el valor mismo de la persona humana impone una limitación fundamental a esa injerencia que pueda tener el Estado sobre el cuerpo y la vida del acusado...La dignidad humana se da así como límite, como barrera a cualquier injerencia del poder en el individuo y, aun cuando es de difícil definición y determinación, puede describirse o considerarse como el más profundo sentimiento que cada uno tiene de sus derechos y condiciones fundamentales para existir, por medio del cual se da el sentido de la propia identidad como sentimiento del significado como ciudadano." Voto 1428-96 de las 15.36 horas del 27 de marzo de 1996 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. A manera de ejemplo podrían enunciarse como transgresoras de la dignidad humana las medidas que restrinjan la libertad de culto o de expresión

³⁰ El artículo 11 de la Convención de Derechos Humanos establece que: "2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

³¹ Sea que estén orientadas al fin preventivo especial, no que impliquen una afectación a la vida del imputado, pero atiendan a razones de moralidad o espiritualidad, por ejemplo.

de las sanciones socioeducativas, mientras la no consideración de las dos últimas podría obedecer al carácter genérico de actividades no permitidas a los menores de 18 años, ante lo cual la declaratoria de su prohibición se estimaría intrascendente.³² Las aludidas normas de conducta consistirán en:

a) Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él.

Se exige al infractor residir en un domicilio específico, sea en un distrito, cantón o provincia determinado, lo cual significa que únicamente con una autorización de la respectiva autoridad podrá radicarse en otro sitio distinto. Esa determinación no solo podría ayudar a la prevención de conflictos con ciertas personas o familiares, o bien a lograr una mejor adaptación a su contorno social, sino también permitir su rápida y efectiva ubicación por parte de la oficina supervisora o el tribunal, en caso de ser requerido para algún asunto de importancia procesal, por ejemplo, cuando la víctima o la comunidad cuestione su respeto a las directrices impuestas y sea necesaria su intervención. También, como consecuencia de esta norma, se le podría prohibir la residencia en algún lugar particular para evitar relaciones nocivas para su proceso de resocialización.³³

b) Abandonar el trato con determinadas personas.

La prohibición al probando de relacionarse con algunas personas cuya identificación expresa corresponderá al juez, tendrá por cometido apartarlo radicalmente de relaciones que resulten perjudiciales para su proceso educativo de reinserción social.³⁴

c) Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados.

Como el propio enunciado lo hace ver, con esta directriz se busca el alejamiento del joven de sitios que, en virtud de la actividad que en ellos se realiza (consumo de drogas o de licor), constituyen una fuente de aprendizaje no apropiada para el programa en el que se ha introducido al probando. Además de la restricción a sitios que en términos genéricos representan un riesgo al comportamiento del menor, como podrían ser los bares y discotecas, igualmente se puede prohibir el acceso a centros de diversión específicos.³⁵

d) Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objeto sea enseñarle alguna profesión u oficio.

Se parte del supuesto de que un individuo con conocimientos en una actividad, arte, oficio, o profesión específica, o con una enseñanza adecuada, no sólo cuenta con mayores posibilidades de superación social y económica, sino también de comprender su papel en sociedad. De ahí, el afán de brindar estudios formales o técnicos al ofensor, quien algunas veces recurre a la actividad delictiva en ausencia de un medio honesto de manutención. Con la escolaridad primaria, al menos, el individuo está en condiciones de leer, escribir y hacer operaciones aritméticas básicas, que a ese nivel le permitirán desenvolverse mejor en el plano personal y social. El centro de enseñanza donde se han de cumplir tales tareas será establecido por el Juez Penal Juvenil, de acuerdo con el domicilio, el lugar de trabajo, las posibilidades económicas y la capacidad intelectual del imputado.³⁶

³² No obstante, cabe mencionar que, de conformidad con la **Ley de Armas**, N° 7530, del 10 de junio de 1995, art. 7, inciso b) y 23, los menores de dieciocho años están inhibidos para portar armas, salvo en caso de menores de 14 años que podrán usar armas de cacería y de tiro al blanco exclusivamente para la práctica de esos deportes y cuando lo acompañen adultos autorizados. Ver **Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres**. N° 7331, del 13 de abril de 1993, publicada en el Alcance N° 13 a La Gaceta N° 76 del 22 de abril de 1993, art. 67, inc. e) y 68. En el primer numeral se exige la mayoría para obtener licencia de conducir, salvo para las licencias clase A, tipos A-1 y A-2, que corresponden a bicimotos de 40 a 90 cc y motocicletas de 91 a 125 cc, que pueden ser conducidas por menores de 13 años y 15 años cumplidos, respectivamente, cuando cuenten con la autorización de los padres o del representante legal.

³³ En el **Proyecto de Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles**, La Gaceta N° 214 del 6 de noviembre de 1997, arts. 47 al 49, se establecen directrices para su cumplimiento, claro está en su condición de sanciones no de directrices derivadas de la aplicación de la suspensión del proceso.

³⁴ En los art. 50 y 51 del **Proyecto de Ejecución de las Sanciones** se definen las formas de ejecución y control.

³⁵ **Proyecto de Ejecución...**, *op. cit.*, art. 52 y 53.

³⁶ **Proyecto de Ejecución...**, *op. cit.*, art. 54 al 57.

e) Adquirir trabajo.

La directriz va dirigida a la necesidad de que el inculpado cuente con recursos económicos que le permitan velar por sus propios requerimientos materiales y eventualmente, los de sus dependientes, eliminando con ello la tentación de acudir a mecanismos delictivos para proveerse de dichos recursos.³⁷

f) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito.

Es obvio el efecto nocivo de las drogas en cualquier persona y la proclividad de sus dependientes al delito, por lo que en caso de existir adicción o habitualidad para su consumo o ingesta, como un paso básico dentro del proyecto de reeducación será imprescindible restringir al menor el acceso a éstas.³⁸

g) Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.

Aunque no se indica qué tipo de institución, tratamiento o programas son a los que se debe acudir, la razón de ello puede sustentarse en la necesidad de dejar a la discrecionalidad del juzgador la solución que resulte más acorde con los requerimientos del caso concreto y los planteamientos particulares que se formulen. Cabe hacer notar que este tipo de instrucción sólo será aplicable para desintoxicar al menor o para lograr su abstinencia en el

consumo de drogas o bebidas alcohólicas y aunque la Ley no dispone el lapso de duración, se parte del supuesto que cesará cuando el menor haya sido desintoxicado o se haya eliminado la adicción.³⁹ Para la introducción de una directriz de esta naturaleza, sobre todo en lo que concierne a la identificación de adicciones a sustancias psicotrópicas, será necesaria una pericia médica que así lo determine y que podría ser realizada en coordinación con el Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial.⁴⁰

2.3. Notificación de la resolución

Aunque la LJPJ no estipula cómo se verificará la comunicación de la mencionada resolución, ésta deberá hacerse personalmente al menor.⁴¹

En vista de que las instrucciones pueden importar la ejecución de un acto personal del infractor o la omisión de determinado comportamiento, así como por la importancia que reviste el cumplimiento de tales medidas y la certeza de que el notificando entienda su contenido y trascendencia, éstas deben serle notificadas directamente, asistiéndole al juzgador la obligación de cerciorarse de la efectiva comprensión de todas y cada una de las estipulaciones de la resolución de referencia.

Por ello, aunque el menor y su defensor hayan aceptado expresamente que se les notifiquen las resoluciones en el lugar señalado, por medio de carta certificada, facsímil o cualquier otro medio electrónico,⁴² en tratándose de la que comunica sobre la suspensión del proceso y las reglas por cumplir, la notificación siempre deberá realizarse personalmente.

³⁷ Proyecto de Ejecución..., *op. cit.*, art. 58 al 59.

³⁸ Proyecto de Ejecución..., *op. cit.*, art. 60 y 61.

³⁹ Proyecto de Ejecución..., *op. cit.*, art. 67. Sobre el internamiento o tratamiento ambulatorio, las formas de control y ejecución, el plan de ejecución, los derechos del menor de edad y el tratamiento en centro de desintoxicación privado ver los arts. 62 al 66.

⁴⁰ Art. 94 LJPJ.

⁴¹ CPP, *op. cit.*, art. 27, aplicado supletoriamente vía art. 9 LJPJ y 2, inc. 8) de la Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales. N° 7637, publicada en La Gaceta N° 211 del 4 de noviembre de 1996.

⁴² CPP, *op. cit.*, art. 160.

Tampoco se especifica si esa notificación se hará mediante lectura de la resolución o entrega de la copia de la misma, no obstante, en atención a la finalidad de la norma, independientemente del medio seleccionado, lo importante es la constancia de que el órgano jurisdiccional le explicó detalladamente, de forma que aquél pudiera entender⁴³ su contenido y en particular, las imposiciones y consecuencias legales del incumplimiento.

Ese tratamiento especial para la notificación lo es únicamente en relación con el beneficiario, por lo que ha de entenderse que las demás partes podrán ser notificadas por los restantes medios legalmente admitidos.

CONCLUSIONES

La introducción de la suspensión del proceso a prueba en la legislación procesal, al igual que las demás medidas alternas, constituye no solo el reflejo de una tendencia generalizada hacia la búsqueda de respuestas más participativas (tanto del inculpado como a la comunidad) al problema delictivo, sino también de carácter multidisciplinario, partiendo de la base que el hecho punible puede obedecer a razones de índole laboral, familiar, o educacional, entre otras, que llevan al victimario a su comisión.

El instituto goza de una serie de características que permiten su identificación y distinción de la suspensión que opera para encartados mayores de edad. En esta sede es viable a solicitud de parte o por decisión oficiosa, una vez que el juez haya decidido acerca de la procedencia de la acusación, sin que le sea exigible al menor la aceptación de los cargos, ni la formulación de un plan de reparación, requisitos exigidos para adultos en la legislación procesal penal.

Sin embargo, existen algunos aspectos de la regulación particular del instituto que podrían ser mejorados con la introducción de ciertas reformas a la LJPJ, en el sentido de darle un matiz distinto a la actuación oficiosa del órgano jurisdiccional, plasmada en el numeral 89 de la LJPJ, ya no relacionada con su declaratoria, sino con la identificación de las causas donde sea posible su aplicación, a fin de convocar en ellas al transgresor para hacerle dicho comunicado y requerirle su consentimiento para la satisfacción de las órdenes de

orientación y supervisión a imponer, caso contrario sería improcedente su puesta en funcionamiento.

Igualmente, la variación ocurriría al restringirse el uso de la figura en casos donde exista una negativa expresa del infractor de cumplir con las directrices, o bien una gestión diversa de la suspensión. Lo anterior con el propósito de no optar por una solución no penal al conflicto que desde su origen se avizora improductiva e impedir la eventual violación de los derechos fundamentales del acusado.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Teresa. **Principio Acusatorio y Derecho Penal**. Barcelona, Editorial Bosh, 1995.
- ARMIJO SANCHO, Gíberth. **Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil**. 1a. ed., San José, Escuela Judicial, 1997.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. **Manual de Derecho Penal. El Delito**. Editorial Aanzad, 1985.
- ARROYO, José Manuel. **El sistema penal ante el dilema de sus alternativas**. San José, Colegio de Abogados, 1995.
- ASENCIO MELLADO, José María. **Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Derecho Procesal Penal**. España, Editorial Trivium S.A., 1991.
- BACIGALUPO, Enrique. **Estudios de Derecho Penal y Política Criminal**, 1a. ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989.
- BAUMANN, Jürgen. **Conceptos Fundamentales y Principios Procesales**. Introducción sobre la base de casos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.
- BÍNDER, Alberto. **Introducción al Derecho Procesal Penal**. 1a.ed., Editorial Ad-Hoc, 1994.
- BUSSER, Roberto y otro. **El juicio con debate oral**. Código Procesal de La Nación. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1993.

⁴³ Verbalmente o por escrito, o mediante cualquier forma que dicte su capacidad de comprensión.

- CASTILLO BARRANTES, Enrique. **Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal.** Actualizada por Víctor Dobles Ovaes. San José, 2ª ed., Juritexto.
- CAFFERATA NORES, José. **Temas de Derecho Procesal Penal.** Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.
- CAFFERATA NORES, José. **La prueba en el proceso Penal.** Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.
- CAFFERATA NORES, José. **La seguridad ciudadana frente al delito y otros trabajos.** Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991.
- CAMPOS ZUÑIGA, Mayra y CUBERO PÉREZ, Fernando. **La intervención del Ministerio Público en el proceso penal juvenil.** San José, Escuela del Poder Judicial, Litografía e Imprenta LIL S.A., 1997.
- CARRANZA, Elías y MAXERA, Rita. "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina." **La niñez y la adolescencia en conflicto con la Ley Penal.** San Salvador, Editorial Hombres de Maíz, 1995.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal: estructura del proceso.** Vol. II, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **El Proceso Penal: su génesis y primeras críticas jurisdiccionales.** Vol. I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985.
- CLAUS ROXIN, GUNTHER ARZT y KLAUS TIEDEMANN, **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal.** Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1989.
- CRUZ, Fernando y GONZÁLEZ, Daniel. La función acusadora en el proceso penal. **La obligatoriedad de la acción en el Proceso Penal Costarricense.** San José, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1989.
- CRUZ, Fernando y GONZÁLEZ, Daniel. **La Sanción Penal.** Aspectos Penales y Penitenciarios. San José, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, 1990.
- CHIARA DÍAZ, Carlos y otros. **Juicio oral y procedimientos especiales en el Código Procesal de La Nación.** 1a. ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- D'CARRIO, Alejandro. **Garantías Constitucionales en el proceso penal.** Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1984.
- DANIEL HUGO, Antonio. **Actividad Jurídica de los menores de edad.** Argentina, 2a. ed., Rubinzal-Culzoni Editores, 1992.
- Diccionario El Pequeño Larousse,** 2da. ed., Ediciones Larousse S.A., 1996.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Derechos de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral.** Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia, 1994.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros. **Derecho Procesal: Proceso Penal.** Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. **El Proceso Penal Español.** 1a. ed., S.J., IJSA, 1993.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. **El Proceso Penal Alemán y Normas Básicas: introducción al proceso penal Alemán, traducción de la ley procesal alemana y de sus leyes complementarias y diccionario jurídico procesal penal (Alemán-Español).** 1a. ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1985.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. "Principios Procesales y Procedimiento Preparatorio." **Reflexiones sobre el Nuevo Código Procesal Penal.** San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal.** Madrid, Editorial Colex, 1990.
- GONZÁLEZ SOLAR, José. **Delincuencia y Derecho de Menor. Aporte para una legislación integral.** Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal,** Barcelona. Editorial Bosch, 1984.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal,** Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989.
- HOUED, Mario. "La suspensión del proceso a prueba", **Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal,** San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996.

- LEVENE, Ricardo. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Tomo II, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1993.
- LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. **Derecho Procesal Penal**, Bogotá, Editorial Temis, 1982.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **La reforma procesal penal** (Un análisis comparativo latinoamericano alemán), San José, Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia, 1993.
- MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal Argentino**. 2da. ed., Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 1989.
- MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal Argentino: fundamentos**. Tomo I, Vol. IV, Argentina, Editorial Hammurabi.
- MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal: fundamentos**. 2da. ed., Santiago, Chile, Editores del Puerto S.R.L., 1996.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. **Derecho del Menor**. 1a. ed., Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1993.
- MENDIZABAL, Oses. **Derecho de Menores. Teoría General**. Madrid, Ediciones Pirámide, 1977.
- MORENO CATENA, Víctor y otros. **Derecho Procesal. El Proceso Penal I**. Tomo II, Vol. I, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1987.
- MORAS MOM, Jorge. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA, Mercedes. **Derecho Penal, Parte General**. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993.
- NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Editorial Colex, 1990.
- OLAZABAL, Julio. **Suspensión del proceso a prueba**. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.
- OVALLE FAVELA, José. **Teoría General del Proceso**. 2da. ed., México, Harla S.A., Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1994.
- PRIETO CASTRO y otros. **Derecho Procesal Penal**. 3a. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1987.
- REINHART MAURACH y OTROS. **Derecho Penal, Parte General 2**. Traducción de la 7ª edición alemana por JORGE BOFILL GENZSCH, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.
- RÚA, Fernando de la. **Teoría General del Proceso**. Vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991.
- SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. "Aporte al Estudio del Régimen Procesal de las contravenciones en Costa Rica." **Revista de Ciencias Penales**, N° 5, marzo a junio de 1992.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto. **Derecho Procesal Penal**, 2da. ed., México D.F., Harla, 1995.
- SOLÍS QUIROGA, Héctor. **Justicia de Menores**. 1a. ed., México D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1983.
- SOSA ARDITI, Enrique. **Juicio oral en el proceso penal**. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.
- TIJERINO PACHECO, José María. "El principio de oportunidad en el Ejercicio de la Acción Penal." **Reflexiones sobre el Nuevo Código Procesal Penal**. San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1996.
- UNICEF. **Ajuste con rostro humano**. Compiladores Andrea Coria y otros, España, Vol. I, 1987.
- VINCENZI, Ofelia. **Principales disposiciones legales y reglamentarias de Costa Rica acerca de los menores de edad**. San José, Imprenta Nacional, s.f.
- VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario. **Problemática del menor en cárceles para adultos**. San José, Ministerio de Justicia y Gracia, Dirección General de Adaptación Social, 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio. **Manual de Derecho Penal, Parte General**, quinta ed., Buenos Aires, Editorial Ediar, 1987.
- OTROS:**
- Constitución Política de la República de Costa Rica**. San José, Lehmann Ediciones, 1987.
- Convención Internacional sobre Derechos del Niño**. Asamblea General de la ONU del 20 de noviembre de 1989, ratificada por la Asamblea Legislativa de Costa Rica el 18 de julio de 1990, Ley N° 7184.

- Convención Americana de Derechos Humanos**, suscrita el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, la cual entró en vigencia el 18 de julio de 1978.
- Código Civil y de Familia**. San José, Porvenir Editorial, 1985.
- Código de la Niñez y la Adolescencia**, N° 7739, en La Gaceta N° 26 del 6 de febrero de 1998.
- Código Procesal Penal**. Ley número 7594 del 10 de abril de 1996, publicado en el Alcance número 31 de La Gaceta número 106, del 4 de junio de 1996.
- Código Penal**, aprobado el 4 de mayo de 1970, 3a. ed. San José, IJSA, 1995.
- Código de Procedimientos Penales**. Anotado y comentado por Javier Lobet Rodríguez, 2da. ed., Editorial Juricentro, 1991.
- Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas**.
- Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil**, ("Directrices del Riad") Resolución 42-112 del octavo congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1990.
- Estatuto del Niño y el Adolescente**. República Federativa de Brasil. Publicada el 13 de julio de 1990.
- Ley de Armas**, N° 7530, del 10 de junio de 1995.
- Ley de Justicia Penal Juvenil**, número 7576, aprobada el 6 de febrero de 1996, comentada y concordada por TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, 1a. ed., San José de Costa Rica, Juritexto, 1996.
- Ley de Jurisdicción Constitucional**. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1991.
- Ley del Menor Infractor de El Salvador**, 27 de abril de 1994, incluida en la obra: La niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal.
- Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales**, N° 7637, publicada en La Gaceta N° 211 del 4 de noviembre de 1996.
- Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia**. Ley N° 7648, en La Gaceta N° 245, 1996.
- Ley Procesal Penal Alemana**. Texto del 7 de enero de 1975, incluida en la obra: El proceso penal Alemán de GÓMEZ COLOMER.
- Ley de Reorganización Judicial**, 1era. ed., San José, Editec Editores, 1998.
- Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres**, N° 7331, del 13 de abril de 1993, publicada en el Alcance N° 13 a La Gaceta N° 76 del 22 de abril de 1993.
- Proyecto de Reforma al Código Penal de Costa Rica**. Publicado en el Alcance N° 51 a La Gaceta N° 170, del 6 de setiembre de 1996.
- Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica**. Incluido en obra Derecho Procesal Penal Argentino, Tomo I, de MAIER.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores**. (Reglas de Beijing), séptimo congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.
- Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad**. Octavo congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1990.

ALGUNOS APUNTES SOBRE LA LEGITIMACIÓN PARA CONCILIAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Rónald Cortés Coto
Juez de Juicio

INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Penal de 1998, trae como una de sus principales novedades, el instituto de la Conciliación. Esta figura jurídica ha venido funcionando en otras ramas del Derecho, tales como la laboral y la civil, e incluso en nuestra materia cuando se trata de delitos de acción privada. En algunos casos ha funcionado con buen suceso, como en el Derecho del trabajo, en otros no tanto como es el caso de la materia penal, en la cual las partes involucradas en la querrela generalmente no logran ningún acuerdo, sin que tampoco el juez penal haya tenido una participación muy activa en esta audiencia, posiblemente por el temor que abriga a los juzgadores de que se vaya a considerar su participación, como un adelanto de criterio. La conciliación pretende con sujeción al proceso penal, ser una alternativa de solución del conflicto penal, distinta a la tradicional solución que vienen a dar las penas, especialmente de prisión, las cuales se ha demostrado que vienen sólo a agravar el conflicto y desatar una marcada violencia institucional. La institución, sin duda alguna, tiende a la solución privada del conflicto.¹ Los forjadores de estas ideas, cuyo origen se encuentra en el abolicionismo, opinan que si se diera a las personas directamente implicadas el manejo de sus conflictos, se vería aplicar con frecuencia, al lado de la reacción punitiva, otros estilos de control social; se decidirían medidas sanitarias, educativas, de asistencia material o psicológica, de reparación, etc., pues en muchos casos se ha demostrado que las víctimas tienen poco interés en sostener una acusación penal.²

El nuevo código en su artículo 36 regula en forma muy general la institución de la conciliación, dando la posibilidad a la víctima y al imputado de que lleguen a una conciliación, en las faltas y contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada, y en los delitos que admitan la suspensión condicional de la pena. La posibilidad de conciliar se establece hasta antes de la apertura a juicio, y tiene como consecuencia que una vez homologados los acuerdos, en este caso por el juez de la etapa intermedia, la acción penal se extingue.

Se trata de una institución singular que viene a romper con el principio de indisponibilidad de la acción penal, vigente en el código de 1973 para los delitos de acción pública, dado que una acción de la víctima puede evitar que la acción penal continúe, aun en contra del criterio del órgano acusador.

El presente trabajo pretende analizar el problema de la legitimación para conciliar en el nuevo código, tema que por la forma tan general en que se reguló la institución, presentará una serie de roces con algunas normas constitucionales y legales, que obligarán a la interpretación jurisprudencial a efecto de encontrar la solución más adecuada y acorde con el ordenamiento jurídico. Se intentará dar algunas posibles soluciones a los problemas de legitimación que nos parece se podrían presentar.

¹ Ver sobre el tema: ISSA EL KHOURY JACOB (HENRY). *A la armonía por la palabra: La solución negociada de conflictos penales*. San José. Corte-AID.

² Sobre el tema del abolicionismo penal ver: HULSMAN (LOUK) y BERNAT DE CELIS (JACQUELINE). *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*. Barcelona. Editorial Ariel, 1^{ra} ed., 1984.

ANTECEDENTES

El código se limita a establecer que únicamente la víctima y el imputado pueden conciliar, excluyendo de toda participación al Ministerio Público, reforzando así la participación de la víctima, a quien el actual sistema procesal penal, le había expropiado el conflicto.³ En el artículo 70 del código se define quiénes son víctimas, siendo éstas los únicos sujetos que tendrían legitimación para conciliar. Precisamente en el inciso a) de dicho artículo da el carácter de víctima al directamente ofendido con el delito.⁴ El inciso b) da ese carácter al cónyuge, conviviente con más de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido. El inciso c) a los socios y miembros en las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes las dirigen, administran o controlan. Finalmente en el inciso d), a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con ese interés. A partir de estas definiciones que da el código, es donde centraremos nuestro trabajo, reflexionando sobre algunos problemas prácticos que podrían presentarse en cuanto a la legitimación en algunos delitos de acción pública.

a. Legitimación para conciliar en delitos cuya víctima está debidamente individualizada.

Se trata de aquellos delitos en los cuales alguna persona física o jurídica es la directamente ofendida con el delito. En el caso de los delitos contra la propiedad, contra el patrimonio privado de los administrados, la integridad física, los delitos sexuales, es posible individualizar a la víctima sin problema alguno. En estos casos, será la persona directamente ofendida con el delito quien tendrá la legitimación para conciliar. Se trata de los delitos llamados microsociales, es decir, los que están en referencia a la relación entre una (o unas) y otra (u otras) persona(s), y

que configuran la red sobre la cual se asienta el sistema. Configuran las bases de existencia del mismo, y por lo tanto son el fundamento sobre el cual se erige.⁵ En estos delitos creemos que en general no existirán mayores problemas para establecer la legitimación para conciliar. Sin embargo, estimamos que cuando existe una pluralidad de ofendidos, deben hacerse algunas observaciones a efecto de no quebrantar el principio de igualdad.

a.1. Delitos cometidos en concurso ideal.

Cuando se trate de un concurso ideal de delitos, en los cuales el acusado con una sola acción lesionó intereses de varias personas, como podría ser el caso de unas lesiones culposas en que existan varias víctimas, es necesario para que se extinga la acción penal mediante la conciliación, que **todas ellas acepten conciliar con el acusado**. De lo contrario, por tratarse de un solo hecho con variedad de consecuencias, si alguna de las víctimas no desea conciliar, la acción penal debe continuar, debiendo el juez declarar extinguida la pretensión civil de las partes que conciliaron. No es posible, por tratarse de una sola acción, declarar extinguida parcialmente la acción penal, dado que podría dar lugar a una cosa juzgada. El artículo 41 de la Constitución Política garantiza a todos los ciudadanos la tutela judicial efectiva, de manera que cada ciudadano tiene el derecho a decidir si renuncia a la persecución penal, o bien si desea conciliar.

a.2. Delitos cometidos contra una persona jurídica por quienes la dirigen, administran o controlan.

Otra situación similar podría presentarse cuando se trate de delitos cometidos contra una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan. En este caso, la persona jurídica es la directamente ofendida con el delito, sin embargo, el código también le da el carácter de víctima a los socios, asociados o miembros de la agrupación ofendida, con lo cual les da la posibilidad de apersonarse al proceso en forma separada, con plena independencia de la persona jurídica afectada

3 Desde luego debe entenderse, que el Ministerio Público lo que tiene es imposibilidad de decidir si se da la conciliación, así como los términos de la misma, pero sí puede participar asesorando a la víctima, y puede realizar las observaciones pertinentes al juzgador, a efecto de controlar la legalidad del acto y objetar su homologación por razones de legalidad. Puede consultarse el Voto 707-98 de la Sala Tercera.

4 Se ha sostenido que este inciso confunde los términos ofendido directo con el delito y el de sujeto pasivo del delito, sin que se trate de términos sinónimos. Es posible ser ofendido directo sin ser sujeto pasivo. Para Rivero Sánchez, los sujetos a que hacen referencia los incisos b), c), y d) del artículo 70, son ofendidos directos, aun cuando no son sujetos pasivos del delito. RIVERO SÁNCHEZ (JUAN MARCOS). "Los sujetos de la acción civil resarcitoria". En: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. San José. Corte Suprema de Justicia, 1^a ed., 1996, pág. 382.

5 BUSTOS RAMÍREZ (JUAN). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona. Editorial Ariel, 2^a ed., 1991, pág. 224.

por el delito. Creemos que en estos casos, al representar el socio, o asociado, sólo una parte del capital social de la sociedad, su participación como víctima está muy limitada. No existirá posibilidad de que el socio concilie con el acusado, y extinga así la acción penal. Será quien ejerza la representación judicial y extrajudicial de la sociedad o asociación, el que tendrá legitimación para decidir por la persona jurídica afectada, si desea conciliar con el acusado, lo cual eventualmente y según las disposiciones contenidas en el pacto constitutivo, requerirá un acuerdo de la asamblea de accionistas o asociados. De lo contrario se estarían afectando los intereses de una persona jurídica por una decisión de una persona que no tiene facultades legales para ello y que representa sólo un porcentaje del capital social. Creemos que basta con la anuencia del representante judicial de la sociedad, y el acuerdo de la asamblea de socios. Aun y cuando alguno de los socios se opusiera a la conciliación y estuviera apersonado al proceso como víctima, al pertenecer él a la sociedad, si existe un acuerdo de mayoría de la asamblea en ese sentido, su oposición carece de sustento legal conforme a las disposiciones del Código de Comercio. Tampoco podría el socio ejercer la acción civil y demandar el cobro de los daños y perjuicios, pues existiría un serio problema de legitimación, dado que el dinero le pertenece a la persona jurídica y no a él, que sólo representa un porcentaje del capital social. Estimamos que debe interpretarse la participación del socio o asociado de la persona jurídica afectada, como limitada al derecho de ser notificado de las resoluciones que pongan fin al proceso, y de ejercer los recursos concedidos a la víctima, pues en estos casos no se está renunciando a derechos pertenecientes a otras personas.

b. Delitos contra el Patrimonio Estatal.

Resulta de particular importancia reflexionar si en los delitos contra el patrimonio del Estado, es posible la conciliación, y de ser así quién tendría la legitimación para conciliar en nombre del Estado. Pese a que consideramos que estos delitos protegen en algún modo intereses difusos, hemos querido separarlos del resto de los delitos que afectan dichos intereses, por la especial dañosidad social que ellos representan. Hoy día nadie duda que esta delincuencia lesiona fuertemente los intereses de todos los ciudadanos, pues de una u otra manera tienen efectos en la economía nacional, al aumentar la deuda interna del Estado.

Aumentan el desempleo, y hasta provocan el cierre de instituciones estatales producto de un descalabro financiero, todo lo cual hace que sea importante determinar si el Estado puede conciliar con los imputados, y provocar así la extinción de la acción penal.

Conforme al artículo 36 citado, la conciliación procede en los delitos de acción pública, cuando estos admitan la suspensión condicional de la pena, debiéndose entender entonces, que basta con que el delito tenga en su extremo menor, una pena menor o igual a tres años de prisión, para que sea posible la conciliación.⁶ De tal manera que todos los delitos contra el Patrimonio, incluyendo el de peculado, son susceptibles de suspensión condicional de la pena, en tanto tienen una pena mínima de tres años o menos de prisión.

No hay duda alguna de que cuando un funcionario público o incluso un particular comete un delito contra el patrimonio de una Institución Estatal, sea autónoma, descentralizada o sea del Gobierno Central, la víctima, si bien en principio es el Estado, el daño es sufrido por toda la colectividad, la cual viene representada por el Estado, quien es el directamente ofendido por el delito, y por ende sería quien en primera instancia tendría la legitimación para conciliar en los términos del artículo 36 del Código Procesal Penal. Conforme a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en su artículo 3 inciso a), corresponde a esta entidad **ejercer la representación del Estado en los negocios de cualquier naturaleza que se tramiten o deban tramitarse en los Tribunales de Justicia. Así mismo el inciso d) de dicha norma, estipula como atribución de la Procuraduría intervenir en las causas penales, de acuerdo con lo que al efecto disponen esta ley y el código de procedimientos penales.** El nuevo Código Procesal da la facultad a la Procuraduría para ejercer directamente la acción penal en los delitos contra la seguridad de la nación, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre, y la Hacienda Pública. Así mismo, el artículo 38 del nuevo Código Procesal establece que la Procuraduría General de la República podrá ejercer la acción civil cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos.

De las citadas normas es claro que quien tendrá legitimación para representar al Estado en una conciliación

⁶ El proyecto de Código Penal que está siendo estudiado en la Asamblea Legislativa, amplía la posibilidad de conceder la suspensión condicional de la pena hasta en los casos de penas inferiores a cinco años de prisión. HOUED VEGA (Mario). *Suspensión del Proceso a Prueba, en: Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*, San José, Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, pág. 146.

dentro de un proceso penal por delitos contra el Patrimonio del Estado, lo es la Procuraduría General de la República. El ofendido es el Estado que viene a representar a la colectividad y aun cuando el Ministerio Público sea el encargado de ejercer la acción penal, no puede considerársele ofendido en ningún proceso, por ello estimamos que es la Procuraduría quien tiene la representación de los intereses del Estado en una conciliación. Tan es así que el mismo Código Procesal le da la facultad de ejercer la acción civil cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos, y estimamos que la lesión al patrimonio estatal, definitivamente lesiona un interés difuso.⁷ La Procuraduría tiene por disposición expresa de ley, que intentar obligatoriamente el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho ilícito de un servidor público, así lo establece el artículo 5 de la Ley 6872 (Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos). Así mismo a los procuradores les está absolutamente prohibido allanarse o desistir de las demandas o reclamaciones, así como someter los juicios a la decisión de árbitros sin la previa autorización del Poder Ejecutivo.

La finalidad de estas dos normas es proteger los intereses patrimoniales del Estado, evitando que por una mala gestión judicial, o por inactividad manifiesta de la Procuraduría, los intereses públicos queden desprotegidos, pues el patrimonio del Estado, es el patrimonio de todos los ciudadanos, quienes con el pago de los tributos vienen a formarlo. Sin embargo, creemos que el artículo 36 del nuevo código, no excluye la posibilidad de que la Procuraduría en representación del Estado, pueda llegar a una conciliación con el imputado por algún delito patrimonial cometido contra sus intereses, y por ende que se extinga la acción penal. El Estado es susceptible de ser directamente ofendido con el delito, y por ende catalogarse como víctima conforme al artículo 70 del código. Si el artículo 36 no hace excepciones, no es posible distinguir donde la ley no distingue. Por otra parte, conforme al numeral 2 del nuevo código, las disposiciones que limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso deben interpretarse restrictivamente, prohibiéndose la interpretación analógica y extensiva mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento. Interpretar que la conciliación en estos delitos no es procedente, sin que el código haya hecho esta excepción,

es interpretar extensivamente la norma, limitando el ejercicio de una facultad de las partes.

Ahora bien, esa posibilidad de conciliar en estos delitos tiene limitaciones que la hacen diferente con respecto a las otras víctimas. Precisamente esa limitación consistirá en que la Procuraduría solo podrá conciliar con el imputado, cuando éste haya reparado el daño totalmente o lo haya resarcido de manera suficiente. Lo anterior se extrae, en nuestro criterio, de la imposibilidad que tiene la Procuraduría de allanarse o desistir de las demandas o reclamaciones, y la obligación de intentar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el servidor público con el hecho ilícito, limitaciones que se establecen en forma clara en la Ley Orgánica de la Procuraduría y la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, de tal forma que el juez de la etapa intermedia, no podrá jamás aprobar un acuerdo en el cual la Procuraduría en un delito contra el Patrimonio Estatal, llegue a conciliar, si no existe una reparación del daño o resarcimiento total del daño causado por el hecho ilícito. Deben incluirse dentro del daño, los perjuicios. No existe duda alguna de que si la Procuraduría concilia con el acusado sin esa reparación o resarcimiento suficiente, estaría desistiendo de parte de la demanda o reclamación, que en todo caso está obligada a hacer siempre que se lesione su patrimonio, por cuanto si llega a un acuerdo económico con el imputado para conciliar, es claro que no solo se extingue la acción penal, sino cualquier reclamación civil que se quiera intentar en otra vía, pues dicho acuerdo podría hacerse valer mediante una excepción de transacción ante la jurisdicción civil, ello implicará una renuncia a sus pretensiones. Principios constitucionales no permitirían otra conclusión, dado que el Estado está obligado a procurar el mayor bienestar de todos los habitantes (art. 50), garantizar la educación (art. 78), el trabajo, además de la creación de rentas suficientes para sufragar los gastos en salud y justicia (art. 176 y sigtes.), todo lo cual vendría en detrimento, si no se reclama la reparación integral del daño causado a los bienes de la colectividad. Por ello consideramos que en estos delitos si no se repara el daño en forma integral, o se resarce en forma suficiente, la acción penal debe continuar fortaleciendo el ejercicio de la función punitiva del Estado. No obstante ello, el numeral 30, inciso j) del nuevo código establece que si se trata de delitos patrimoniales sin grave violencia en las personas o delitos culposos, es el Ministerio Público quien debe admitir la reparación integral del daño, según lo

⁷ Sobre los delitos contra el Patrimonio Estatal como delitos que afectan intereses colectivos. Ver: BUSTOS RAMÍREZ (JUAN). *Ob. cit.*, pág. 290.

ha interpretado la Sala Constitucional en el Voto 6753-98. Existe así un conflicto de normas cuando se trata de delitos patrimoniales contra el Estado, pero que en definitiva refuerza la tesis de que la reparación del daño debe ser integral, pues principios constitucionales impiden la renuncia de pretensiones en estos casos. De tal forma que si lo planteado es una conciliación, será la Procuraduría la legitimada, si lo planteado por las partes es una reparación integral, será el Ministerio Público quien deba admitirla.

Cabe agregar que podrían presentarse casos en los cuales pese a ser el Estado el ofendido directo con el delito, también algunos particulares podrían ser directamente ofendidos. Podrían ser delitos de tal magnitud cometidos en perjuicio del patrimonio de alguna institución estatal, que provoquen su cierre. En estos casos, dado que los empleados de la institución perderían muchos derechos laborales (**estabilidad laboral, Régimen de Pensiones, beneficios**), cuantificables económicamente, estos serían ofendidos directos, y sería necesaria su anuencia para conciliar.

Otro argumento que a nuestro juicio, nos da pie para sostener que en estos delitos no es posible la conciliación, salvo cuando exista resarcimiento total de parte del acusado, es la excepción planteada por el legislador en el inciso a) del artículo 22 del nuevo Código Procesal, con respecto al principio de oportunidad, en que se prohíbe al Ministerio Público prescindir del ejercicio de la acción penal en delitos de escasa reprochabilidad o mínima contribución del autor o partícipe al hecho, **cuando lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él**. Precisamente si el Ministerio Público, órgano encargado del ejercicio de la acción penal, no puede prescindir de la acción penal, en estos casos, que son la mayoría de los casos en que sale lesionado el patrimonio del Estado, sería un contrasentido jurídico aceptar que el Estado a través de la Procuraduría sin un resarcimiento total, pueda provocar la extinción de la acción penal. Lo anterior es una garantía de que no se prestará el criterio de oportunidad para propiciar la impunidad de quienes ejercen el poder político.⁸ Con ello

se quiere proteger el interés que todos los ciudadanos tenemos en el correcto uso de los bienes públicos.

c. Legitimación para conciliar en otros delitos que protegen bienes jurídicos colectivos.

El bien jurídico cumple sin duda una función de garantía para los ciudadanos, que impide que existan tipos sin bienes jurídicos afectados.⁹ Con ello se evita la sanción de conductas que no lesionan intereses de importancia para la sociedad. Es esta la función más importante del bien jurídico. No obstante, también cumple una función interpretativa y de sistematización, clasificando los tipos en orden a los bienes jurídicos afectados. Es a partir de esta segunda función que debe establecerse quién está legitimado para efectuar una conciliación con el imputado, tratándose de delitos que afectan intereses colectivos, en los cuales la víctima no es individualizable. El artículo 70 del nuevo Código Procesal Penal, dispone en su inciso d), que se considerarán víctimas: "A las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses". Alguna doctrina distingue entre intereses colectivos y difusos, básicamente por la representatividad. Así los intereses de la colectividad se identifican con los de la nación, con los de todos los individuos que componen la colectividad nacional. Son de la más amplia concurrencia y por ende es muy difícil que pueda encontrarse o identificarse una lesión individual. Se refieren, por lo general, a la defensa del patrimonio social, bienes de utilidad pública, actividades de interés público, ambiente, patrimonio cultural o artístico. Intereses difusos son intereses de sectores diferenciados dentro de la colectividad, pero que no tienen una conciencia clara de grupo, no están organizados. Siendo los intereses colectivos (de la colectividad) y los difusos de pertenencia común a muchos, pero no de nadie en exclusividad, su defensa por parte de un individuo ha de ser necesariamente en representación del interés de todos los afectados con el acto o la omisión impugnados.¹⁰ Otros indican que no es posible distinguir entre ambos conceptos, pues el carácter plural y la

⁸ TIJERINO PACHECO (José María). *El Principio de Oportunidad*. En: *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*. San José. Costa Rica. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, pág. 97.

⁹ ZAFFARONI (EUGENIO RAÚL). *Manual de Derecho Penal*. México. Cárdenas Editores, 1^{ra} ed., 1988, pág. 414.

¹⁰ RAMÍREZ ALTAMIRANO (MARINA). *Los Intereses Difusos y la legitimación para accionar en la jurisdicción constitucional*. En: *Revista de Derecho Constitucional*. San José. Corte Suprema de Justicia. Número 1, pág. 108.

generalidad de los sujetos eventualmente conectados a los mismos, coloca los intereses colectivos y difusos en íntima conexión sin que sea fácil delimitar los contornos conceptuales de unos y otros.^{11, 12}

Dentro de este concepto de intereses, podemos ubicar delitos contra el ambiente, contra el patrimonio cultural, contra los deberes de la función pública, contra la autoridad pública, contra la seguridad de la nación, la tranquilidad pública. En estos delitos generalmente la víctima no es individualizable, no es posible afirmar que el daño lo sufrió una determinada persona física o jurídica. Es por esta razón que resulta importante reflexionar sobre quién tiene la legitimación para conciliar en estos delitos. El código establece que se consideran víctimas en estos delitos a las asociaciones, fundaciones y otros entes cuando el objeto de la agrupación se vincule directamente con estos intereses. Al tenerse como víctimas a estas agrupaciones, el código da la facultad a éstas, para participar en una eventual conciliación con el acusado, siempre y cuando demuestren que el objeto de la agrupación se vincula con el interés difuso o colectivo lesionado. Esto será frecuente en delitos contra el ambiente o el patrimonio cultural, donde existen diversas asociaciones en nuestro país que se preocupan por la defensa de esos intereses, no así en cuanto a otros intereses colectivos, como lo es la corrección en la función pública. Por lo general devienen en grupos de presión que tratan de sensibilizar a las autoridades de sus más sentidas necesidades, y por supuesto, una mejor defensa de sus intereses.¹³ No obstante, esa facultad que otorga el código a estas agrupaciones, estimamos que no tienen facultades para conciliar con el imputado en nombre de la colectividad. Los intereses colectivos o difusos son intereses que afectan a todos en general, son intereses de la ciudadanía. Como lo define Bustos Ramírez, estos bienes jurídicos son los llamados macrosociales, pues se trata de

bienes jurídicos relativos al funcionamiento del sistema, como éste implica un contacto directo entre todos sus miembros, el daño social directo es muy vasto, abarca a los sujetos en sus relaciones cotidianas y resulta cuantitativamente indeterminado y propagado.¹⁴ Por ello en estos delitos por el interés que se protege, no podría ninguna agrupación atribuirse por sí sola la potestad de decidir si concilia con el acusado y por ende dar lugar a la extinción de la acción penal. Tampoco podrían participar en el proceso como víctimas, pues ello significaría arrogarse la representación de los intereses y derechos de toda la colectividad lo cual les estaría vedado por el artículo 4 de la Constitución Política, que impide a **cualquier persona o agrupación de personas asumir la representación del pueblo, arrogarse sus derechos, o hacer peticiones a su nombre**. De tal manera que consideramos que no podrían estas asociaciones participar en el proceso en calidad de víctimas, cuando se trate de delitos contra intereses difusos o colectivos. Es nuestra opinión que la norma autorizante podría ser inconstitucional. Al no poder arrogarse la representación de esos intereses, es claro que no podrían participar en una conciliación, tampoco reclamar para sí los daños y perjuicios derivados del hecho punible. Podría argumentarse en contra de esta tesis, que estas agrupaciones participan en el proceso, no en nombre de la colectividad, sino en nombre y defensa de su propio interés individual, como afectados que también son cuando se lesiona un interés colectivo o difuso. En este caso su participación resultaría constitucionalmente válida, pero seguirían careciendo de facultades para reclamar para sí una indemnización por el daño, dado que los afectados somos todos los ciudadanos, y no un interés individual, por lo que existirían problemas de legitimación pasiva.¹⁵ La reparación del daño sí sería demandable. Tampoco podrían conciliar con el imputado en nombre de la colectividad, pues no representan la voluntad de todos los

¹¹ RIVERO SÁNCHEZ (MARCOS). *Op. cit.*, pág. 393.

¹² La Sala Constitucional parece distinguir los intereses colectivos de los difusos, indicando que los segundos gozan de una doble naturaleza ya que son a la vez colectivos —por ser comunes a una generalidad— e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter. Se trata de intereses individuales, pero a la vez diluidos en conjuntos poco más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y por ende reciben un beneficio o perjuicio, actual o potencial, poco más o menos igual para todos... (ver Voto 4423-93).

¹³ ARIAS NÚÑEZ (CARLOS) Y JIMÉNEZ VÁSQUEZ (CARLOS MARÍA). *La víctima en el proceso penal costarricense*. En: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1^{ra} ed., 1996, pág. 231.

¹⁴ BUSTOS RAMÍREZ (JUAN). *Op. cit.*, pág. 224.

¹⁵ RIVERO SÁNCHEZ (MARCOS). *Op. cit.*, pág. 395.

ciudadanos.¹⁶ Al ser los intereses colectivos, intereses que nos atañen a todos, creemos que corresponde al Estado apersonarse al proceso por medio de la Procuraduría General de la República, y sólo en caso de que sea posible la reparación del daño, y que el imputado lo repare en forma integral, cabría la posibilidad de que éste concilie con el acusado, conforme los principios señalados en cuanto a los delitos contra el patrimonio del Estado.¹⁷ El artículo 38 del nuevo Código Procesal Penal le da facultades a la Procuraduría General de la República para ejercer la acción civil cuando se trate de delitos que afecten intereses difusos o colectivos, facultad que en todo caso, ya se le otorgaba a la Ley Orgánica de la Procuraduría. Entonces, si el código le da esta facultad a la Procuraduría, es porque el legislador consideró que cuando se trate de delitos que afecten estos intereses, el Estado es el representante de la colectividad, que es la parte ofendida. Consideramos que en los delitos que afecten intereses difusos o colectivos, quien está legitimado para conciliar es únicamente el Estado (representado por la Procuraduría General de la República).¹⁸

Una situación distinta privaría cuando se trate de delitos contra el AMBIENTE, pues la propia Constitución Política en el artículo 50 establece que cualquier persona está legitimada para reclamar la reparación del daño cuando se trate de hechos que dañen el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En este caso por disponerlo así la propia Constitución, creemos

que sería factible que algunas asociaciones o fundaciones vinculadas con la defensa del ambiente y cualquier persona, puedan apersonarse al proceso como víctimas y demandar la reparación del daño ecológico causado por el delito.^{19, 20} Sin embargo, una indemnización por pertenecer a toda la colectividad, no es susceptible de apropiación de parte del particular demandante o de la Asociación, sino que tendría que pasar a manos del Estado y ser destinada para la reparación del daño. Por pertenecer esos intereses a la colectividad, si dichas agrupaciones se apersonan al proceso en los delitos ambientales y son admitidas como víctimas, serán necesarios tres requisitos para llevar a cabo una conciliación: 1) Una reparación integral del daño, cuando ella sea posible y cuantificable, o bien una indemnización suficiente que pueda ser invertida en el cuidado de los intereses dañados. 2) La anuencia de la Procuraduría General de la República. 3) La anuencia de la asociación o fundación apersonada. Estimamos que aun y cuando el artículo 50 constitucional faculta a estas agrupaciones ambientalistas a apersonarse como víctimas, no por ello tienen la representación de los intereses colectivos como para decidir por sí solas en nombre de la colectividad si se extingue la acción penal mediante la conciliación, dado que en este caso se estaría renunciando a un derecho que corresponde a todos los ciudadanos. El artículo 50 es una norma proteccionista que otorga el ejercicio de derechos en favor de la colectividad, pero no faculta a los ciudadanos a renunciar

¹⁶ Opinión contraria es la de Chaves Ramírez, quien sostiene que estas agrupaciones podrían conciliar en representación de la colectividad cuando se trate de delitos que afecten intereses colectivos. CHAVES RAMÍREZ (ALFONSO). *La conciliación*. En: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. San José. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1^{ra}. ed., 1996, pág. 184-185.

¹⁷ Algunos consideran que la conciliación no es posible cuando el hecho denunciado no tenga víctima, por referirse a actos que lesionan bienes difusos o colectivos. Ver al respecto ISSA EL KHOURY (HENRY). "Las Contravenciones". En: *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*. San José. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, 1^{ra}. ed., pág. 786.

¹⁸ El profesor Henry Issa El Khoury considera que quien debe asentir o admitir la reparación integral del daño en los delitos contra intereses colectivos o difusos a los efectos de la extinción de la acción penal, según lo establece el numeral 30 del código, lo es el Ministerio Público. Lo anterior por facultárselo el artículo 38 del mismo cuerpo legal. Consideramos que esta interpretación no se ajusta a lo estipulado por el citado artículo 38, pues allí se estipula en forma clara que es la Procuraduría quien se encuentra legitimada para interponer la acción civil resarcitoria en los delitos contra intereses colectivos o difusos, y por lo tanto, para asentir la reparación integral del daño, tanto como para conciliar, para lo cual es necesaria la misma reparación integral en estos delitos, será necesario el asentimiento de la Procuraduría. Sobre el tema ISSA EL KHOURY JACOB (HENRY). "La reparación integral del daño como causal de extinción de la acción penal". En: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. San José. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1996, 1^{ra}. ed., pág. 208.

¹⁹ Sobre este tema el Tribunal Superior de Liberia en el voto 48-97 admitió como actora civil, en un proceso penal seguido en el Juzgado Penal de Santa Cruz por la tala de un manglar, a una asociación vinculada con la defensa del ambiente. Al respecto dijo el Tribunal: "... Sin embargo lo anterior no quiere decir en modo alguno, que en la actualidad en virtud de la omisión antes enunciada en la ley procesal vigente, tales organizaciones estén excluidas del proceso, pues existe una norma de carácter superior que permite, sin más, su admisión al proceso, en este caso como parte actora civil; nos referimos al artículo 50 de la Constitución Política. Entonces a criterio de este Tribunal, la norma constitucional permite que la Asociación Justicia para la Naturaleza actúe como parte en el proceso penal reclamando el resarcimiento del daño causado por la comisión del presunto delito que se investiga". Este voto no resuelve el problema de cuál debe ser el destino que se le tendrá que dar al dinero producto de la indemnización, el cual pertenece a toda la colectividad.

²⁰ Sobre el derecho de accionar en los delitos ambientales, puede consultarse también el Voto 095-95 de la Sala Constitucional.

por los demás, a esos mismos derechos. En el caso de los delitos que protegen otros intereses colectivos solo serán necesarios los dos primeros requisitos, dado que consideramos que la participación de estas agrupaciones representando a la colectividad, resulta inconstitucional.

c.1. La reparación del daño como requisito indispensable para poder conciliar en estos delitos.

En la mayor parte de los delitos contra los intereses colectivos, existirá posibilidad de una reparación del daño causado, y si no, de una indemnización cuantificable que venga a satisfacer las necesidades que tenga la sociedad para cuidar de los intereses colectivos dañados por el delito. Piénsese en un hecho delictivo que provocó la tala ilegal de todo un bosque. Deberá exigirse como forma de reparación de ese daño, la siembra de árboles en un área similar a la dañada, a costo del delincuente, o bien una indemnización que cubra los gastos que demandaría al Estado realizar dicha labor. Tratándose de la caza de una especie animal protegida, resulta claro que no es posible devolver la vida al animal, pero sí debe exigirse al imputado una indemnización suficiente que represente el daño causado, la cual debe ser invertida en programas de protección a la fauna. Insistimos que no es posible que el juez apruebe una conciliación cuando se trate de delitos que afecten intereses colectivos, si no se da de parte del acusado, una reparación integral del daño o una indemnización suficiente cuando esta sea cuantificable. De lo contrario se violarían principios constitucionales de protección a la ciudadanía, por detrimento del patrimonio colectivo. Además, la prohibición expresa que tiene la Procuraduría en su ley orgánica, de desistir de las demandas o reclamaciones que se formulan en los tribunales. Será una obligación del juez de la etapa intermedia, conforme lo establece el artículo 36 del nuevo código, velar porque la conciliación no se dé en términos de desigualdad para una de las partes. En este caso si la colectividad está sufriendo un evidente menoscabo en su patrimonio con el acuerdo conciliatorio, no debe homologar el acuerdo. Precisamente con ese control judicial en la conciliación, se pretende evitar que esta institución se convierta en un juego de fuertes contra débiles, donde el ejercicio del poder sea la nota preponderante. El Ministerio Público como órgano encargado de promover la acción penal, deberá velar porque los acuerdos de conciliación aprobados por el juez en cuanto a estos delitos se refiere, satisfagan realmente el interés de la colectividad, y en caso de estimar que no es así, interponer los recursos respectivos.

Existen algunos delitos y contravenciones que dañan intereses colectivos, que no permiten cuantificar el daño causado, pues se trata de hechos que no tienen como

consecuencia un daño material. Tal es el caso del ejercicio ilegal de una profesión, los cohechos propio e impropio en algunos casos, el menosprecio de símbolos nacionales, nombramientos ilegales, el quebrantamiento de inhabilitación, la práctica de la brujería, la negativa a identificarse, la asociación ilícita, entre otros hechos. En estos casos resulta imposible cuantificar el daño causado para efectos de solicitar la reparación integral y poder así conciliar con el acusado, sin que resulten afectados los intereses colectivos. Se trata de intereses cuyo daño no es posible cuantificar. De ahí que la posibilidad de conciliar en estos delitos resulta dudosa. Así parece desprenderse de una interpretación del artículo 30, inciso J), que dispone que la reparación integral del daño como causa de extinción de la acción penal solo es posible en delitos culposos o de contenido patrimonial sin grave violencia en las personas, por lo que podemos presumir que el legislador estima que en tratándose de otros delitos no patrimoniales la reparación total del daño es imposible. Dado que hemos sostenido que el Estado no puede conciliar sin una reparación integral del daño, entonces en estos delitos en que no es posible esa reparación, la conciliación resulta improcedente.

c.2. El caso de algunos delitos que en "aparición afectan intereses colectivos", pero producen una lesión individual.

Otros casos que podrían presentar algunos problemas de interpretación con respecto a la legitimación para conciliar, son los de algunos delitos que se encuentran ubicados en el Código Penal dentro de secciones que agrupan delincuencias violatorias de intereses colectivos, pero que en realidad en la mayor parte de los casos afectan a una persona en particular. Es el caso de la denuncia calumniosa, la receptación, la concusión, el abuso de autoridad, la exacción ilegal y el desacato, entre otros. En estos delitos existe por lo general una persona física o jurídica que resulta ofendida directamente con el delito. Quien es acusado falsamente de haber cometido un delito, es quien sin duda alguna resulta ofendido con el hecho, quien sufre la angustia de ser sometido en forma injusta a un proceso penal. Así mismo quien realiza una disposición patrimonial obligado indebidamente por un funcionario público que abusa de su calidad o de sus funciones, es el directamente afectado con el hecho, aun y cuando el delito esté ubicado en el título XV del Código Penal, que contiene los delitos contra los deberes de la función pública. En estos casos deberá interpretarse la norma para conocer cuál es el objeto de protección de la disposición legal y determinar así quién realmente es el ofendido, si la colectividad o el directamente afectado. Creemos que en los casos en que exista una persona directamente ofendida con el delito,

será ella a quien debe considerarse víctima y por ende quien tiene la legitimación para conciliar. Así se desprende del numeral 70 del código que establece claramente que se considera víctima al directamente ofendido con el delito. De hecho en la práctica judicial los tribunales han admitido a los afectados directos con estos delitos, como actores civiles, precisamente por considerarlos ofendidos. No hay duda de que todos los delitos inciden de una u otra forma en el desarrollo de la sociedad, pero en tanto exista una lesión individual, será el afectado quien tendrá el interés y la legitimación para decidir si concilia con el acusado, y extingue así la acción penal. La razón que justifica el acceso de los ciudadanos a la justicia para la protección de los intereses colectivos, no es otra que el hecho de que cuando se afectan esos intereses no existe una víctima debidamente individualizable que venga a demandar la protección o la reparación del daño causado. Por eso cuando exista un daño sobre un interés particular, ya no hay un interés colectivo, sino el interés del directamente afectado con el hecho delictivo, quien deberá decidir a la luz de la nueva normativa, si desea evitar que la acción penal continúe.

CONCLUSIONES

La conciliación representa una nueva alternativa de solución del conflicto penal, que le da una participación activa a la víctima, la cual puede decidir en algunos delitos, si desea que la acción penal continúe. Dada la trascendencia de la institución, debe estudiarse con sumo cuidado por parte de los jueces, quienes son las personas legitimadas para llevar a cabo una decisión de tal magnitud. Existen algunos límites para conciliar en algunos delitos. Estos límites están dados por leyes especiales y principios constitucionales, que vienen a limitar la legitimación dada por los artículos 36 y 70 del nuevo Código Procesal. Todo ello deberá ser valorado e interpretado por los operadores del Derecho Penal, a efecto de no dejar desprotegidas a las víctimas y en general a la colectividad, pues se trata de un obstáculo legal que impedirá la prosecución de la acción penal por parte del Estado. El principio rector debe ser la satisfacción por igual de todos los intereses en conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS NÚÑEZ (CARLOS) y JIMÉNEZ VÁSQUEZ (CARLOS). **La Víctima en el proceso penal costarricense. En: Reflexiones sobre el nuevo**

proceso penal. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José. 1996.

BUSTOS RAMÍREZ (JUAN). **Manual de Derecho Penal. Parte Especial.** Ariel. Barcelona, 2^{da} ed., 1991.

CHAVES RAMÍREZ (ALFONSO). **La Conciliación. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.** Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, 1996.

HOUED VEGA (MARIO). **La suspensión del proceso a prueba. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.** Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, 1996.

HULSMAN (LOUK) Y BERNAT DE CELIS (JACKELINE). **Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa.** Barcelona. Editorial Ariel, 1^{ra} ed., 1984.

ISSA EL KHOURY JACOB (HENRY). **Procedimiento para juzgar las contravenciones. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.** Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, 1996.

ISSA EL KHOURY JACOB (HENRY). **A la armonía por la palabra: Solución negociada de conflictos penales.** Corte-AID. San José.

ISSA EL KHOURY JACOB (HENRY). **La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.** Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, 1996.

RAMÍREZ ALTAMIRANO (MARINA). **Los intereses difusos o colectivos. En: Revista de Derecho Constitucional.** Corte Suprema de Justicia. San José, enero-abril 1991, número 1.

RIVERO SÁNCHEZ (JUAN MARCOS). **Los sujetos de la acción civil resarcitoria. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.** Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, 1996.

TIJERINO PACHECO (JOSÉ MARÍA). **El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.** Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, 1996.

JURISPRUDENCIA PENAL RECIENTE

Cecilia Sánchez Romero
Directora del Centro Electrónico
de Información Jurisprudencial

CONTENIDO

RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

A. DERECHO PENAL

1. **ABUSOS DESHONESTOS** - Consideraciones sobre condición de guardador y custodia de la agraviada.
2. **AGENTE ENCUBIERTO** - Naturaleza de la técnica de investigación y condiciones de validez de su consideración probatoria.
3. **APLICACIÓN DE LEY PENAL MÁS FAVORABLE** - La reforma que introduzca la nueva ley no implica una modificación automática de la pena.
4. **AUTOCALUMNIA** - Declaración sobre hecho propio rechazando responsabilidad penal excluye configuración del ilícito.
5. **CANCELACIÓN DE LICENCIA** - Aplicación de normas del Código Penal por ser especiales en relación con normas genéricas de Ley de Tránsito.
6. **CASO FORTUITO** - Imposibilidad de prever obstáculo en autopista.
7. **CONCURSO IDEAL ENTRE ROBO AGRAVADO Y HOMICIDIO CALIFICADO** - Muerte del ofendido para consumir apoderamiento ilegítimo.
8. **CORRUPCIÓN AGRAVADA** - Consideraciones sobre el elemento subjetivo del tipo y su diferencia con abusos deshonestos.
9. **DELITO CONTINUADO** - La finalidad es el elemento que permite distinguirlo del concurso real.
10. **FALSEDAD IDEOLÓGICA** - Inserción de datos falsos en parte de tránsito.
11. **FALSO TESTIMONIO** - Inexistencia en declaración sobre hechos propios - Prevalencia de la condición de testigo cuando también se ha declarado como imputado.

12. **PARRICIDIO** - Incomunicabilidad de la circunstancia del parentesco.
13. **RESPONSABILIDAD CIVIL** - Tutela del tercero de buena fe no puede prevalecer sobre derechos de víctima despojada fraudulentamente de sus bienes.
14. **RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA** - Vehículo que transporta tucas de madera el día de los hechos.
15. **ROBO AGRAVADO** - Desapoderamiento de una parte de lo sustraído por huida de coautores consuma el ilícito.
16. **TENTATIVA DE EXTORSIÓN** - Operativo policial que impidió consumación - Diferencia con el delito de amenazas agravadas.
17. **TENTATIVA DE HOMICIDIO EN CONCURSO IDEAL CON TENTATIVA DE ABORTO** - Inexistencia de desistimiento.
18. **TENTATIVA DE HURTO AGRAVADO** - Uso de llave falsa - Hechos anteriores que reflejan propósito de apoderamiento de bienes.
19. **TRÁFICO DE DROGAS** - Pacto de compra que no se llevó a cabo por intervención policial constituye acto preparatorio impune.
20. **VIOLACIÓN** - Determinación de las circunstancias de tiempo no puede convertirse en impunidad.
21. **VIOLACIÓN DE DOMICILIO Y LESIONES GRAVES** - Concurso aparente de normas.
22. **VIOLACIÓN DE DOMICILIO Y VIOLACIÓN** - Existencia de concurso ideal - Cambio jurisprudencial.

B. DERECHO PROCESAL PENAL

23. **ALLANAMIENTO** - Orden innecesaria por tratarse de cabaña abandonada usada como guarida temporal.

24. **APLICACIÓN DE LEY PENAL MÁS FAVORABLE** - Procedimiento de revisión es vía idónea para reclamarla.
25. **CONCILIACIÓN** - Necesaria intervención del Ministerio Público.
26. **CONCILIACIÓN** - Nulidad por obviar análisis sobre parentesco entre imputado y ofendido que impedía conciliar.
27. **CONCILIACIÓN** - Obligatoria participación de todos los interesados - Necesaria claridad de los acuerdos conciliatorios.
28. **COSTAS PERSONALES** - Exoneración procede solo en casos excepcionales.
29. **EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA** - Determinación de los casos en que procede.
30. **INJURIAS Y DIFAMACIÓN POR LA PRENSA** - Competencia - Violación del principio de juez natural.
31. **NULIDAD DE SENTENCIA** - Notificación integral del fallo tres semanas después de lo debido.
32. **PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN** - Posibilidad de valorar en casación el análisis de prueba no vulnera este principio.
33. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO** - Consideraciones.
34. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO** - Consideraciones respecto de la fijación de la pena y levantamiento del acta de la audiencia.
35. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO** - Consideraciones sobre fijación de pena.
36. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO** - El órgano jurisdiccional es quien define la norma sustantiva aplicable - Forma de resolver convenio ilegal sobre prueba.
37. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO** - Imprecisión del acuerdo y falta de concreción de pena a imponer provoca nulidad.
38. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO** - Negativa del M.P. en aceptarlo no resulta controlable por el órgano jurisdiccional, salvo casos excepcionales.
39. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO** - No existe razón para entender que la calificación de la conducta dada en la acusación sea definitiva y obligatoria para los jueces.
40. **PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN** - Consideraciones sobre admisibilidad.
41. **PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN** - Existencia de dos sentencias inconciliables desde el punto de vista jurídico.
42. **PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN** - Improcedencia contra denegatoria de libertad condicional.
43. **PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN** - Improcedencia contra resoluciones de juzgados contravencionales.
44. **PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN** - Retracción de ofendida que no logra desnaturalizar cuadro fáctico acreditado en el fallo.
45. **RECURSO DE CASACIÓN** - Falta de legitimidad de actor civil para recurrir por monto de la pena.
46. **REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO** - Consideraciones sobre el término "grave violencia sobre las personas".
47. **REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO** - Improcedencia por uso de arma de fuego como amenaza para el despojo.
48. **TESTIGOS** - Declaración sobre hechos propios en causa relacionada con otra anterior en que fueron imputados.

A. DERECHO PENAL

1. **ABUSOS DESHONESTOS - Consideraciones sobre condición de guardador y custodia de la agraviada.**

"Como único reproche por vicios in iudicando se reclama la inobservancia de las normas de fondo antes citadas, por cuanto "... en el presente caso, la guardia y custodia de la ofendida correspondía a su madre, no al imputado, pues la ofendida es hija extramatrimonial y el acriminado únicamente es su padrastro ..." (folio 114 vuelto, líneas 3 a 6). El motivo debe rechazarse. No obstante los alegatos de la defensa, esta Sala no advierte la concurrencia de ninguno de los defectos de fondo que, tanto en este apartado como en el anterior, se reclaman. El recurrente alega que el tipo penal previsto por el artículo 161, en relación

con el numeral 158, ambos del Código Penal, cuando hace referencia a "guarda o custodia", exige una declaratoria judicial que establezca o constituya formalmente dicha relación, cuando en realidad esto no es acertado. Al respecto esta Sala ha señalado de manera reiterada lo siguiente: "... Al deducir el reclamo (la defensora) señala que el imputado no es el encargado de la educación, guarda o custodia de la menor ofendida, en los términos previstos por el número 158 del citado cuerpo legal, por lo que hay una errónea aplicación de la ley sustantiva. Indica que el encartado ... era el compañero de convivencia de la madre de la menor ofendida, de manera que no tenía los atributos de la patria potestad establecidos por el artículo 142 del Código de Familia ... De los hechos

anteriores deben destacarse algunos aspectos importantes, como que el imputado convivía con la madre de la ofendida y habitaban todos bajo el mismo techo. Al respecto cabe señalar que la relación adulto-menor, en que el primero ejerce sobre el segundo alguna forma de autoridad y correlativamente existe subordinación, respeto o reverencia, ya sea temporal o permanente, a que se refiere la agravante prevista en el artículo 158 del Código Penal, es suficiente para constituir la figura del guardador o encargado de la custodia del menor, sin que sea necesario que el adulto ejerza la patria potestad o represente legalmente al menor. Sobre ello ha dicho esta Sala: «... la situación de un adulto con respecto a un menor que —como en el caso de autos— viven aunque sea temporalmente bajo el mismo techo donde aquél ejerce autoridad, es la de guardador en el sentido de las normas aplicadas por el a quo...». (Sentencia N° 544-F, a las 10.30 h del 30 de setiembre de 1993). Se trata de una relación de hecho, de carácter meramente circunstancial, que puede ser incluso espontánea y pasajera, en la cual un menor se encuentra bajo la protección, cuidado o supervisión de un adulto, por muy diversas razones, tales como la relación que surge entre quienes llevan de paseo a algunos menores, los que reciben en sus casas a los hijos de los vecinos, el conductor del autobús escolar, etc. La norma penal en este caso, no se circunscribe a los conceptos de patria potestad acuñados por el Derecho de Familia, sino que extiende la protección de los niños a sencillas y temporales relaciones de hecho. En esos supuestos la agravante existe porque el adulto se prevalece de su condición y de la autoridad que en ese momento ejerce sobre la menor para obtener de ella el consentimiento para realizar el acto sexual (estupro), o para agredirla sexualmente (violación); y además, porque en cierta medida rebasa con mayor grado de culpabilidad los deberes que las circunstancias le imponían, por tratarse de la persona encargada de la guarda o custodia de una menor de edad y prevalerse de esa situación para mantener relaciones sexuales con su víctima, violando la confianza que se había depositado en el adulto. En el presente caso es muy clara la concurrencia de la agravante, porque además de que el imputado convivía con la madre de la menor y vivía con ellas en la misma casa, realizó la acción delictiva mientras tenía a su cuidado a la ofendida en tanto la madre de ésta asistía a su trabajo. Con mayor razón debe aplicarse la agravante si se observa que existía una convivencia marital estable entre la madre de la ofendida y el encartado ...", sentencia N° 41-F-94, de las 9.20 h del 28 de enero de 1994. En el caso que nos ocupa es claro que el encartado sí ostentaba —al momento del hecho— la condición de guardador y custodio de la agraviada, quien si bien no se trata de una menor de edad, es una persona de veinte años con retardo mental, ciega y con serias limitaciones de movimiento en las extremidades, lo que hacía necesario que una persona adulta (en este caso su padrastro) la cuidara en ausencia de su madre. En todo caso la agravante se produce por haberse prevalido el encartado de una condición especial sobre víctima, independientemente de que ésta sea mayor de edad y con algunas discapacidades. De acuerdo con los hechos que describe la sentencia, en el mes de marzo de 1995 el imputado, quien tenía diecinueve años de convivir con I.J.B. (madre de la ofendida), "... aprovechando que se quedó solo en la casa pues su compañera salió para ir al

templo, abusó deshonestamente de su hijastra ... procedió a desnudarla, besarla en la boca y chuparle con fuerza sus pechos ..." (folio 99, línea 26 en adelante). Como se deriva del anterior extracto, al ejecutar su acción libidinosa, el acusado sí ostentaba la calidad personal requerida por el tipo penal aplicado, por cuanto se prevaleció de una condición especial sobre la víctima para ejecutar sus actos. Tal conducta así descrita constituye el delito de abusos deshonestos que tipifica el artículo 161 párrafo 2º del Código Penal, por el cual se le condenó, de tal modo que —al no advertirse la concurrencia de ningún defecto sustantivo— debe declararse sin lugar el motivo."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 847 de las 9.11 h del 4 de setiembre.

2. AGENTE ENCUBIERTO - Naturaleza de la técnica de investigación y condiciones de validez de su consideración probatoria.

"Fundamento y utilidad de la intervención del agente encubierto. La actuación del agente de investigación o del particular que colabora con la policía en la compra de verificación de droga, constituye la forma más inacabada de investigación policial encubierta, porque en este caso el sujeto se limita a comprar la droga, bajo las mismas condiciones en que cualquier otra persona puede hacerlo; no hay pues, una verdadera y eficaz alteración y ocultamiento de la identidad del oficial por un tiempo determinado; el agente oculta su identidad de policía o de colaborador de la misma a fin de obtener la prueba necesaria para acreditar el delito que se está realizando. Esto tiene particular importancia y utilidad en los denominados delitos de encuentro o de tracto sucesivo, como lo es el tráfico de drogas (Rey Huidobro, Luis Fernando: El delito de tráfico de estupefacientes, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 221 y 224). El hecho de que, en estos casos, la intervención policial sólo viene a aportar elementos de comprobación de la actividad delictiva en curso, es un criterio reiterado en la jurisprudencia de esta Sala: "...en los ejemplos de investigación de delitos relacionados con el tráfico de drogas, se ha considerado que la intervención de la policía es solamente para verificar los hechos que fueron puestos en su conocimiento, hechos que por sí mismos ya constituyen el núcleo del tipo objetivo que se examina en tales casos (venta de droga, almacenamiento, transporte, etc.), y que de por sí significan un atentado o lesión al bien jurídico en tutela..." SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. V-559-F-93. San José, de las nueve horas treinta y cinco minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres. (En el mismo sentido V-22-F-95, de las nueve horas veinte minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y cinco; V-627-F-96, de las nueve horas cuarenta minutos del veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y seis; V-812-F-96, de las once horas del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis; V-121-F-97, de las diez horas diez minutos del catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete). En realidad, el agente encubierto se presenta en todos aquellos casos en que se infiltra en una organización, o se tiene contacto incluso ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos, con el fin de poder acumular prueba sobre la existencia del delito y para identificar a sus responsables,

sometiéndolos así al proceso penal (véase el voto de esta Sala: V-22-F-95, de las nueve horas con veinte minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y cinco). En consecuencia, su actividad constituye una técnica de investigación necesaria para enfrentar cierto tipo de delincuencia (no convencional o especialmente grave), que se desarrolla en forma altamente organizada, empleando tecnología especializada y sofisticada. Atendiendo a la gravedad de los delitos en los que se puede realizar, la investigación encubierta se presenta como una herramienta útil y adaptada a la naturaleza y dinámica esencialmente clandestina en la que se desenvuelve la actividad delictiva que interesa desentrañar. En otras palabras, es un mecanismo no convencional de investigación, útil y necesario para combatir delitos no convencionales. III.- Jurisprudencia reciente de ésta Sala ha señalado que: "...para tener por cierto que una persona vendió drogas a un agente encubierto enviado por la policía, es necesario que esta última suministre a la autoridad jurisdiccional la identidad del comprador, con el fin de ser sometido al interrogatorio correspondiente en las distintas etapas del proceso, en especial durante el juicio. Para tales (sic) como regla general, no es suficiente la simple versión policial, cuando los policías sólo saben lo que les dijo el agente encubierto. En el presente caso los policías no revelaron el nombre del comprador de la droga, y aun cuando lo conveniente hubiere sido que suministraran la identidad con el fin de interrogarlo, lo cierto es que ellos acompañaron a dicha persona durante el operativo y pudieron precisar el momento preciso (sic) en que se realizó la negociación, por lo que son testigos del hecho y no testigos de referencia..." SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. V-398-F-97. San José, de las dieciséis horas con treinta minutos del veintinueve de abril de mil novecientos noventa y siete). En lo que interesa, la Sala Constitucional, ante la Consulta Judicial preceptiva que realizara esta Sala, al respecto señaló: "...El Tribunal no se encuentra obligado a hacer comparecer a la audiencia al informante o agente encubierto, por la misma naturaleza de su función, y en virtud del principio de libertad probatoria puede arribar a una decisión con base en otros elementos probatorios; no obstante su versión —la del agente encubierto o informante—, no puede ser introducida al debate por otros medios —a no ser que proceda incorporarla legítimamente por lectura—. Las versiones de la policía respecto del dicho de un agente encubierto no pueden ser utilizadas por el tribunal para emitir un juicio de valor, puesto que en ese caso sí se estaría violando el derecho de defensa, del contradictorio y de inmediación de la prueba, elementos integrantes del debido proceso; desde luego que lo anterior no conlleva a negarle validez al dicho del policía en relación con hechos que le consten personalmente aunque tengan relación con la actividad del agente o informante. Un ejemplo puede aclarar mejor la cuestión: al policía le estará vedado declarar sobre lo que le dijo el informante que ocurrió, por si él vio al informante comprar, dirigirse a determinado lugar, comunicarse con determinadas personas, por ser hechos propios, es válido que informe sobre ello al tribunal y que este valore su dicho junto con las restantes pruebas recibidas válidamente..." (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 7079-M-97. San José, de las dieciocho horas con treinta minutos del veintiocho de octubre de mil novecientos

noventa y siete. La cursiva y el resaltado no son del original). IV.- En el caso que se presenta a revisión, se sabe que intervino un colaborador, quien era el encargado de hacer las compras de verificación de la tenencia y venta de la droga. Con la ayuda de esta persona, los oficiales de la policía antidrogas pudieron individualizar la acción de cada uno de los sujetos que expendía droga en la casa de habitación del encartado E.Q.C. Debe hacerse notar que en este caso los oficiales declararon sobre hechos propios, es decir, sobre acontecimientos que les constan por conocimiento propio, y que fueron debidamente valorados en la sentencia de mérito. Así, en el fallo se da cuenta de que se realizaron varios operativos —vigilancias estacionarias y compras de drogas— en los que intervino un único sujeto como colaborador. Los oficiales precisan las fechas, horas y lugar de cada operativo, y hacen constar todas estas circunstancias en las actas respectivas, cuya legitimidad y contenido nunca fue cuestionado, y, por el contrario, fueron incorporadas legítimamente a la audiencia oral sin que ninguna de las partes protestara. A su vez, de previo a realizar cada compra, procedieron a revisar al colaborador a fin de constatar que no portara ninguna droga, y acto seguido le entregan uno de los billetes "marcados". Si bien los oficiales no apreciaron el momento preciso de cada transacción, sí observaron de manera ininterrumpida al colaborador cuando se dirigía al sitio indicado y cuando regresaba, siendo que cuando aquél retorna, portaba una "piedra de crack", y les informa y describe al sujeto que se la vendió. A mayor abundamiento, se tiene que en el operativo que culmina con la detención de los encartados —y en el que interviene la jueza de Instrucción respectiva— se localiza cierta cantidad de "piedras de crack" y una fuerte suma de dinero en la casa del acusado Q.C., hallándose además el que se le había entregado al colaborador para que efectuara la compra. Todos estos hechos, como se ha dicho, fueron observados de manera ininterrumpida por los policías que dirigían la investigación, sin que en el análisis de cada deposición se noten divergencias, contradicciones u omisiones que invaliden la fundamentación del fallo de mérito. Por el contrario, la sentencia se encuentra debidamente motivada pues la prueba recibida e incorporada al debate fue analizada de conformidad con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, lo procedente es declarar sin lugar la revisión interpuesta. V.- Por último, no obsta decir que recientemente la Asamblea Legislativa promulgó una nueva ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas (Ley Nº 7786 de mayo de 1998, publicada en el Alcance Nº 15 del Diario Oficial La Gaceta Nº 93, del 15 de mayo de 1998), la que, en sus artículos 10, 11, 12 y 13, se refiere a la intervención de agentes encubiertos y colaboradores o informantes en el curso de las investigaciones relacionadas con los delitos en ella tipificados. Aunque esta ley no es aplicable en la especie, lo que ahí se dispone no es incompatible con lo aquí resuelto, pues, regula la comparecencia del colaborador al llamamiento judicial, cuando se estimare indispensable, sin que ocurra así en todos los casos."

3. APLICACIÓN DE LEY PENAL MÁS FAVORABLE - La reforma que introduzca la nueva ley no implica una modificación automática de la pena.

"Ahora bien, en cuanto en el caso de autos la solicitud de revisión no resulta atendible. Las conductas que sanciona el numeral 18 de la derogada Ley N° 7233 con pena de 8 a 20 años de prisión —entre las cuales se encuentra la que se le atribuye y por la que fue condenada la gestionante M.C.— son exactamente las mismas que contempla el artículo 61 de la vigente Ley N° 7786, con la diferencia de que en esta nueva regulación la sanción privativa de libertad prevista va de cinco a quince años, es decir, se disminuyen los extremos mayor y menor; en el caso de marras tal modificación no podría considerarse para la encartada como "más favorable". En cuanto a este punto debe hacerse notar que no obstante del estudio de los hechos probados del fallo de instancia también se determina que la acción delictiva desarrollada por la agente no se ajusta a ninguna de las hipótesis que prevé el numeral 71 *ibídem*, por las razones que se dirán ello tampoco resulta más beneficioso a la situación particular de la condenada. IV.- De acuerdo con los términos en los que aparece redactado el fallo objeto de impugnación, la señora M.C. incurrió en una típica conducta de tenencia de cocaína para la venta directa a los consumidores. En principio, tal comportamiento, de acuerdo con la nueva legislación, en efecto tiene prevista una pena mínima de cinco años de prisión. No obstante ello, la referida reforma legislativa no podría estimarse como más favorable para la imputada, por cuanto el delito cometido, de acuerdo con el numeral 18 párrafo 4° de la derogada Ley N° 7233, tenía prevista una sanción mínima de 8 años, la que podría ser disminuida incluso a la mitad, es decir, el extremo menor incluso era más bajo que el previsto por la nueva normativa. No obstante ello, mediante una decisión razonada, en la que se tomó en consideración —entre otras circunstancias— que la imputada amenazó a un testigo para que no se presentara al debate y además registra una condenatoria anterior por un delito similar (folio 131 vuelto, línea 29 en adelante), de forma legítima el tribunal de juicio optó por no aplicar este rebajo de pena. Según lo anterior, al no ajustarse el reclamo a la hipótesis que contempla el citado artículo 408 inciso e), así como por no ser procedente en este caso la disminución de la pena ya fijada por el órgano de mérito, debe rechazarse la queja. V.- Por último, conviene aclarar que el criterio de la impugnante, en el sentido de que en vista de la modificación que introduce la nueva ley en los parámetros de la pena a imponer debe aplicarse una disminución automática de la pena al mínimo previsto, no resulta acertada. En realidad y como principio general, la fijación de la sanción penal, de conformidad con los parámetros que estipula el numeral 71 del Código Penal, se hará atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas concretas que mediaron en el hecho, la importancia de la lesión o el peligro creado para el bien jurídico tutelado, las condiciones personales del sujeto activo y del pasivo que hayan influido en la comisión del delito, así como la conducta del agente posterior al hecho. Al ponderar los anteriores extremos, el órgano jurisdiccional estará en condiciones de fijar una sanción proporcional y adecuada al caso en estudio, de donde debe entenderse que no se trata

de imponer la pena mínima o la máxima que prevea el tipo penal correspondiente, sino la que más se ajuste al juicio de culpabilidad ya establecido. Dentro de este orden de ideas, entonces, no deberá modificarse de manera mecánica la sanción ya establecida en la sentencia de mérito, por el simple hecho de que el extremo menor que ahora señala la ley sustantiva resulta más beneficioso al condenado, sino más bien debe valorarse, dentro de los parámetros que la misma prevé, cuál será la pena más idónea a efectos de cumplir de la mejor manera posible con los fines perseguidos por la prevención especial y la general. VI.- A pesar de las anteriores consideraciones, y debido a que —según se explicó— en el presente caso el órgano de instancia impuso a la sentenciada el tanto de 8 años de prisión, razonando adecuadamente el porqué no le aplicaba la disminución de esa sanción a la mitad, según lo posibilitaba el artículo 18 párrafo 4° citado, al no estar en presencia de un supuesto en el cual pueda afirmarse que el hecho encuadra en una norma penal más favorable, se rechaza la queja."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 874 de las 9.15 h del 18 de setiembre.

4. AUTOCALUMNIA - Declaración sobre hecho propio rechazando responsabilidad penal excluye configuración del ilícito.

"En su único motivo por el fondo, el Lic. M.Q.S., Defensor Público de los imputados, estima como indebidamente aplicados los artículos 1, 30, 45, 314, 319 y 358 del Código Penal. Considera el impugnante que debe absolverse a sus representados ya que los mismos desistieron y se arrepintieron activamente de su actuar delictivo, pues rectificaron a tiempo sus versiones ante el Juzgado de Instrucción. Considera que no se lesionó el bien jurídico tutelado, ya que no hubo antijuridicidad. Arguye además que no debió aplicarse la figura de la autocalumnia, ya que cuando C.M.M. rindió declaración indagatoria por el delito de homicidio culposo, formalmente era imputada y, en consecuencia, no estaba en la obligación de decir verdad. Por último, sostiene que por haber sido sobreseídos del delito de homicidio culposo, no se está ante un delito de acción pública, en los términos que exige el art. 319 del Código Penal para configurar el delito de autocalumnia. En relación con el coencartado G.M.M., su actuación, según el recurrente, no es punible, porque, de acuerdo con los artículos 45, 145 inciso 3), y 278 del Código de Procedimientos Penales y 36 de la Constitución Política, aunque formalmente declaró como testigo, de hecho era un imputado que podía abstenerse de declarar e incluso mentir. II.- Sobre el delito de autocalumnia. El delito de autocalumnia se encuentra regulado en el Título XIV, Delitos contra la Administración de Justicia, Sección III, Falsas Acusaciones, artículo 319 que establece: "Se impondrá prisión de un mes a un año, al que mediante declaración o confesión hecha ante autoridad judicial o de investigación, se acusare falsamente de haber cometido un delito de acción pública". A fin de resolver el recurso de casación interpuesto resulta indispensable señalar el origen, elementos y alcances de esta figura. La autocalumnia proviene del Derecho italiano (Código Penal de

1930, art. 369, que en lo que interesa dispone: "Quienquiera que, mediante declaración a alguna de las Autoridades indicadas en el artículo precedente, aun hecha por escrito anónimo o bajo falso nombre, o mediante confesión ante la autoridad judicial, se inculpa a sí mismo de un delito que sabe no ocurrido o de un delito cometido por otro, es castigado con la reclusión de uno a tres años"). La acción típica consiste en acusarse falsamente de haber cometido un delito de acción pública, ante una autoridad judicial o de investigación, mediante una confesión o una declaración. Sujeto activo de este delito puede ser cualquiera, ya que el tipo penal no exige ninguna cualidad personal constitutiva de la infracción. "Delito" significa toda acción u omisión subsumible en un tipo penal cuya averiguación y castigo corresponde a la autoridad judicial (MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial, novena edición, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1933, p. 749). Es indiferente que el delito acusado falsamente sea uno de acción u omisión, consumado o tentado, doloso o culposo; lo importante es que sea un delito de acción pública, porque es en estos en los que, por el interés público en la persecución penal, de oficio, las autoridades judiciales y de investigación, despliegan su actividad. Es claro que, por referirse la norma en comentario al término "delito", ha de entenderse el mismo en sentido técnico, y excluirse, por atípico, la "autocalumnia" de contravenciones. Sobre esto se ha dicho que: "Por lo que respecta al término delito, ha de ser entendido a tenor de la "ratio" del precepto, desde el punto de vista de la posible virtualidad en orden a provocar una actuación procesal. Desde tal perspectiva, basta con que se simule la ocurrencia de un hecho típico sin necesidad de que la falsa apariencia se extienda también a la antijuridicidad o a la culpabilidad. Sin embargo, y por las mismas razones, en el hecho que se simule han de concurrir las condiciones de procedibilidad." (VIVES ANTON, T.S. "Delitos contra la Administración de Justicia", en AA.VV. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial (Enrique Orts Berenguer, coordinador), TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1994, p. 123). Los medios de comisión del delito son taxativos: la confesión o la declaración. Esta última consiste en cualquier manifestación de voluntad, oral o escrita, presentada o hecha llegar a la autoridad judicial o de investigación. La falsedad consiste en suministrar una errónea representación de la realidad, inculpándose a sí mismo de un delito que se sabe que no ha ocurrido y, que, por tanto, es inexistente, o bien, cuando el delito sí se realizó, lo fue por una persona diferente de la que falsamente se lo atribuye (MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial, Volumen III, Traducción de José J. Ortega Torres, TEMIS, Bogotá, 1972, p. 340). Es criterio compartido por la doctrina que el fin y los motivos del autocalumniador son indiferentes para la consumación del delito. El Código Penal italiano contempla una eximente, cuando se ha realizado la autoinculpación por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a un pariente próximo de un grave e inevitable menoscabo en la libertad o en el honor (Art. 384) (MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal, Tomo 10, Segunda Parte, De los Delitos en especial, Volumen V, de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, EDIAR S.A., Buenos Aires, p. 163). En concreto, y en nuestro medio, el motivo de salvar a determinados parientes o allegados es importante tan solo para conceder al autocalumniador el perdón judicial (Art. 93, inciso 2) (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. Denuncia calumniosa, simulación de delito y autocalumnia, San José, PASDIANA, 1982 p. 61). III.- El bien

jurídico tutelado, según la ubicación de la figura en la sistemática del Código, es la Administración de Justicia, de forma que, aunque eventualmente el agente se perjudique a sí mismo con la atribución falsa de un hecho, lo que el tipo penal protege es el recto funcionamiento de la Administración de Justicia, que se ve entorpecido al desplegar normalmente su actividad investigativa, persecutoria y jurisdiccional, ante un hecho falso. Por otra parte, no es necesario que exista una sentencia que declare la existencia del delito y la responsabilidad de los verdaderos autores, basta con que, in limine, el hecho que el autocalumniador pone en conocimiento de la autoridad revista las características para sostener que con probabilidad se ha cometido un delito, y justifique, por lo tanto, el inicio de la investigación. Por eso, no comete el delito de autocalumnia quien declara sobre un hecho propio, pero excluye inmediatamente su responsabilidad, alegando que, como en el presente caso, el resultado se produjo por la acción imprudente de la víctima. Atendiendo a estas consideraciones, no podría hablarse de un delito culposo (acción típica, antijurídica y culpable), pues el resultado se presenta por la propia acción de la víctima, y no por ninguna falta al deber de cuidado del conductor. Sobre el particular, MANZINI sostiene que "...la autoinculpación debe tener por objeto un delito, y no un hecho que por sí mismo no constituya delito, aunque pueda considerarse como causa hipotética de un hecho que la ley prevé como delito, pero que no se sabe todavía si depende de la causalidad o de una causa imputable. Por ejemplo, si un automóvil en el que iban el dueño y el chofer, habilitados ambos para conducirlo, embiste a una persona y el chofer declara o confiesa falsamente que estaba en el volante en el momento de embestirla, a fin de excluir toda responsabilidad del dueño, no existe el delito de autocalumnia, una vez que el chofer haya atribuido la embestida a una causalidad o a la exclusiva culpa de la víctima. En esta hipótesis el chofer no ha declarado o confesado que cometió un "delito", sino que realizó un hecho en sí mismo lícito, precisamente porque ha excluido haber sido causa del delito culposo..." (MANZINI, Vincenzo. Op. cit., p. 160. En el mismo sentido: Colacci y Antonioni, citados por CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. Op. cit., p. 59, cita 216). Estima la Sala que, de conformidad con el principio de ofensividad o lesividad ("nullum crimen sine injuria"), en el presente caso, no hubo afectación del bien jurídico tutelado, ya que en primer lugar el hecho puesto en conocimiento por la imputada C.M.M. no revestía las características señaladas para sostener que se estaba con probabilidad ante un delito culposo, pues en su declaración excluía su propia responsabilidad alegando que el resultado no se produjo por una infracción a su deber de cuidado sino por la acción imprudente de la víctima, que presentaba un alto grado de intoxicación alcohólica (folio 39); es decir, la imputada reconoció un hecho, pero no se atribuyó falsamente ningún delito. En segundo término, no fue la acción de la imputada la que desencadenó la tramitación de un proceso de investigación, sino que, una vez constituidas las autoridades en el sitio de los hechos, de oficio, iniciaron las pesquisas. De conformidad con lo expuesto procede declarar con lugar el recurso, y en consecuencia, absolver a la imputada C.M.M. por el delito de autocalumnia."

5. CANCELACIÓN DE LICENCIA - Aplicación de normas del Código Penal por ser especiales en relación con normas genéricas de Ley de Tránsito.

"El Lic. J.F.V.C., defensor de E.E.R., demanda la revisión de la sentencia N° 175-96 de las 20.00 h del 11 de setiembre de 1996, dictada por el Tribunal Superior de Pérez Zeledón, la cual declaró a su patrocinado autor de los delitos de Homicidio culposo y Lesiones culposas en concurso ideal, en perjuicio de R.L.H. y de H.G.D.M., imponiéndole la pena de tres años de prisión (concediéndole el beneficio de ejecución condicional por un período de prueba de 5 años) y ordenando la cancelación de su licencia de conducir por el término de diez años. La causal de revisión invocada por el solicitante es la prevista en el inciso e) del artículo 408 del Código Procesal Penal de 1996, la cual se dirige específicamente contra la indicada cancelación de licencia, dispuesta por el Tribunal a quo. Alega que el hecho atribuido al condenado ocurrió en agosto de 1994 y que la referida cancelación se dispuso por aplicación del artículo 117 del Código Penal (reformado por Ley N° 7626 del 10 de marzo de 1982), pero ignorando u omitiendo aplicar las reglas de otra ley vigente desde el día 22 de abril de 1993, a saber, la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, N° 7331 del 13 de abril de 1993. La defensa hace cita de los artículos 106 a), 107 c), 129 e) y 133 a) de la Ley de Tránsito, porque considera que expresamente derogó "...la Ley de Tránsito N° 5930 del 13 de setiembre de 1976 y toda otra disposición legal, en materia de tránsito y administración vial, que se le oponga" (artículo 252 ibídem), para concluir lo siguiente: que la Ley de Tránsito es posterior, especial y contiene íntegramente el último párrafo del artículo 117 del Código Penal, el cual abroga expresa y tácitamente, pues la Ley de Tránsito es una norma posterior que regula en forma diferente y más favorable al reo, las consecuencias de la conducción bajo el estado de ebriedad, de manera tal que se debió aplicar a su defendido el artículo 133 a) de la Ley de Tránsito y no el último párrafo del artículo 117 del Código Penal, razón por la cual solicita que sea modificada la sentencia, adecuando la cancelación de la licencia por seis meses. Estos son, básicamente, los fundamentos que la defensa da a su demanda, y ofrece como "prueba" el expediente principal y las "normas hermenéuticas" aludidas. Considera esta Sala que se debe declarar sin lugar la demanda interpuesta, porque en realidad no se indica ningún elemento de prueba nuevo, que solo o unido a los ya examinados en el proceso, evidencie que el hecho cometido encuadra en una norma más favorable. En realidad, la motivación de la solicitud se contrae a una disconformidad por la forma en que se aplicó la ley sustantiva, pues lo que ha planteado la defensa no es otra cosa que un problema de aplicación en el tiempo de la ley penal, que procura apoyar en los artículos 11, 12, 13 y 23 del Código Penal, cuestionamiento que parte de premisas equivocadas, por cuanto ninguna de las normas de la Ley de Tránsito vigente ha abrogado o derogado el párrafo último del artículo 117 del Código Primitivo, que no contiene una disposición legal, en materia de tránsito y administración vial, que se oponga a la citada Ley, ni tampoco da lugar a un concurso aparente de normas según el cual —como sugiere el demandante— lo dispuesto en la Ley de Tránsito deba prevalecer sobre lo indicado en el artículo 117 del Código Penal. Por el contrario, resulta que los principios

que rigen el concurso aparente de normas conducen a una solución diversa a la pretendida por la defensa, pues no es posible que, en un caso como el presente, la norma general prevalezca sobre la norma especial, o que prevalezca la norma que sólo contiene una parte del hecho sobre la que lo contiene íntegramente, o que la norma accesoria se aplique en vez de aquella a la que ha sido subordinada expresa o tácitamente. En la norma jurídica, a un supuesto de hecho dado se asigna un efecto jurídico. En el presente asunto, el supuesto fáctico al que se condiciona el efecto jurídico "cancelación de la licencia" no es simplemente el hecho de conducir temerariamente en estado de ebriedad (cfr. arts. 133 a), 106 a), 107 c), 129 e) de la Ley de Tránsito, donde en realidad la sanción asignada consiste en la "suspensión" de la licencia). En el artículo 117 del Código Penal el hecho al cual se condiciona la "cancelación" de la licencia (uno de los efectos de la norma) consiste en matar por culpa a otro, bajo los efectos de bebidas alcohólicas o de drogas enervantes. Como se puede apreciar, el supuesto de hecho de esta última norma contiene íntegramente —entre otros supuestos— al de la Ley de Tránsito (conducir en estado de ebriedad), pero le agrega otros elementos especializantes (causar culposamente la muerte de otro por conducir en estado de ebriedad), de manera tal que lo que la Ley de Tránsito prevé es una norma general (que prohíbe conducir en estado de ebriedad) respecto a la cual los artículos 117 y 128 del Código Penal son normas especiales (que prohíben matar o lesionar culposamente bajo los efectos de bebidas alcohólicas, ya sea conduciendo vehículos o en otras situaciones diferentes). De esta manera, las disposiciones del Código Penal (artículos 117 y 128, párrafos finales) sobre la "cancelación" de la licencia —por ser especiales— prevalecen sobre las normas genéricas de la Ley de Tránsito, ya que las contienen íntegramente, pero añadiéndoles —como se dijo— un factor de especialidad: la aplicación de los supracitados artículos de la Ley de Tránsito se encuentra tácitamente subordinada a la de los párrafos finales de los artículos 117 y 128 del Código Penal, pues son aplicables en todos aquellos casos en que se conduce en estado de ebriedad, excepto cuando de dicha conducción temeraria se causan culposamente las lesiones o muerte de otro, pues las indicadas normas penales suponen una lesión o peligro superior para los bienes jurídicos vida e integridad física, no contenidos en las supracitadas normas de la Ley de Tránsito, cuyas sanciones no abarcan el desvalor o contenido injusto de las penales, ya que siempre son de aplicación, aunque ninguna persona resulte lesionada o muerta por la acción temeraria del infractor."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 790 de las 10.00 h del 21 de agosto.

6. CASO FORTUITO - Imposibilidad de prever obstáculo en autopista.

"No obstante que la licenciada M.E.F.M., defensora pública del acusado K.G., formula recurso de casación cuestionando la sentencia en aspectos formales y en un único motivo por vicios en la aplicación de la ley sustantiva, esta Sala estima procedente entrar a conocer el alegato de fondo, habida cuenta de que los

reparos que por la forma se esbozan pretenden lograr el reenvío para que, en el nuevo juicio, mediante la correcta valoración del material probatorio, se exima al acusado de responsabilidad por la concurrencia de un caso fortuito, posibilidad que plantea el alegato por el fondo y que esta Sala estima procedente, por lo que en atención al principio constitucional de justicia pronta y cumplida se opta por resolver de esa forma la impugnación planteada. En su alegato por el fondo, la recurrente cuestiona la condenatoria impuesta a su defendido, pues estima que en el caso concreto no ha mediado culpa alguna de su representado. Si la culpa es la omisión a un deber de cuidado que causa un resultado dañoso previsible y evitable, en el caso concreto la previsibilidad no existe y en consecuencia, está excluida toda culpa, pues su defendido actuó dentro de los límites de diligencia exigidas a todo conductor. Agrega que K.G. viajaba dentro del límite de velocidad permitido —90 kilómetros por hora— sin que fuera previsible la aparición de un obstáculo en la carretera —como resultó ser el "mataburros" que sujetos desconocidos atravesaron en la vía—, de modo que no puede exigírsele al imputado que prevea tal situación, con el objeto de atribuirle una culpa inexistente. El nexos causal —jurídicamente relevante— entre la conducta de K.G. y la muerte de los ofendidos no existe, desde que la causa eficiente del percance lo fue la presencia del citado obstáculo, sin el cual el percance jamás se hubiera dado. El reclamo es procedente. Para el análisis del tema en estudio resulta conveniente rescatar los hechos que el Tribunal estima acreditados, los cuales se reducen no sólo a aquéllos que consigna como tales, sino a los que además expresa a lo largo de las consideraciones de fondo: "I- RELACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS:(...) 1) Que el día 5 de mayo de 1996, al ser aproximadamente las dos horas de la madrugada, el encartado C.K.G. conducía el vehículo automóvil, marca Honda, placas [...], a una velocidad aproximada a los noventa kilómetros por hora, por la autopista Florencio del Castillo, de este a oeste, por el carril interno, velocidad que era excesiva, debido a que el lugar es totalmente oscuro y las luces de su vehículo tenían poco alcance. 2) Que al aproximarse por donde se ubica el negocio City Culb (sic) Hotel en Curridabat al centro de los dos carriles, por la ruta donde viaja el acusado se encontraba un bumper de vehículo o "mataburros", el cual, debido a la excesiva velocidad a la que viajaba el imputado dadas las condiciones de la vía, no pudo esquivar el obstáculo y viró hacia la izquierda, cayendo en la zona verde divisoria de los dos sentidos de la vía, donde pierde el control, ocasionando que su vehículo continúe y se introduzca a la vía contraria donde circulaba el vehículo placas [...] marca Datsun 100-A, al cual colisiona fuertemente, ocasionando con el impacto la muerte de los señores Z.V.V. y A.R.E., que en forma correcta viajaban de oeste a este en dicho automotor (...)

III- VALORACIÓN DE LA PRUEBA: (...) En primera instancia hay un hecho incuestionable del cual dan cuenta tanto el imputado como los testigos y la documental, y es que el 5 de mayo de 1996 ocurre un accidente, sobre la carretera o autopista que comunica a Cartago con San José. El imputado y C.O., así como F. son coincidentes en que la dinámica ocurrida es la siguiente: C. conduce el vehículo Honda de Cartago a San José, viaja por el carril interno en esa dirección, se encuentra hacia el centro de la vía con un mataburros, que es una especie de bumper metálico que se le coloca a los

carros en la parte delantera, y con el fin de esquivar hacia la izquierda el encartado se sale de la vía, ingresa a la zona verde que sirve de división de las rutas de la autopista, ingresa con el carro hasta el carril contrario donde los occisos viajan de San José a Cartago, y son colisionados fuertemente por K. y del impacto mueren trágicamente los dos ocupantes del otro automotor, el imputado sufre también múltiples lesiones y el acompañante O. pierde el conocimiento. Estos extremos prácticamente no han sido objeto de discusión (...) El informe policial de folios 6 y 7 describe lo notado por la policía judicial al llegar al sitio, describe el lugar donde ocurre el accidente como carreteras de asfalto, secas (sic), en vía recta, en buen estado, iluminación natural y artificial completamente nulas (...) Si bien es cierto se ha argumentado en el debate oral y público que en realidad el elemento desencadenante del accidente lo constituye el objeto "mataburros", colocado en el centro de la vía, estima el Tribunal que ello es cierto solo parcialmente. Ya tenemos el cuadro anterior bien claro y la prueba que se orienta en todo en forma coincidente, por lo que corresponde determinar, si aún existiendo el objeto atravesado en la vía, ello por sí mismo es la causa directa y única del accidente ocurrido, lo cual no resulta así. Considera el tribunal que el imputado la madrugada en que ocurre el hecho viajaba a exceso de velocidad, de conformidad con las condiciones que imperaban al momento del hecho, y que en consecuencia, la mezcla de elementos —obstáculos, condiciones y velocidad— permitió el desenlace fatal, y que el imputado debe responder por lo que él como conductor aportó al resultado dañoso. Si eran como la una y resto de la mañana, la carretera era plana, seca, recta, de pavimento como es una autopista, de lo cual hay plena coincidencia en la testimonial e informes policiales, con la luz de halógenos que iluminaban de diez a veinte metros y viajaba a una velocidad que rondaba los noventa kilómetros por hora, evidencia que era temeraria, pues si tanto el acusado como los testigos y el informe policial señalan que la iluminación en el lugar es nula, o sea, totalmente oscuro, resultaba evidente, que viajando en una zona oscura, a esa hora de la madrugada que hay poca circulación vehicular, es consecuencia, pocas posibilidades de que otros vehículos permitieran más iluminación con sus luces, cualquier obstáculo que en la carretera surgiera no podría ser esquivado por el acusado. Es cierto que en la zona se autoriza una velocidad de noventa kilómetros por hora como muy bien se demuestra en la certificación de folio 172 vuelto, pero el reproche de la falta de cuidado no procede de haber infringido esa disposición de tránsito, sino que esa velocidad aplicada en las condiciones dichas, implica falta de cuidado. Una carretera puede autorizar una velocidad determinada, pero se entiende que en condiciones normales, pero si está cayendo una fuerte lluvia y existen derrumbes, el conducir en esa carretera a la velocidad autorizada, como si estuviese en condiciones normales, resulta falto al deber de cuidado, porque resulta claro que las condiciones originales varían, y el conductor precavido y cauteloso debe conducir a una velocidad tal que, ante cualquier evento le permita maniobrar en forma correcta y sortear cualquier situación inesperada en la carretera. El conductor de un vehículo debe prever que la velocidad a la que viaja, permita maniobrar en forma correcta ante cualquier imprevisto, y el viajar en una calle muy oscura, con una corta visibilidad de las luces, a una alta velocidad, es

confiar demasiado en la destreza para evitar cualquier resultado (...). II.- Como queda evidenciado de la lectura de los párrafos transcritos, la sentencia parte del supuesto de que K.G. no viajaba a una velocidad superior a la permitida en el tramo de la autopista Florencio del Castillo en que ocurrió el lamentable suceso, en el que, como resultado, fallecieron los ofendidos V.V. y R.E. Los juzgadores califican la falta al deber de cuidado, en este caso, en que esa velocidad, aplicada a las condiciones que imperaban en ese momento, resultaba excesiva. Esas condiciones son dos: obscuridad de la noche y ausencia de luz artificial en la autopista. A partir de esas premisas se construye el armazón que da sustento a la consideración de que K.G. conducía a exceso de velocidad la madrugada del cinco de mayo y que, por esa razón, no pudo esquivar el obstáculo colocado en media carretera, pues por la velocidad no lo pudo apreciar a tiempo, debiendo prever, como conductor prudente, que era factible encontrarse un obstáculo en la vía y, por tal razón, la velocidad a la que conducía debía ser aquella que le permitiera con seguridad una maniobra de evasión. En primer lugar debemos considerar que esta Sala ha esbozado el criterio, según el cual, conducir dentro de los límites de velocidad permitida no es un factor que por sí mismo tenga la virtud de calificar como debida o adecuada a la forma de manejo, excluyendo toda culpa. Deben considerarse las especiales condiciones imperantes en la carretera, en el clima, en el vehículo e incluso en la propia condición física, mental o psicológica del conductor, a fin de medir la prudencia y el juicio del buen conductor en la ponderación de factores que deben orientarlo a conducir defensivamente, es decir, evitando incrementar los riesgos que, para las personas y los bienes, de por sí acompañan la conducción y, a partir de ello, excluir el caso fortuito como causa de atipicidad. Así, se ha señalado: "(...) la causa que tuvo el juez como generadora del accidente lo fue la excesiva velocidad a que conducía el encartado en condiciones climatológicas adversas para los conductores (...) conforme al mérito de la sentencia, si al momento del suceso llovía y había neblina, las circunstancias de previsibilidad y evitabilidad (conducir a la defensiva como comúnmente se le denomina), máxime saliendo de una semicurva, no las observó el imputado, lo cual hizo que incurriera en culpa y no en caso fortuito (...) debe en esta sede descartarse la existencia del caso fortuito, pues el imputado frente a las condiciones del tiempo imperantes al momento del accidente y en atención a que salía de una semicurva, debió tomar todas las precauciones de previsibilidad y evitabilidad a que estaba obligado (...) "(sentencia 304-F-91 de las 10.06 h del 28 de junio; en el mismo sentido 433-F-91 de las 10.45 h del 9 de agosto, ambas de 1991 de la Sala Tercera); "(...) La permisión de transitar por las vías públicas a velocidades que hacen posible la causación de resultados lesivos a bienes jurídicos no es ilimitada, y llega no sólo a las autorizaciones que la ley o los dispositivos fijos de tránsito establecen, sino que se reduce (el permiso) de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar, como por ejemplo un accidente en la carretera, la presencia de operarios en la vía o de niños atravesando la calzada, lluvia, neblina, derrumbes, etc. (...) "(sentencia 511-F-93, de las 9.00 h del 10 de setiembre de 1993, Sala Tercera); "(...)se alega que en la especie no se verificó la tipicidad del artículo 117 citado, porque no se comprobó un comportamiento

descuidado, negligente o contrario al deber de cuidado por parte del justiciable, sino que el hecho se trata de un caso fortuito. Los suscritos Magistrados consideran que este capítulo del recurso debe rechazarse, pues sí se acreditó que el ofendido se acostó a dormir, en estado etílico en la entrada de la quinta de recreo del imputado, por la que éste entró posteriormente con su vehículo automotor, pasando sobre la humanidad de aquél y arrastrando su cuerpo por poco más de dos metros, para finalmente detenerse, salir del vehículo y entrar a su casa a dormir, sin siquiera haberse dado cuenta del atropello y con un promedio aproximado de 165 mg de alcohol en la sangre, debe convenirse con el a quo en que la muerte accidental de R.S.J. le es imputable al encartado R.A., pues ella no se habría producido si este último hubiera manejado poniendo la atención debida al camino que transitaba y, sobre todo, si hubiera estado sobrio al momento de los hechos, lo cual habría contribuido a reaccionar eficientemente para maniobrar evitando el atropello. Aunque le fuera difícil al imputado imaginarse concretamente que un vecino se iba a acostar a dormir en el camino de la entrada a su propiedad, para él —como para cualquier conductor de vehículos diligente— era previsible la aparición en su trayecto de un sujeto, animal u objeto que obstaculizara el libre tránsito de su vehículo, y tal previsión era la que le habría permitido evitar colisionar con aquél. No es aplicable a este caso la figura del caso fortuito precisamente por la previsibilidad y evitabilidad del hecho: de haberse conducido con cuidado, observando atentamente el camino, habría visto al ofendido tendido delante suyo y entonces habría podido —en condiciones normales— reaccionar oportunamente, deteniendo su vehículo o esquivando el cuerpo del ofendido, pero no se condujo así, ni siquiera se dio cuenta de que lo atropelló, causándole lesiones que produjeron su muerte, razón por la cual debe declararse sin lugar este recurso por errores in iudicando (...)" (sentencia 469-F-94 de las 9.25 h del 11 de noviembre de 1994, de la Sala Tercera). "(...) Los juzgadores no afirman que el imputado haya excedido el límite máximo de velocidad, pues reconocen que viajaba aproximadamente entre sesenta y cinco y setenta y cinco kilómetros por hora. Lo que se indica en el fallo es que debió reducir esa velocidad debido a que: "para las condiciones de la carretera en ese lugar era peligrosa y excesiva" (folio 360 frente, líneas 5 y 6). Por ende, el análisis está relacionado no con el problema de la velocidad máxima autorizada, sino con el estado de la vía, cuyos hundimientos o deformaciones eran visibles con antelación y obligaban a disminuir el paso, para transitar con seguridad, cosa que no hizo el imputado, perdiendo el control del vehículo e introduciéndose al carril contrario, donde se produjo la colisión. Si un conductor debe aminorar la marcha y no lo hace, la velocidad con que circula —aunque no sea superior a la permitida— puede llegar a considerarse como "peligrosa y excesiva", en la medida en que atente contra la seguridad de las personas o sus bienes (...)" (608-F-95 de las 9.25 h del 13 de octubre de 1995, Sala Tercera). III.- Ahora bien, en el caso concreto, se tiene por establecido que el acusado guiaba su vehículo dentro de los límites máximos de velocidad permitidos: 90 kilómetros por hora. No obstante, el Tribunal estima que esa velocidad resulta excesiva, pues era de noche, la autopista carece de iluminación artificial, las luces del vehículo resultan

insuficientes para tener un rango de visibilidad tan amplio que permita vislumbrar cualquier obstáculo en la carretera y, en consecuencia, maniobrar prudentemente para evitarlo. Por ello, al acreditarse la existencia de un aparato metálico popularmente conocido como "mataburros", puesto al centro de la vía por la que viajaba el imputado, obstáculo que no pudo ver a tiempo, se establece en ello su falta al deber de cuidado, pues, al tratar de esquivarlo perdió el control del vehículo, invadió la isla divisoria de los carriles de la autopista, para luego caer en la carretera que conduce de San José a Cartago y colisionar en forma violenta al vehículo de los ofendidos, quienes fallecieron a consecuencia de las lesiones sufridas en el impacto. Compete analizar, en consecuencia, si esas especiales circunstancias que el Tribunal menciona, tienen la trascendencia tal para imponerle al imputado el deber de aminorar la velocidad, para ajustarse a los límites del manejo prudente y defensivo y, en consecuencia, ajustarse a los parámetros del riesgo permitido en la conducción de automotores. En primer lugar, debe señalarse que la carretera en que ocurre el percance es una autopista. Por sus especiales características, se considera una vía apta para la circulación a altas velocidades. Así se desprende del espíritu del artículo 82 de la Ley de Tránsito, al establecer que los límites de velocidad se determinan "de acuerdo con el tipo y condiciones de la vía, previo estudio técnico". A su vez, en su inciso e) se señala, como regla general, que en las autopistas, la velocidad mínima es de cuarenta kilómetros por hora y la máxima, de cien kilómetros por hora, debiendo en todo caso darse prioridad a las señalizaciones y demarcaciones que existan en la zona, como este mismo numeral contempla. Los límites de velocidad antes dichos y aquellos específicamente señalados en la zona, delimitan el ámbito del riesgo permitido en la conducción de vehículos. Sin embargo, debe considerarse que esos límites no son rígidos, en el sentido de que permanezcan invariables frente a condiciones excepcionales y, por lo tanto, distintas a las consideradas al momento de su establecimiento. Así, si hay una lluvia intensa, que limita notablemente las condiciones de visibilidad y además, de agarre de las llantas a la calzada, es obvio que aquellos límites no rigen, sino que habrán de adecuarse a esas especiales circunstancias, todo lo cual queda a la apreciación del juzgador, de acuerdo con las reglas de la experiencia común. Lo mismo puede señalarse en caso de derrumbes, irregularidades en la vía, neblina intensa, realización de trabajos en la carretera, en fin, condiciones excepcionales que obligan a ajustarse a los límites que la prudencia y el cuidado debido indican. La nocturnidad, por sí misma a juicio de la Sala, no puede ser considerada una condición excepcional que obligue a aminorar la velocidad. Nótese que el fallo no habla de alguna otra condición extraña más que la noche misma y la ausencia de alumbrado en la autopista, de por sí característico de este tipo de vías en nuestro país. Tampoco se establece que el vehículo del acusado careciera de las luces reglamentarias. Por el contrario, es el Tribunal el que concluye que esas luces, incluso los halógenos que el imputado dijo haber llevado encendidos, resultaban insuficientes para visualizar a distancia, algún obstáculo. El punto medular en este caso radica en establecer si era previsible —y por lo tanto, evitable— que en esa vía, con sus especiales condiciones —autopista, con una velocidad

máxima de 90 kilómetros por hora, con cuatro carriles y de acceso restringido— apareciese un obstáculo en medio de la carretera. Y la respuesta, a juicio de la Sala, es que no. No resulta previsible, al conductor medio, suponer, que en una autopista y sin que medien condiciones especiales del clima, aparezcan obstáculos en la vía. En primer lugar porque la autopista, por definición, es una vía de acceso restringido y de tránsito fluido. En ella, es prohibida la circulación de bicicletas (artículo 104 inciso c) de la Ley de Tránsito), el tránsito de peatones (artículo 105 inciso a) in fine, de la Ley de Tránsito) y los accesos son limitados, de modo que, salvo las cercanías a las intersecciones —en las que se reduce la velocidad máxima permitida—, no es previsible ni el flujo de personas ni de animales u otros objetos. Las condiciones especiales de la autopista Florencio del Castillo no permiten prever derrumbes o inundaciones, lo que en todo caso iría acompañado de especiales condiciones climatológicas, que no se dan en la especie. El obstáculo le impidió el paso al acusado y en un intento por evitar la colisión, el vehículo se sale de la calzada e ingresa a la isla divisoria, momento en el cual el imputado pierde el control del vehículo e invade la vía de los vehículos que se dirigen hacia Cartago, con el lamentable resultado conocido. No era previsible en forma alguna para K.G. que ese o cualquier otro obstáculo aparecería en la vía y por ello, no puede considerarse excesiva la velocidad a la que viajaba, atribuyéndole a ésta una cuota de causalidad en el resultado lesivo, pues no existía ninguna condición especial que le obligara a rebajar los límites permitidos. No puede calificarse de excesiva la velocidad por el resultado del accidente, sino que debe analizarse si el accidente se produjo por el exceso de velocidad —analizando, no sólo los límites permitidos, sino además, las especiales condiciones imperantes en la vía, el clima, el vehículo y la propia condición del acusado—; si es esa la falta al deber de cuidado que resulta imputable al acusado y, lo más importante, si es causa determinante del percance. En el caso concreto, el Tribunal califica de excesiva la velocidad por el resultado —lamentable, sin duda alguna— que produjo y si bien le atribuye alguna cuota de causalidad al obstáculo, también lo hace a la forma de conducir de K.G., estimándola excesiva, criterio que esta Sala estima errado, por lo ya expuesto. Ningún conductor promedio puede prever la aparición de ese obstáculo en la autopista —menos aún en las condiciones que imperaban al momento del percance— y, la nocturnidad no es, por sí misma, una condición que obligue a aminorar la velocidad —de otra forma, así lo indicarían las propias señales colocadas en la zona—, si no hay otras circunstancias especiales como la lluvia, neblina o incluso, los defectos existentes en las luces reglamentarias o en cualquier otro componente esencial del automotor. Nótese cómo el propio Tribunal establece las condiciones imperantes la noche del percance: despejado, vía seca, en perfectas condiciones, el tramo en que ocurrió el percance es en recta y además, con escasa circulación de vehículos, en virtud de la hora. Todos esos factores contribuyen a descartar la previsibilidad de que un obstáculo aparecería en la carretera y por ello, podemos afirmar que su aparición constituye un evento fortuito para el acusado. Debe acotarse, por lo expuesto, que se descarta, tanto la culpa con representación como sin ella. No hay culpa con representación, porque la aparición del obstáculo en la

carretera no era previsible en forma alguna, por tratarse, el sitio del percance, de una autopista, con poco flujo vehicular por ser de madrugada, además de encontrarse el clima despejado, la vía seca, el tramo es una recta y en perfectas condiciones, de modo que no es posible pensar en la hipótesis de que el acusado, previó que ello podía suceder, pero confió en su pericia o en la buena suerte para que, de darse el evento, no se produjera ningún resultado lesivo. Tampoco estamos en presencia de un supuesto de culpa sin representación, porque para ello, el imputado debió haber faltado al deber de cuidado en su juicio de previsibilidad, es decir, fallar a la hora de tener, como conductor, un nivel de previsibilidad potencial de riesgos, entre los que pudiera haber la aparición de un obstáculo en medio del carril de tránsito rápido por el que circulaba esa noche en la autopista, con rumbo de Cartago hacia San José. Y, considerando las condiciones de la carretera que se analizaron supra, así como las condiciones climatológicas imperantes al momento del accidente, no se observa falta alguna al deber de cuidado en la forma en que el acusado conducía su vehículo, pues tales condiciones se lo permitían, sin margen alguno para prever, diligentemente, la aparición de un obstáculo en media vía. Estamos en presencia de un caso fortuito, que excluye la tipicidad de la conducta, pues la presencia del obstáculo en la vía es un evento imprevisible y, por esa razón, inevitables las consecuencias que de él se deriven. Como lo ha señalado esta Sala: "(...) La culpa penal es la falta a un deber objetivo de cuidado que causa directamente un resultado dañoso previsible y evitable. El artículo 33 citado dispone que «No es culpable quien realiza el hecho típico por caso fortuito o fuerza mayor». La fuerza mayor se refiere a un hecho o evento que por su naturaleza, aun cuando fuera previsible y se prevea, es inevitable. El caso fortuito [latín *casus*, literalmente "caída", y fortuitos, "debido al azar"] se refiere a un hecho que por ser imprevisible (aun utilizando una conducta diligente) deviene inevitable (si pudiera haberse previsto sería evitable: la culpa en la previsión excluye el caso fortuito) [sobre los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor véase la Exposición de Motivos del Código Penal en cuanto al artículo 33; BRENES CÓRDOBA, Alberto: Tratado de las Obligaciones, San José, Ed. Juricentro, 1977, epígrafes 198 a 201; PÉREZ VARGAS, Víctor: Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual, San José, 1984, págs. 88 a 90 y 106 a 107; VON THUR, Andreas: Parte General del Derecho Civil, San José, Juricentro, 1977, págs. 115 a 116]. Y si se admite que la culpa es la forma elemental de imputación en los tipos de injusto previstos en los artículos 117 (Homicidio culposo) y 118 (Lesiones culposas) del Código Penal, debe considerarse que el caso fortuito y la fuerza mayor —en tanto coinciden en ser sucesos inevitables— resultan incompatibles con la noción de tipicidad, porque el elemento normativo del tipo objetivo de estos delitos supone que el resultado (causado directamente por la falta al deber objetivo de cuidado) sea previsible y evitable, y este último carácter no se da en las dos hipótesis del artículo 33 comentado; incluso puede afirmarse que ambas hipótesis asumen la forma de una causa de exclusión de la acción (y no de la culpabilidad, como aparentemente lo sugiere el texto legal) denominada "fuerza física irresistible" que se refiere a aquellos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica (cfr. BACIGALUPO,

Principios de Derecho Penal, Parte General, Madrid, Ediciones Akal, 1990, p. 113, y ZAFFARONI, Eugenio: Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, 1979, pág. 294, 207). Debe agregarse, además, que la forma en que reaccionó el acusado para evitar el obstáculo, también resulta acorde con la imprevisibilidad en su aparición: según lo manifestara el acusado en la audiencia y lo establece el Tribunal, por el carril derecho, en el mismo sentido que llevaba el acusado, transitaba otro vehículo, precisamente el del testigo F.C. y, por esa razón, no podía virar hacia ese lado; el viraje hacia la izquierda era la única opción y, el ingreso a la isla divisoria se da por carecer, el carril por el que circula el acusado, de espaldón, lo que da muy poco margen de maniobra. Todo ello da como resultado la inevitabilidad del viraje a la izquierda, la invasión a la isla divisoria y la pérdida del control del vehículo, al punto de invadir el carril de los vehículos que viajan de San José a Cartago. Por todo lo que se ha expuesto, procede acoger el reclamo por el fondo y absolver de toda pena y responsabilidad a C.K.G. por los dos delitos de homicidio culposo que se le han venido atribuyendo. IV.- Según se indicó en los anteriores considerandos, en la especie ha concurrido un caso fortuito, que excluye la tipicidad de la acción imputada a K.G. y por ello procede absolverlo de toda pena y responsabilidad. En virtud de ello, no existe causa jurídica que ampare el reclamo que formularan los actores civiles, pues, tratándose de responsabilidad civil extracontractual derivada de una conducta delictiva, para que sea procedente el resarcimiento, deberíamos estar al menos, frente a un injusto penal, es decir, frente a un hecho típico y antijurídico. Al encontrarnos en presencia de un caso fortuito, no estamos frente a una acción típica, es un supuesto de no acción, desde el punto de vista penal y, en consecuencia, tampoco puede hablarse de un hecho antijurídico que dé base al derecho al resarcimiento. Procede en consecuencia, casar la sentencia por el fondo también en cuanto a la condena civil. Resolviendo el fondo, se declaran sin lugar las acciones civiles planteadas por E.V.C. y J.F.V.C. Por innecesario se omite pronunciamiento sobre el resto del recurso. Sin especial condenatoria en costas."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 676 de las 9.40 h del 17 de julio.

7. CONCURSO IDEAL ENTRE ROBO AGRAVADO Y HOMICIDIO CALIFICADO - Muerte del ofendido para consumir apoderamiento ilegítimo.

"Naturaleza del concurso de delitos en el presente caso (variación del criterio jurisprudencial sostenido por la Sala de Casación). Es necesario casar la sentencia parcialmente, respecto a la naturaleza del concurso y la penalidad correspondiente, aunque no por las razones alegadas por la defensa sino por los motivos que seguidamente se dirán. En cuanto a la naturaleza del concurso, en este caso no es aparente —como lo pretende la defensa—, porque las conductas desdobladas en el Homicidio *criminis causa* (artículo 112 inc. 6°) y el Robo agravado (213 incisos 2° y 3°, en relación con el 209 inc. 7°) no se excluyen entre sí, pues no existe relación de especialidad o de subordinación entre ellas, lo cual se explicará con detalle

más adelante. Pero —como se verá— tampoco se está en presencia de un concurso material, como tácitamente lo consideró el Tribunal de mérito. Respecto a la naturaleza del concurso que se presenta en estos casos, la jurisprudencia de casación ha sostenido diferentes tesis desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1970, que vale la pena repasar. El primer criterio sostenido proviene de la Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, que consideró que entre los delitos de Homicidio *crimínis causa* y Robo agravado no hay concurso material (porque se violaría el principio *non bis in idem*), sino un "verdadero clásico delito complejo o compuesto", donde sólo existe un delito de Homicidio calificado "por una circunstancia que fue delito y que perdió individualidad en virtud de su inserción en otro delito de mayor preminencia, frente a la ley, como circunstancia de agravación..." (Sala Segunda Penal, V-3-F de las 10.30 h del 17 de enero de 1978, citado por AGUILAR MORA, Carmen: Homicidio calificado y robo, Naturaleza del concurso, en "Jurisprudencia Crítica", San José, ILANUD, impreso por Industrias Herra S.A., 1988, págs. 24 a 25). Esta tesis del "delito compuesto" no tiene asidero alguno en nuestro Código Penal de 1970. Los llamados "delitos compuestos", que se clasifican en "complejos" y "mixtos", son ubicados en la legislación española como casos que alteran las reglas del concurso de delitos, donde casualmente se cita como ejemplo característico la reunión de los delitos de robo y homicidio en un tipo penal específico (cuando con motivo u ocasión del robo se causa la muerte), como una forma técnicamente defectuosa de regular un concurso de delitos, que sería —según varios comentaristas— aconsejable suprimir (cfr., en alusión al artículo 501.º del Código Penal español, a MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal, Parte General, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 240 y 415; BACIGALUPO, Enrique: Principios..., págs. 251, 286 y 287; MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal Parte Especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 244 a 252; BACIGALUPO, Enrique: Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal, Madrid, Ediciones Akal S.A., 1991, págs. 151 a 154; BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1991, pág. 178). Un problema semejante al español es el que se deriva del artículo 165 del Código Penal argentino, denominado "Robo con resultado de muerte" (al respecto véase, por ejemplo, BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: Código Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, págs. 549 a 558 y CREUS, op. cit., § 1046 a 1049, págs. 450 a 452). Nuestra doctrina ha señalado que esta teoría de los "delitos complejos" no es adecuada para nuestro sistema (así CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense, San José, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1981, págs. 15 a 16; y AGUILAR, op. cit., pág. 26 a 27), lo cual es acertado, básicamente, por dos razones: en primer lugar, porque la teoría para definir la unidad de acción por la conexión de medio a fin, en realidad no da respuesta válida o precisa al problema de saber cuándo existe solamente una acción o una pluralidad de acciones y, en segundo lugar, porque la unidad de acción por conexión de medio a fin no existe en el Código Penal de 1970, a diferencia del Código Penal de 1941, cuyo artículo 49 disponía que: «Habrà un solo hecho punible, cuando una sola acción u omisión produzca la

infracción de dos o más leyes penales, o cuando diversas acciones u omisiones se hallen enlazadas en la relación de medio a fin. En este caso se aplicará como pena ordinaria y en el máximum, la del hecho que tenga sanción mayor», a lo que debe agregarse que en su artículo 270, aquel texto indicaba que: «El que robare con violencia o intimidación en las personas será penado: 1.- Con prisión de veintiuno a treinta años, si con motivo u ocasión del robo, resultare la muerte de alguna persona» (Código Penal, San José, Imprenta Nacional, 1950, págs. 15 y 63). Conforme a lo que se lleva expuesto puede sugerirse como hipótesis provisional, a efecto de explicar el porqué del criterio sostenido por la Sala Segunda, que nuestra jurisprudencia de casación, en este punto, siguió aplicando la jurisprudencia y doctrina que informaban la legislación de 1941, sin percatarse de que resulta incongruente con la normativa y doctrina propia del Código Penal de 1970, cuando menos en materia de concursos. Nótese que el resultado obtenido a partir del criterio de la Sala Segunda (en tanto sostiene que en realidad no hay concurso de delitos) es semejante al que se obtendría con la legislación vigente, al aplicar las reglas del concurso aparente de normas, en cuyo caso —estando en presencia de una sola acción— un delito puede desplazar la aplicación de otro u otros tipos penales, por razón de especialidad o subsidiariedad (pero que no es posible, como se dijo antes, entre los delitos de Homicidio *crimínis causa* y Robo agravado, pues las disposiciones legales respectivas no se excluyen entre sí). Pues bien, ese criterio de la Sala Segunda fue variado posteriormente por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que luego de descartar expresamente el concurso aparente de normas, consideró —por ejemplo— que si la intención de los autores era la de robar en un almacén, pero al ejecutar el hecho, mataron a su guarda, se cometieron entonces dos hechos delictuosos independientes que constituyen un concurso material (Sala Tercera, V-86-F de las 10.30 h del 6 de agosto de 1982). En lo sucesivo y hasta el presente, esta misma solución fue adoptada por la Sala Tercera, por ejemplo, en sus resoluciones V-139-F de las 15.40 h del 22 de agosto de 1984 (citada por AGUILAR, op. cit., pág. 25); V-185-F de las 9.15 h del 24 de julio de 1987 (que declara un concurso material entre los delitos de Homicidio *crimínis causa*, Lesiones *crimínis causa* y tentativa de Robo agravado); V-108-F de las 11.45 h del 27 de marzo de 1991 (Homicidio calificado y Robo agravado en concurso material); V-552-F de las 9.10 h del 8 de octubre de 1993 (donde se estableció que el robo con violencia sobre las personas no subsume los delitos de Lesiones que se ejecuten para realizar el apoderamiento, sino que ambos delitos concurren materialmente); V-592-F de las 11.15 h del 21 de diciembre de 1994 (donde se declara un concurso material entre el Robo agravado cometido con armas y Agresión con armas); V-707-F de las 11.00 h del 24 de noviembre de 1995 (que descarta el concurso ideal entre los delitos de Homicidio *crimínis causa* y Robo agravado, declarando que en realidad hay un concurso material); y V-240-F de las 9.25 h del 17 de mayo de 1996 (que califica como material el concurso entre los delitos de Robo agravado y de Lesiones leves, causadas para facilitar el robo). Sin embargo, con ocasión del estudio del presente asunto, los suscritos Magistrados se han cuestionado la validez del criterio sostenido por tantos años, pues lo cierto es que en casos

como el presente resulta forzado descartar la unidad de acción por una pluralidad de ellas (que es una de las condiciones del concurso material). Aunque es patente la imposibilidad de un concurso aparente, ello no implica que no sea posible la unidad de acción en algunos de estos casos, los cuales deberían regirse entonces por las reglas del concurso ideal (cfr. artículos 21 y 75 del Código Penal de 1970). ¿Por qué se ha descartado el concurso ideal? Si bien en la precitada sentencia V-707-F de las 11.00 h del 24 de noviembre de 1995 se rechazó la existencia de un concurso ideal entre los delitos de Homicidio *criminis causa* y Robo agravado, no se explicaron las razones para ello, sino que solamente se indicó por qué sí es un concurso material, partiendo del supuesto de que existe pluralidad de acciones. Algunas razones expresadas en contra de la posibilidad de un concurso ideal entre estos delitos sí se encuentran, por ejemplo, en la mencionada obra de AGUILAR MORA —que considera que el concurso es material— cuando dice: «No podríamos tampoco aceptar que se está ante un concurso ideal, por cuanto las acciones son independientes e infringen tipos penales que se excluyen entre sí, la conexión entre ambos no es tan íntima como para pensar que si falta uno, el otro no se hubiere cometido, ya que el homicidio se puede consumir, desistiendo posteriormente de perpetrar el robo» (op. cit., pág. 27). Para esta autora son dos las acciones imputables al sujeto, pero no explica por qué es así (o por qué considera que no existe unidad de acción). Tampoco resulta claro a qué alude con la "conexión íntima" (¿temporal, condicional?) de los tipos penales —que parece suponer como un requisito— y pasa por alto que la descripción del Homicidio *criminis causa* plantea tantas hipótesis que resulta un tanto arriesgado afirmar —como regla— que el concurso ha de ser material o ideal, por ejemplo, en todos esos casos, pues podrían suponerse algunas excepciones. Nótese que, a primera vista, pueden distinguirse ocho hipótesis diferentes, ya que, según el artículo 112, inc. 6), el homicidio puede ser cometido para: 1.- preparar otro delito; 2.- facilitar otro delito; 3.- consumir otro delito; 4.- ocultar otro delito; 5.- asegurar los resultados de otro delito; 6.- procurar para sí la impunidad; 7.- procurar para otro la impunidad; 8.- por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. Para todas estas hipótesis, difícilmente, podría darse siempre la misma solución, la cual debe definirse caso por caso. CASTILLO considera que cuando el autor produce, a través de la acción, el resultado previsto en otro tipo penal —lo que ejemplifica concretamente con los delitos de Robo y los de Lesiones, cuando el apoderamiento de la cosa es realizado mediante violencia sobre las personas que produce lesiones—, se está en presencia de un concurso ideal heterogéneo, pues una sola acción lesiona varias disposiciones legales que no se excluyen entre sí (El concurso..., págs. 65 a 66). En igual sentido, señala LLOBET que "...cuando el homicidio es llevado a cabo para preparar, facilitar, o consumir el otro delito, el concurso es ideal, por formar parte el homicidio del iter *criminis* del otro delito. En los demás casos el concurso es material" (op. cit., pág. 29). De los artículos 21, 22, 23, 75, 76, y 77 del Código Penal se colige que el criterio fundamental para resolver el problema de este "concurso de delitos" radica en la definición de qué es "una sola acción u omisión" o "una misma conducta" (cfr. artículos 21 y 23, de ahí que el número de "resultados" no tiene nada que ver con el número de

conductas y de delitos). En este sentido se ha afirmado que: «El problema común a todos los supuestos citados es determinar cuándo hay una o varias acciones. De entrada, hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado. Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales (por ejemplo, violación intimidatoria, robo con fractura) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explotar una bomba causando la muerte de varias personas). Son, pues, otros los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción. El primero de ellos es el factor final, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados (en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar la pistola, acechar a la víctima, apuntar o disparar; o, en el hurto, la voluntad de apropiarse de la cosa unifica y da sentido a los distintos actos de registrar los bolsillos de un abrigo). El segundo factor es el normativo, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso en particular. Así, aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (matar a alguien), alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos (así, por ejemplo, la tenencia ilícita de armas de fuego para el delito de tenencia ilícita de armas). Y, a la inversa, actos aislados, cada uno regido por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica solo cuando se dan conjuntamente (la falsificación de documentos privados solo es típica si se realiza con ánimo de perjudicar o perjudicando a un tercero) o tener una relevancia típica distinta (por ejemplo, robo con homicidio). Cuando una sola acción, determinada con los criterios señalados aquí, realiza un solo tipo delictivo, tenemos el caso normal. Cuando una sola acción o varias acciones realizan varios tipos delictivos, surgen los problemas concursales» (MUÑOZ CONDE, Francisco: Teoría general del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pág. 194). Nuestra doctrina señala que la unidad de acción es un concepto jurídico, que así como es erróneo tratar de definir la unidad de acción con prescindencia de la norma, así también sería equivocado tratar de definir la unidad de acción con prescindencia del hecho, sin darle el lugar subordinado que le corresponde como contenido de la norma: "...no es la unidad natural de acción la que dice cuándo hay una acción en sentido legal; puede ocurrir, más bien, que una acción en sentido natural constituya legalmente una pluralidad de acciones o que una pluralidad de acciones en sentido natural constituya legalmente una sola acción. La separación entre unidad de acción y pluralidad de acciones solamente es posible mediante una interpretación del sentido del tipo penal realizado" (CASTILLO: El Concurso..., págs. 19 a 20). La adopción del factor final (plan unitario que dé sentido a una pluralidad de movimientos voluntarios como una sola conducta) y del factor normativo (que convierta la conducta en una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición) como criterios para dilucidar cuándo hay una y cuándo varias conductas (ya se trate de acciones u omisiones) es ampliamente aceptada por la doctrina actual (así, ZAFFARONI, op. cit., págs. 619 a 620; VELÁSQUEZ, op. cit., págs. 584 a 588; MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal Parte General, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1990, págs. 720 a 724; BACIGALUPO, Enrique: Principios..., pág. 280) y, en la medida

que racionaliza fundadamente la aplicación de la ley sustantiva a partir del axioma de que la esencia del delito es la lesión a un bien jurídico tutelado, es adoptada por los suscritos. En el presente caso sí hay unidad de acción porque se verificó la existencia de un plan común en la realización de los hechos: la resolución determinada por los coautores —factor final— de apoderarse ilegítimamente de los bienes del ofendido, mediante violencia y con el uso de arma, da sentido a que los menores entraran a la casa de la víctima para causarle las lesiones y muerte descritas en el fallo, lo que permite aseverar también la concurrencia de un factor normativo al valorar en conjunto estos hechos, porque el Homicidio se dio con motivo de los actos de ejecución de un Robo agravado, en que los tres menores —conforme al plan común— utilizaron efectivamente un arma de fuego contra el ofendido, para neutralizar la legítima defensa o resistencia que éste opuso al ataque y lograr así consumar el apoderamiento ilegítimo sobre sus bienes: matar devino en acto de ejecución —previsto y aceptado por el autor— para lograr la consumación del Robo agravado, alcanzando así el propósito que, como resultado final, querían los agentes. Una vez establecida la unidad de acción en este caso se excluye la posibilidad de un concurso real o material (artículo 22, ya que requiere pluralidad de acciones), reduciéndose entonces el problema a establecer si se está en presencia de un concurso aparente (artículo 23) o de un concurso ideal (artículo 21). Ya se ha adelantado en esta exposición que en el caso concreto sometido a examen no se está en presencia de un concurso aparente, porque la conducta descrita en el artículo 213 incisos 2) y 3) (Robo agravado, en relación con el 209 inciso 7) no está descrita en el 112, inciso 6) (Homicidio calificado), ni viceversa; es más, ni siquiera tutelan los mismos bienes jurídicos (la propiedad y la vida, respectivamente). Si no se cumple esta condición legal (véase el artículo 23), es ocioso preguntarse si estas disposiciones legales se excluyen entre sí, ya que no puede haber relación de especialidad o subsidiariedad tácita entre ellas. La relación de especialidad existe cuando la disposición penal que se aplica contiene en sí todos los elementos de la disposición penal general, más uno o más elementos especializantes, como sucede entre los artículos 305 (Desobediencia) y 394, inciso 3) (No comparecencia como testigo), en que el segundo desplaza por especialidad al primero. Tampoco nuestro legislador asignó al artículo 112, inciso 6) (Homicidio criminis causa) una cláusula de subsidiariedad expresa, como sí lo hizo, por ejemplo, con el artículo 257 (Abandono de servicio de transporte), haciendo prevalecer la norma que prevé respecto a otra un tratamiento punitivo más severo, lo que también dispuso, por ejemplo, para el artículo 174 (Incesto) en relación con los artículos 157 (Violación calificada) y 160 (Estupro agravado), que en realidad no es una hipótesis de concurso aparente —aunque así se entendiera del artículo 23 in fine—, porque el legislador eliminó toda duda (y toda "aparición"), al establecer que el artículo 174 vale únicamente cuando no se den los supuestos de aplicación del 157 ó del 160 (así, CASTILLO: El concurso..., págs. 30, 31 y 35, quien señala que los casos en los que hay subsidiariedad expresa reposan siempre en una valoración del legislador, que decide que dos tipos penales no concurren idealmente). Como se dijo, tampoco se está en presencia de una subsidiariedad tácita, pues del sentido y fin de las normas

indicadas no se puede derivar racionalmente que el legislador incluyera en el tipo del artículo 112, inciso 6) la totalidad del contenido injusto y culpable de la conducta tipificada en el Robo agravado. En esta materia se entiende por "delito de pasaje" aquel que es etapa previa a la realización de un delito sucesivo que lo desplaza (dejando "impune" el hecho previo, en relación con el hecho posterior) porque el segundo causa una lesión mayor al bien jurídico tutelado y comprende todo el contenido injusto del primero (cfr. CASTILLO, El concurso..., págs. 49 a 53, VELÁSQUEZ, op. cit., pág. 597; ARCE AGEO, Miguel: Concurso de delitos en materia penal, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1996, págs. 173 a 174, MUÑOZ CONDE, Teoría..., pág. 415; MIR PUIG, op. cit., pág. 739 y CREUS, Carlos: Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, págs. 236 a 237) como, por ej., las "Proposiciones irrespetuosas" del artículo 380, inc. 5) pueden ser un hecho impune respecto al "Abuso deshonesto" del artículo 161, así como las "Lesiones" pueden ser un delito de pasaje impune en relación con el "Homicidio". Pero en el presente caso las acciones emprendidas, aunque se encuentran en relación de medio a fin no representan diferentes grados o estadios de ofensa a un mismo bien jurídico: la ausencia de esta lesividad coincidente excluye las otras posibilidades de subsidiariedad tácita del concurso aparente, como la del "hecho simultáneo impune" (por ej., los "Daños" del artículo 228 son impunes respecto al "Robo con fuerza en las cosas" del 212, inc. 1º) o la del "hecho posterior impune" (por ej., si luego de cometer el "Hurto" el autor exige una suma indebida al propietario para devolverle la cosa, la "Extorsión" concursa materialmente con el Hurto). Tras todo lo expuesto se llega a la conclusión de que la conducta atribuida al imputado F.Ch.B. sí constituye un concurso ideal heterogéneo —no uno material, como lo estimó el a quo— ya que con una misma acción lesionó dos disposiciones jurídicas que no se excluyen entre sí, a saber, Homicidio criminis causa (artículo 112, inciso 6) en su modalidad de realización para "consumar" otro delito) y Robo agravado (con violencia sobre las personas, uso de arma y cometido por más de tres personas, artículos 213, incisos 2) y 3), en relación con el 209, inciso 7) y 212, inciso 3º). En el presente caso hay concurso ideal porque matar al ofendido sirvió para consumar el apoderamiento ilegítimo sobre sus cosas, lesionando dos bienes jurídicos independientemente tutelados en favor de la víctima, por una parte su vida, por otra, su propiedad. Enmienda del error cometido."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 943 de las 16.16 h del 29 de setiembre.

8. CORRUPCIÓN AGRAVADA - Consideraciones sobre el elemento subjetivo del tipo y su diferencia con abusos deshonestos.

"Como alegato por el fondo se reclama la errónea aplicación del artículo 168, y falta de aplicación del 161, ambos del Código Penal. En criterio de quien recurre, la conducta que según los hechos probados desplegó el encartado sólo puede tipificarse como un delito de abusos deshonestos simples, y no una corrupción agravada, por tratarse de una acción única, sin reiteración. Por las razones que se dirán, el reclamo es de recibo.

No obstante que en la decisión impugnada sí se advierte la existencia de un error de fondo, es necesario aclarar que el abogado defensor interpreta mal la jurisprudencia que cita en apoyo de su reproche, pues esta Sala nunca ha exigido que, para que una agresión sexual pueda encasillarse como un delito de corrupción, la misma deba darse de forma persistente o reiterada. Todo lo contrario. Tal ilicitud podría configurarse incluso con una sola acción. En este sentido es necesario aclarar que, cuando en el voto que se cita se indica que "... la persistencia de ciertos actos sexuales semejantes puede ser el índice que distinga un delito de otro ...", debe entenderse que tal elemento (la persistencia en la conducta) podrá ser un elemento importante a considerar para establecer la distinción, lo que de ningún modo significa que sea el único. En esta misma sentencia se aclaró que "... La promoción típica se logra a través de actos sexuales, los cuales son hechos, comportamientos o acciones materiales (por ejemplo actos de bestialidad, sadismo, sodomía, coito, sexo oral, etc.) o intelectuales (enseñanzas, consejos, exposiciones de imágenes, etc.) de significación sexual que el autor realiza con la víctima o que ejecuta solo o con un tercero ante ella, objetivamente eficaces o aptos para promover la corrupción y que, según la descripción típica, deben ser perversos, prematuros o excesivos (la promoción puede producirse por un acto único o por una reiteración de actos, pues hay unidad de acción y única lesión si en un corto tiempo se realizan varios actos de estas características sobre el sujeto pasivo) ...". En realidad, lo que de forma esencial determina la calificación jurídica del hecho será el dolo del agente, que podría deducirse de la misma relación fáctica que se logre establecer. En este sentido debe entenderse que, desde la perspectiva del autor, la acción típica del delito de abusos deshonestos va dirigida al cuerpo de la víctima, a través de la ejecución de actos de aproximación física o corporal de otra persona, provistos de significación sexual, y con los cuales aquél satisface sus deseos impúdicos, aunque existe un sector de la doctrina que sostiene que este fin de satisfacción de los apetitos libidinosos —al no constituir un elemento objetivo del tipo— no es necesario que esté presente, sino únicamente el conocimiento de que se realiza un acto impúdico y la voluntad de llevarlo a cabo. Por otra parte, el dolo requerido para que se configure la corrupción va dirigido, no tanto al cuerpo de la víctima (aunque el mismo normalmente se verá afectado, pues podría incurrirse en esta delincuencia sin siquiera existir contacto físico), sino más bien —y de forma esencial— a su psique, de tal modo que la conducta del agente se centra en promover la corrupción de ésta a través de actos de naturaleza sexual excesivos, prematuros o perversos. De estas consideraciones resulta claro que la reiteración del acto idóneo para producir la corrupción, si bien constituye un parámetro importante a fin de determinar la intención del victimario, no es el único ni tampoco el esencial a dichos efectos. En el caso que nos ocupa tenemos como hecho plenamente demostrado que el acusado, quien para esa fecha contaba con 44 años, en el año 1995 —en una sola ocasión— introdujo a la menor ofendida, de siete años de edad, a su taller de ebanistería, donde la acostó sobre una mesa de trabajo, se bajó el pantalón y los calzoncillos, le chupó la vagina y las nalgas, se subió sobre su cuerpo, le frotó el pene sobre la vagina, la besó en la boca y luego eyaculó (folio 87, líneas 7 a 16). Una vez analizada de manera global esta

conducta, se debe concluir que, no obstante que la misma objetivamente puede calificarse como un acto prematuro, al considerar que la víctima es una niña de apenas siete años de edad, no existe ningún dato claro y preciso a partir del cual se pueda extraer de forma certera que la intención de A.A. fuera el promover en D. una deformación del sentido naturalmente sano de la sexualidad o que se hubiere intentado o producido esta deformación, por lo que no podría calificarse el hecho como un delito de corrupción. Esto significa que para optar por la figura del numeral 168 del Código Penal no es suficiente la constatación de un acto lascivo prematuro, pues a ello debe sumarse siempre la concurrencia del tipo subjetivo que prevé dicha norma: "... el dolo de la Corrupción de menores no es incompatible con el de los Abusos deshonestos, sino que si en este caso se estimara que su intención era la de promover la corrupción de la ofendida, cada uno de los tocamientos que hizo sobre su cuerpo podrían calificarse como actos sexuales prematuros (en atención a la edad y grado de discernimiento de aquélla), dando lugar a un concurso ideal heterogéneo entre los delitos de Corrupción de menores y Abusos deshonestos, según la interpretación y aplicación que ha hecho esta Sala de estas figuras penales ...", voto N° 197-97, de las 9.50 h del 28 de febrero de 1997. En el presente caso la falta de configuración del delito de corrupción agravada se debe, no tanto a que la conducta desplegada por el ofensor —según se indica en los hechos probados de la sentencia— se haya limitado a una sola acción, es decir, que la misma no se reiteró, sino debido a que, como quedó explicado, no existen elementos fácticos suficientes de los que se pueda derivar el elemento subjetivo que requiere el tipo. Con base en esto resulta claro que la relación fáctica que sirvió de base al juicio de culpabilidad fue incorrectamente calificada por los juzgadores como constitutiva del delito de Corrupción Agravada (artículo 168, inciso 1), en relación con el 167, ambos del Código Penal), pues a partir de la misma no se podría deducir con absoluta certeza que la intención del sujeto activo era la de corromper a la víctima. De la lectura del fallo se deduce con más propiedad que la acción ejecutada por el acusado más bien iba dirigida a la simple satisfacción de sus deseos sexuales desviados, lo que daría pie para tipificarla como un delito de abusos deshonestos, siendo esta la calificación jurídica acertada. Así las cosas, por las razones expuestas se acoge el motivo de fondo que plantea la defensa pública del encartado, en virtud de lo cual se recalifican los hechos probados de la decisión de mérito al delito de abusos deshonestos simples previsto por el artículo 161 del Código Penal. Asimismo, y por las mismas razones aducidas en el fallo impugnado, se fija el monto de la pena en el tanto de cuatro años de prisión, para lo cual se toma en cuenta —además— que la conducta que realizó el imputado es grave, la que no se justifica desde ningún punto de vista por tratarse de un hombre adulto y con madurez emocional suficiente para conocer su carácter ilícito y reprochable, que se vale de la corta edad de la agraviada para llevar a cabo su comportamiento, procurándose un lugar y un ambiente donde pudiera llevarlo a término de manera segura, y que con todo ello se le produjo a la menor ofendida enorme dolor, sufrimiento y pesar, consecuencias propias del estrés postraumático en este tipo de casos."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 699 de las 9.25 h del 24 de julio.

9. DELITO CONTINUADO - La finalidad es el elemento que permite distinguirlo del concurso real.

"El presente recurso resulta parcialmente atendible. Según se colige de la resolución de mérito, así como de los expedientes originales que se han tenido a la vista, los alegatos del recurrente son de recibo en cuanto se rechazó erróneamente la liquidación de pena solicitada. A efecto de resolver la inconformidad del sentenciado, se tiene que contra el mismo aparecen varias sentencias condenatorias firmes: a) N° 57-96, del Tribunal Superior Primero Penal, Sección Tercera, de las 16 horas del 22 de julio de 1996, donde se le condenó a cuatro años de prisión por el delito de Estafa en perjuicio de F.I.G.G., hechos ocurridos a mediados de diciembre de 1992. b) N° 117-96, del Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, de las 14 horas del 28 de noviembre de 1996, en virtud de la cual se le impuso el tanto de un año y seis meses de prisión como autor del delito de falsedad ideológica, uso de documento falso con ocasión de estafa menor en grado de tentativa, en perjuicio de M.A.M.M. y otros, hechos ocurridos el 23 de setiembre de 1993. c) N° 211-B-96, del Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, de las 16.15 horas del dos de enero de 1997, donde se le impusieron cinco años de prisión por los delitos de asociación ilícita en concurso ideal con falsificación y uso de documento falso con ocasión de estafa en grado de tentativa, en daño de J.M.J. y otro, por hechos ocurridos el 3 de mayo de 1996. d) N° 59-B-97, del Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, de las 16.10 horas del 9 de junio de 1997, en la que se le impuso el tanto de cinco años de prisión por los delitos de falsificación, falsedad ideológica, uso de documento falso y estafa, todos en concurso ideal, por hechos ocurridos el 7 de mayo de 1993. Según se desprende de lo anterior, las cuatro condenatorias que registra el señor Ch.C. suman un total de 15 años y seis meses de prisión, y no 13 años como erróneamente lo consignó el tribunal de instancia, al partir de la base falsa de que en la sentencia N° 211-B-96 citada se le impuso al reo una pena de cárcel de dos años y seis meses, cuando en realidad —tal y como se explicó— la misma fue de cinco años. Así las cosas, al aplicar las reglas que define el artículo 76 del código sustantivo ya citado, la pena deberá readecuarse a quince años de prisión, pues esto es lo que más le beneficia al recurrente. Se aclara que con esta decisión no se está lesionando de ningún modo el principio de la no reformatio in peius, toda vez que los juzgadores de instancia en realidad no liquidaron la pena tal y como se solicitó, pues, al incluir un dato erróneo, se rechazó tal gestión. Por otra parte, también resulta necesario aclarar el porqué no resultan aplicables al caso de marras las reglas del delito continuado. En cuanto a este punto, la doctrina ha insistido en que la diferencia básica entre el delito continuado y el concurso material consiste en que, en aquella hipótesis, la conducta que despliega el agente obedece a un plan común o, dicho de otro modo, se requiere que cada uno de los delitos sean de algún modo dependientes entre sí, es decir, que se esté frente a una pluralidad de hechos que apunten hacia la realización de una única figura: "... Con respecto a este tema, si bien existe, o por lo menos es exigible por la doctrina mayoritaria, la unidad de resolución final para que pueda corporeizarse el delito continuado, creemos que la identidad y autosuficiencia propias de cada uno de los actos realizados por sí mismos autoriza, en función de los tipos llamados a concurrir, a afirmar que hay más de un hecho, por

cuanto cada uno de los que integran el delito continuado son individualmente delitos autónomos ... en tal sentido la esencia del delito continuado no radica en la comisión de un único hecho y su encuadre típico correspondiente, sino en la concreción de varios hechos y encuadres que son, a tenor de circunstancias especiales, dependientes entre sí ... la otra condición exigible —correspondiente al dolo único— estaría haciendo referencia a la unidad de resolución final receptada por el mismo dolo, el que, como elemento central del tipo subjetivo, explicaría claramente la imposibilidad de multiplicar los tipos llamados a concurrir ante la evidencia de una única voluntad realizadora del tipo objetivo ...", Arce Agge (Miguel Ángel), "CONCURSO DE DELITOS EN MATERIA PENAL", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1ª edición, 1996, pág. 193. Según lo anterior, tendríamos que los elementos que convertirían un concurso material en un delito continuado, son de dos tipos: a) Objetivamente se tratará de varios delitos homogéneos en concurso material, es decir, que no son independientes o autónomos entre sí por tener cierta conexión espacial y temporal; y b) subjetivamente se debe dar una unidad de resolución final en el agente activo, es decir, que el dolo debe consistir en una única voluntad dirigida a la lesión del mismo bien jurídico. Debemos entender, entonces, que en el delito continuado, según una valoración global o integral de lo acaecido, sólo existe una única conducta delictiva, aunque cometida en distintos momentos o etapas a través de la realización de distintas acciones perfectamente separables y distinguibles unas de otras: "... el delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o tentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito ..." Muñoz Conde (Francisco), "TEORÍA GENERAL DEL DELITO", editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª edición, 1989, página 198. La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que los elementos antes citados necesariamente deben estar presentes para que se puedan aplicar las reglas sustanciales del delito continuado: "... esta figura supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad), pero que impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados concursen materialmente. ¿Cuál es el criterio que permite diferenciar entre un delito continuado y un concurso material de delitos? Considera esta Sala que debe consistir en que la finalidad que persigue el autor, en relación con los bienes jurídicos que está afectando con sus acciones, sea incompatible con la naturaleza del concurso material ... la figura del delito continuado es una excepción sui generis a las reglas del concurso material. De ahí que la doctrina señale que la aplicación del delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos ... A lo anterior debe agregarse que, objetivamente, la persecución "de una misma finalidad" debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues «tal resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo "para qué" y un total programa, del cual los actos sean la ejecución» (ibidem, pág. 104). Lo anterior resulta claro si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener

conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que persigan una misma finalidad, «de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (BACIGALUPO, Enrique: Principios de Derecho Penal, 2ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, págs. 282 a 283. En este sentido véase la resolución de esta Sala V-796-F de las 10.30 horas del 6 de diciembre de 1996) ..." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 787-F-96, de las 9.50 h del trece de diciembre de 1996. Una vez expuestas estas consideraciones, al analizar el caso que nos ocupa tenemos que los dos elementos básicos que se han desarrollado no se encuentran presentes en las conductas individuales por las cuales fue sentenciado el acusado. Si bien es cierto existe un mismo *modus operandi* en las delincuencias (la adulteración de una cédula de identidad y la suplantación de su verdadero titular, ello con el fin de recibir un préstamo de dinero al hipotecar un bien ajeno), ello no resulta suficiente para estimar que se esté en presencia de un conjunto de acciones homogéneas dependientes entre sí, pues lo cierto es que las conductas que desplegó el agente activo no tienen la mínima conexión espacial, temporal o subjetiva entre sí, de donde deba concluirse que se trata más bien de la comisión separada de varios delitos, resultando aplicables —según se explicó— las reglas del concurso material. Así las cosas, se acoge parcialmente la impugnación que se plantea, liquidando la pena global del acusado, conforme las exigencias del concurso material retrospectivo, en el tanto de quince años de prisión. En lo demás, se rechaza el recurso."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 551 de las 9.35 h del 12 de junio.

10. FALSEDAD IDEOLÓGICA - Inserción de datos falsos en parte de tránsito.

"En cuanto al delito de Falsedad Ideológica debe mantenerse la condenatoria que resulta del fallo de mérito. Aún y cuando el Tribunal de mérito consideró que la Falsedad Ideológica y la Autocalumnia fueron cometidas en concurso ideal, no estima la Sala que exista contradicción alguna con la forma en que aquí se está resolviendo. En efecto, en la especie constan como debidamente acreditados todos los elementos objetivos y subjetivos para la configuración de la Falsedad Ideológica (Art. 360 del Código Penal). Así, se tiene que la encartada hizo insertar —mediante el Inspector de tránsito— datos falsos en el parte oficial correspondiente de folio 6, pues indicó en aquella oportunidad que era ella quien conducía el automotor, cuando se acreditó que no fue así. En consecuencia, su acción fue idónea para poner en peligro el bien jurídico que protege la norma citada. Ante tal circunstancia debe mantenerse la condenatoria fijada por el a quo, siendo procedente adecuar la pena a un año de prisión, en el entendido que deberá descontarla en la forma y lugar que indica el fallo recurrido. Para imponer la sanción se toman en cuenta la puesta en peligro del bien jurídico, los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible —considerados ya por el a quo—, así como los demás factores a los que alude el artículo 71 del Código de la materia. Se mantiene incólume

el beneficio de ejecución condicional de la pena, durante el término y bajo las condiciones fijadas en el fallo recurrido."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 492 de las 10.15 h del 22 de mayo.

11. FALSO TESTIMONIO - Inexistencia en declaración sobre hechos propios - Prevalencia de la condición de testigo cuando también se ha declarado como imputado.

"En relación con el coimputado G.M.M. el recurso debe declararse con lugar. Como bien lo afirma el recurrente, su defendido, G.M.M., ostentó, en la causa que dio origen a la averiguación del Falso Testimonio, la calidad de imputado, y en esta condición no podía cometer ese delito, que, como delito especial propio requiere expresamente una calidad determinada del sujeto activo, que en este caso es una calidad jurídica otorgada por la ley a quien esté en la posición de testigo, perito, intérprete o traductor. Cualquier otra persona que no ostente tales calidades no podrá realizar el delito de Falso Testimonio. Así, en el caso del imputado, la doctrina ha negado la calidad de autores de este delito a quienes declaran en una causa propia o sobre hechos propios, como sucede en el presente caso (CREUS, Carlos: Derecho Penal. Parte Especial, Tomo 2, 3ra. edición, 2da. reimpresión, EDITORIAL ASTREA, Buenos Aires, 1992, p. 348. SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo 5, 9na. reimpresión, TIPOGRÁFICA EDITORIAL ARGENTINA (TEA), Buenos Aires, 1983, p. 228. MUÑOZ CONDE, Francisco: Op. cit., p. 735. VIVES ANTON, T.S., op. cit., p. 116. In extenso, v.: CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. El delito de Falso Testimonio, JURICENTRO, San José, 1982, pp. 57 ss.). En el caso sub exámine, observa la Sala que el imputado G.M.M. figuró, material y formalmente, como acusado por el delito de Homicidio Culposo en la misma causa seguida en contra de su madre por el citado delito. En ese expediente (1079-E-95 del Juzgado de Instrucción de San Ramón) G.M. declaró como testigo a las catorce horas cuarenta y cinco minutos del trece de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (folio 14 y 15 de los autos) y, posteriormente, fue requerido por el Ministerio Público por el delito de Falso Testimonio (folios 53 a 54), e indagado en el mismo Juzgado de Instrucción a las quince horas cuarenta y cinco minutos del cinco de junio de mil novecientos noventa y seis (folio 58); el ocho de agosto de mil novecientos noventa y seis a las trece horas con cinco minutos se dictó a su favor Auto de Falta de Mérito (folio 75), y, según consta a folio 80, a las trece horas cinco minutos del veintidós de agosto se le dictó un auto de Prórroga Extraordinaria por el término de un año. Ciertamente, si el imputado declaró en una misma causa como testigo y como imputado, debe prevalecer esta última posición por sobre aquélla, debiéndosele reconocer todos los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico le otorga a los justiciables. Por último es importante señalar que no es cierto que el imputado, por esa condición, tiene derecho a mentir en el proceso. Es abundante la jurisprudencia de la Sala Constitucional en la que expresamente se declara "...no es posible deducir, de la disposición 36, ni siquiera en materia

penal, un derecho fundamental del acusado a mentir en el proceso. Por el contrario, tal y como se ha venido indicando, el alcance de la garantía en cuestión se circunscribe al derecho de no declarar, de no ser obligado a ello, y al de no declararse culpable..." (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 6359-93. San José, a las catorce horas cincuenta y siete minutos del primero de diciembre de mil novecientos noventa y tres). En todo caso, se aclara que en el presente recurso no se trata de valorar si el imputado mintió o no, porque cuando el Juzgado lo llamó a rendir declaración indagatoria, el mismo se abstuvo. Así, aún y cuando el señor G.M.M. declarara como testigo, materialmente, era un imputado que tendría que deponer sobre hechos propios. Por lo anterior, siendo que el imputado no figuró como testigo, perito, intérprete o traductor, su posición de parte en el proceso, excluye su autoría; razón por la cual debe absolvérsele por el delito de Falso Testimonio, declarando con lugar el recurso por el fondo que se interpuso a su favor."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 492 de las 10.15 h del 22 de mayo.

12. PARRICIDIO - Incomunicabilidad de la circunstancia del parentesco.

"En este capítulo del recurso, como vicio in iudicando, se acusa la violación del artículo 39 de la Constitución Política y la errónea aplicación de los artículos 22, 23, 30, 45, 71, 112 incisos 2º y 3º [sic] y 213 del Código Penal, solicitando que se case la sentencia, absolviendo de toda pena y responsabilidad a F.Ch.B., por las siguientes razones: A) Porque en este caso, entre los delitos de Homicidio calificado y Robo agravado, no se da un concurso material —como tácitamente lo estimó el a quo— sino un concurso aparente de normas: «...siendo el Robo —dice el recurrente— uno de los elementos de tipicidad del Homicidio el Tribunal mismo así lo analiza [sic] en su sentencia, pero se equivoca al calificar separadamente, puesto que si bien es cierto uno de los protagonistas era entonado del occiso, este es otro elemento de tipicidad del homicidio, pero no un elemento de separación, debiendo ser lo correcto aplicar el artículo 23 ibídem; además que el Tribunal debió estar a lo que más beneficia al reo; en tal virtud fue aplicado erróneamente el artículo 22 del Código Penal y se dejó de aplicar el 23 ibídem, violándose así la Ley Sustantiva y es que en esta índole de situaciones, el Tribunal no tiene potestades omnímodas, sino que debe ajustarse a las reglas legalmente preestablecidas» (Recurso, folio 291); B) Porque quedó demostrado que quien tuvo la idea de golpear y robar a su padrastro fue G.S.Q. (no quedó demostrado que el imputado Ch.B. planeara el Homicidio y el Robo, ni que entregara o facilitara su arma con tal propósito, ni que ejerciera influencia tal sobre los menores que los indujera a asaltar, robar y matar al ofendido). Ch.B., agrega la defensa: «...no realizó la acción ni física ni intelectualmente y no tuvo culpa, ni ejerció DOLO, en la comisión de dichos ilícitos...» (Recurso, folio 292). Señala la defensa que el fallo es "extremadamente subjetivo", "sumamente traído del pelo", que fue resuelto por íntima convicción, no por sana crítica y que hace retroceder la justicia penal en nuestro sistema democrático de Derecho; C) Porque

se le atribuye a su patrocinado ser autor mediato de los delitos de Homicidio calificado y Robo agravado a partir de suposiciones, sin ninguna prueba que permita tener certeza al respecto; D) Porque no se analizan los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible, sino que se le atribuye a su defendido la autoría mediata de dos delitos a partir de prueba ilegítima, por el dicho de dos oficiales del Organismo de Investigación Judicial que refirieron que dos de los menores partícipes les habían dicho que el responsable de tales delitos era el acusado F.Ch.B.; E) Porque —respecto a los artículos 112 incisos 2 y 3 [sic] y 213 del Código Penal— hubo errónea aplicación de la ley sustantiva al creer que su patrocinado cometió esos delitos "por telepatía", ya que no se estableció en sentencia que él planeó el Robo y el Homicidio, ni que hubiera instruido a los tres muchachos para ello, ni que tuviera influencia determinante sobre la voluntad de estos tres, ni que tuviera un motivo o razón suficiente para cometer tales delitos, circunstancias sin las cuales no se puede establecer la autoría. IV.- Sobre el recurso por el fondo. La mayor parte del reclamo resulta infundado (particularmente los puntos B, C, D y E), ya que —en términos generales— la motivación del agravio no se refiere específicamente a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva con que debe juzgarse el hecho acreditado en sentencia —motivo de casación invocado por el recurrente—, sino que, en realidad, alude a la validez y fundamento probatorio de los hechos que se tuvieron por probados, lo cual rechaza con los argumentos indicados. Tal planteamiento infringe el orden dispuesto por los artículos 471, inc. 1), 477, 452 y 458 del Código de Procedimientos Penales de 1973, cuya inobservancia se sanciona expresamente con inadmisibilidad. El recurso por el fondo debe formularse a partir del supuesto de hecho establecido en la sentencia, a efecto de examinar si el caso se resolvió de acuerdo con la ley sustantiva aplicable, no para revisar la solución del problema probatorio que antecedió la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estimó acreditado, lo cual es objeto del recurso por la forma, pues esta cuestión atañe a lo que es la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y a la fundamentación de la sentencia, que son algunas de las formas procesales a las que debe ajustarse el juzgador. En este asunto resulta del todo imposible haber aplicado erróneamente los incisos 2) y 3) del artículo 112 del Código Penal, ya que estos no fueron designados por el Tribunal de mérito para declarar el hecho como constitutivo de Homicidio calificado, sino que en realidad aplicó el inciso 1) de tal numeral. La cuestión a examinar. Así, pues, la única parte del reclamo que resulta formalmente admisible es la enunciada en el punto "A" del Considerando anterior, donde se indica que el asunto debió juzgarse con las reglas del concurso aparente de normas y no con las del concurso material. El hecho acreditado. Para examinar esta cuestión debe estar a los hechos probados de la sentencia, donde se indica que el encartado F.Ch.B. se reunió con los tres menores de edad A.T.G. (conocido como "N."), J.G.A. y G.S.Q. y planearon efectuar un robo en la casa del ofendido A.S.Z. Para tal efecto, Ch.B. les entregó a los tres menores un revólver con la intención de que "intimidaran y cometieran el robo" en la casa del ofendido. Así, los tres menores se trasladaron hasta la casa de habitación del ofendido, en San Rafael de Heredia, tocaron las puerta y

les abrió el menor J.A.S.V. S.Q. (hijo del ofendido S.Z.) le manifestó a S.V. que necesitaba sacar unas pertenencias, razón por la cual éste le permitió el ingreso y una vez adentro, amarraron e intimidaron a S.V. Posteriormente se presentó a su casa el ofendido y al ingresar se dio un forcejeo entre éste y los menores, siendo que uno de estos le disparó en la cabeza a S.Z., que le causó la muerte. Acto seguido le sustrajeron diversos bienes, incluida una gran cantidad de dinero. Posteriormente los tres menores se reunieron con el imputado Ch.B., a quien entregaron los bienes sustraídos y todos juntos se trasladaron en el vehículo del acusado hasta las cabinas "Costa Alegre" en Guanacaste, lugar donde durmieron, pagando Ch.B. los gastos de alojamiento y alimentación de los menores. Luego, según se narra en la sentencia, estos sujetos fueron detenidos (cfr. Sentencia, folios 274 a 275). A los anteriores hechos, que han sido resumidos en sus aspectos de relevancia penal, es necesario agregar las siguientes consideraciones del Tribunal de mérito, respecto al dolo del acusado: «Para asegurar el resultado del ilícito, el imputado Ch.B. les facilitó un arma de fuego. Es probable, y así lo estima este Tribunal, que la intención final no fuera precisamente provocar la muerte del ofendido, pero al llevar un arma de fuego resulta obvio que en el caso se produce una situación de dolo eventual, pues ese resultado debió al menos aceptarse como posible, de suerte entonces que definitivamente existen suficientes elementos para afirmar con certeza que el imputado sí es autor responsable de los hechos que se le acusan...» (Sentencia, folio 286). La calificación del tribunal a quo. Hechas estas consideraciones, el Tribunal de mérito tuvo al imputado F.Ch.B. como autor mediato de los delitos de Robo agravado y de Homicidio calificado, conforme a la relación que resulta de los artículos 31, 45, 49, 112, inciso 1), 209, inciso 7) y 213, incisos 2) y 3) del Código Penal. Coautoría, incommunicabilidad de la agravante en el parricidio y homicidio *criminis causa*. Considera esta Sala que en realidad se está en presencia de una coautoría y que fue un error calificar el Homicidio —respecto al imputado Ch.B.— a través de los artículos 49 y 112, inc. 1) ("parricidio") del Código Penal, por lo que es necesario corregir parcialmente el fundamento legal de la sentencia, conforme al artículo 484 del Código de Procedimientos Penales de 1973. Esto así, porque la relación de parentesco existente entre S.Q. (coautor) y S.Z. (ofendido) no es una "circunstancia material" de agravación que se pueda comunicar conforme al párrafo tercero del artículo 49 del Código Penal, sino que en realidad es una "calidad personal", pero que no es "constitutiva" (sino agravante) de la infracción, razón por la cual tampoco existe comunicabilidad mediante la teoría del conocimiento, conforme al párrafo 1º de ese mismo artículo. Es que el artículo 49 no regula el tratamiento de calidades personales no constitutivas de la infracción, cuyo efecto sea agravar la pena a imponer, omisión que ha sido detalladamente analizada en una de las monografías del Dr. Francisco Castillo González, quien respecto a los delitos especiales impropios (como lo es el parricidio, en que la calidad personal tiene la única función de agravar la pena del autor, pero existe correspondencia fáctica con un delito común —artículo 111— que puede ser cometido por cualquiera que no posea esa calidad personal) señala que: «La segunda situación se refiere a las cualidades (o relaciones o circunstancias) personales no constitutivas de la infracción,

cuyo efecto sea agravar la penalidad; a ellas no se refiere el artículo 49 CP. Tales son las simples circunstancias agravantes personales, llamadas subjetivas. Por ejemplo, es una circunstancia subjetiva (o personal) agravante, perpetrar la privación de libertad sin ánimo de lucro, con abuso de autoridad (Arts. 191 y 192, inciso 4) CP) o bien la reincidencia, la profesionalidad, etc. Estas circunstancias agravantes especiales, no cambian la calificación del hecho (delito-tipo) ni elevan su contenido injusto del tipo, sino que sólo elevan la culpabilidad de quien las ostente (*Schuldmerkmale*). De conformidad con el principio de culpabilidad esas circunstancias son imputables individualmente; por tanto ellas no se comunican, porque nadie debe responder, aunque sepa que existen en otros partícipes, por elementos especiales de la culpabilidad, que no tiene en su propia persona». Luego dice este autor que: «El artículo 49 de nuestro Código Penal, tal y como está redactado, es incompleto, pues no regula las circunstancias personales cuyo efecto sea agravar la responsabilidad o hacer que el tipo penal se transforme, de un tipo simple en un tipo agravado, produciendo un cambio de título (por ejemplo, la relación de parentesco [sic] en el homicidio calificado del artículo 112, inciso 1) del Código Penal)» (el subrayado es suplido, CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: *La Participación Criminal en el Derecho Penal Costarricense*, San José, Editorial Juritexto, 1993, págs. 67 y 140). Además, no debe perderse de vista que en la comunicabilidad de las circunstancias del artículo 49, el adjetivo plural "partícipes" debe interpretarse en sentido estricto, es decir, debe entenderse que alude únicamente a los instigadores (artículo 46) y a los cómplices (artículo 47), porque la autoría no es accesoria de la participación, sino que la participación es accesoria a la autoría, de manera tal que sólo se comunican al partícipe las "calidades personales" del autor conocidas por aquél (instigador o cómplice), y no al revés (así, CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: *La Autoría Mediata*, San José, Litografía e Imprenta Lil S.A., 1987, pág. 195; CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: *La participación...*, pág. 61; ZAFFARONI, Eugenio: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar S.A., 1996, § 410, pág. 594; VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1995, pág. 574 y 578; BACIGALUPO, Enrique: *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Ediciones Akal S.A., 1990, págs. 234 a 235). Las circunstancias personales constitutivas de la infracción sí se comunican a los partícipes en el delito especial propio, como lo son el Peculado (artículo 352) o el Prevaricato (artículo 348), pues estos sólo pueden ser cometidos por un funcionario público (intrañeus) y no por quien carezca de esa calidad (extrañeus). Señala CASTILLO que «Cuando se trata de un delito especial propio, por ejemplo, el peculado [...] el Legislador establece que el cómplice o instigador, son punibles como partícipes de peculado, si conocían la calidad especial que tenía el autor del delito. A contrario sensu, se deduce del mismo artículo 49 CP que si el cómplice o instigador desconocían la calidad de funcionario del autor principal, no responden como partícipes en el delito de peculado y son, por tanto impunes» (CASTILLO, *La participación...*, pág. 64). Por ello, en el presente caso, no se puede comunicar a Ch.B. la calidad personal del menor S.Q. para calificar el Homicidio. Pero lo anterior no quiere decir que se esté entonces en presencia de un Homicidio simple

(artículo 111 del Código Penal), pues lo cierto es que si entre los tres menores dieron muerte a S.Z. para consumar el Robo, en vista de la resistencia que el ofendido opuso a la ejecución de ese delito, tal circunstancia califica el Homicidio, conforme al artículo 112, inciso 6) del Código Penal (así LLOBET, Javier y RIVERO, Juan: Comentarios al Código Penal, San José, Editorial Juricentro, 1989, pág. 28; CREUS, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, T. I, Buenos Aires, Editorial Astrea S.A., 1988, § 88, pág. 40). Conforme al artículo 45 del Código Penal, Ch.B. es coautor de los delitos de Robo agravado y Homicidio calificado porque los realizó compartiendo el dominio del hecho con los tres menores de edad, dividiéndose funcionalmente las tareas de acuerdo con un plan común, actuando con dolo directo respecto al Robo agravado y con dolo eventual respecto al Homicidio calificado, ya que al determinar a los tres menores para robar con violencia sobre las personas y con un arma de fuego (que él mismo les suministró) puede estimarse con certeza que aceptó, previendo al menos como posible, la muerte del ofendido —tal como estimó el a quo—, pues dada la naturaleza de la acción a emprender, las circunstancias (en la casa de habitación del ofendido), el modo (entre varios sujetos) y los medios seleccionados para ejecutarla (con violencia sobre las personas y utilizando arma de fuego), para Ch.B. era racionalmente conjeturable una posible reacción defensiva por parte del ofendido, contingencia frente a la cual sus tres coautores —por la inexperiencia, nerviosismo o temeridad que dimana de su juventud— podían responder con la utilización efectiva del arma que él les suministró al efecto, contingencia —valga la reiteración— anticipable y no obstante la cual se realizó la conducta acreditada en sentencia. Es aquí donde radica el fundamento legal de su culpabilidad, no en la "telepatía", como alega el recurrente. La conducta de Ch.B. no constituye autoría mediata porque los tres menores que actuaron con él son imputables y cometieron dolosamente los injustos penales referidos; tampoco constituye una instigación porque lo cierto es que él tuvo codominio del hecho, aportó el arma empleada durante la ejecución y compartió con los menores el botín."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 943 de las 16.16 h del 29 de setiembre.

13. RESPONSABILIDAD CIVIL - Tutela del tercero de buena fe no puede prevalecer sobre derechos de víctima despojada fraudulentamente de sus bienes.

"En los tres motivos de su impugnación por vicios de fondo, el recurrente cuestiona la sentencia, en cuanto ordena la cancelación de los asientos de inscripción, al amparo de los cuales, su representada adquirió el inmueble, objeto de la estafa por la que se condenó al imputado. A juicio del impugnante, la sentencia aplica erróneamente el párrafo final del artículo 123 de las disposiciones vigentes sobre responsabilidad civil derivada del delito, del Código Penal de 1941, pues en ella claramente se establece que, como parte de la reparación del daño causado por el delito, se ordenará la restitución "aun cuando la cosa se hallare en poder de un tercero, dejando a salvo los derechos que la ley civil confiere a éste" y, en el caso concreto, su

representada, es una sociedad mercantil que adquirió el bien inmueble objeto de la estafa juzgada, al amparo de la publicidad registral, ignorando por completo la falsedad del título inscrito y por ello, actuando como tercero de buena fe, que debe, en consecuencia, ser amparado en todo caso, como lo establece el numeral 440 del Código de Comercio, numeral que alega inobservado, pues en él se establece que la compraventa de cosa ajena es válida, siempre que el comprador ignore tal circunstancia. Por ello, bien entendido el párrafo final del artículo 123 señalado, su representada debe tenerse como un tercero de buena fe y, en razón de ello, los "derechos que la ley civil confiere a éste", en este caso concreto, significan el derecho a conservar el inmueble en su poder, así como la inscripción que ampara su derecho, adquirido bajo el manto de la publicidad registral. El reclamo no es procedente. Resulta innegable que las disposiciones que, en el derecho privado, regulan el tráfico de los bienes, contienen normas directamente encaminadas a salvaguardar la seguridad en ese tráfico y la tutela de quienes han contratado, actuando de buena fe, que es el principio rector —artículo 21 del Código Civil—. Cuando las actividades privadas son objeto de regulación por el derecho, es porque se estima involucrado, innegablemente, un interés público que justifica tal regulación, en aras de conservar la paz y la armonía social, clima en el que se desea se desenvuelvan las actividades sociales de toda índole. El Derecho Privado es, regulador y ordenador de ciertas esferas de la vida de los particulares que revisten interés social y que, convertidas en leyes, son de acatamiento obligatorio. La materia contractual es una de ellas y, en específico, el tráfico de bienes muebles e inmuebles sujetos a inscripción registral es, quizá, de los más cotidianos. Es entendido que la regulación de los contratos —valga la insistencia— se encamina a garantizar la buena fe, los principios básicos de expresión de la voluntad y de aseguramiento de los derechos de las partes. Son los lineamientos generales dentro de los cuales las partes han de moverse, en el marco de libertad constitucionalmente consagrado —artículos 28, 45 y 46 de la Constitución Política—. No es ajeno a la realidad, que el tráfico y comercio de bienes, sean el terreno fértil para que se generen situaciones que, además de rebasar los límites de la buena fe, resultan ser delictivas. Y ya entrados al campo penal, al sector represivo del Estado, estamos en un área de eminentísimo orden público, desde que el Derecho Penal, en un Estado de Derecho, al ser concebido como la ultima ratio, se dirige a tutelar, con todo el peso del poder represivo estatal, los bienes jurídicos esenciales para la colectividad. Y, dentro de esta tesitura, nadie ignora que, para la tutela de esos bienes jurídicos, se estructuran sanciones que, cumpliendo con el principio de racionalidad y proporcionalidad, también afectan derechos fundamentales del condenado, entre ellos, su propia libertad. De lo dicho resalta que, ambas esferas del ordenamiento jurídico —el derecho privado y el derecho penal— si bien conforman una unidad normativa, ello no significa que los principios que en uno, se dirigen a asegurar el tráfico de bienes y la buena fe, prevalezcan o se contradigan con aquél que tutela en forma represiva, la lesión a los bienes jurídicos esenciales y que, con motivo del hecho delictivo, han lesionado, además, en forma intensa los derechos del directamente ofendido, una víctima que, constitucionalmente, tiene el derecho a "encontrar reparación para las injurias o

daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales" —artículo 41 de la Constitución Política—, tutela que existe en todas las esferas del ordenamiento jurídico, pero que se refleja en forma más intensa cuando se trata de la víctima de un hecho delictivo, por la lesión a bienes e intereses fundamentales que eso implica. Por eso, es criterio de esta Sala que, como sucede en el caso concreto, la víctima de un despojo de sus bienes, hecho al amparo de documentos falsos que logran ser inscritos en el Registro Público, tiene derecho a recuperar el bien que le ha sido, de esta manera, sustraído en forma fraudulenta, aun cuando haya terceros adquirentes de buena fe, que a su vez confiaron en la publicidad registral. Lo dicho no implica, en forma alguna, desconocer a los terceros de buena fe, la tutela y defensa de sus intereses, porque ellos conservan los mecanismos previstos en la legislación civil para reclamar, contra el vendedor, la garantía y, en todo caso, el pago de los daños y perjuicios, así como las restantes indemnizaciones que correspondan —pago de mejoras, por ejemplo—, según los principios que allí se establecen. A juicio de esta Sala, la tutela del tercero de buena fe, no puede implicar que su situación prevalezca sobre la de quien ha sido, en forma fraudulenta, subrepticia e indefensa, sorprendido con el despojo de la titularidad jurídica de los bienes que le pertenecen y que, por imposición del Estado, está obligado a inscribir y registrar. En el caso de los inmuebles y de los vehículos, es por una obligación, instaurada por el Estado, con el fin de dotar de seguridad al tráfico de esos bienes, que los mismos deben inscribirse en el Registro. Si el funcionamiento de esa entidad es defectuoso o insuficiente para garantizarle a ese propietario, que debe inscribir sus bienes, el respeto de sus derechos legítimamente adquiridos, eso no puede ser utilizado como excusa para legitimar los fraudes que por medio de documentos públicos falsos y que, utilizando la propia estructura registral, logran el despojo jurídico de los bienes o incluso, legitimar la adquisición espuria de los mismos —por ejemplo, el caso de vehículos robados a sus propietarios, cuyas características son alteradas para luego, mediante falsos documentos, lograr su inscripción registral, despojando, no sólo de hecho, sino de derecho, a su propietario, del disfrute del bien—. En el caso de los bienes inmuebles, son muchas las ocasiones en que, el legítimo propietario registral, aún conservando la posesión del bien, es jurídicamente despojado de la misma, al amparo de documentos falsificados que, tergiversan la información que el Registro da a los terceros, que luego, amparados en esos datos, adquieren derechos sobre ellos. Aun cuando es muy dudosa la transparencia de un negocio, en el que se adquiere un inmueble que ni siquiera se ha visto, lo cierto es que puede ser que de buena fe eso suceda, amparado únicamente en la publicidad de los datos registrales. ¿Qué consecuencias tiene esto en la realidad? La tutela de los terceros adquirentes de buena fe, en los términos que se pretenden por el recurrente, en casos como el narrado, implican despojar al legítimo propietario y al actual poseedor, del bien que le pertenece, para darlo a un tercero, en aras de los principios de seguridad registral. Tal solución resulta, sin duda alguna, desmedida, desproporcionada y, finalmente, injusta. A juicio de esta Sala, la importancia de la publicidad registral y sus principios, no pueden prevalecer sobre el derecho de la primer víctima —el legítimo propietario, originariamente despojado en forma

fraudulenta— de mantener la titularidad plena sobre sus bienes o en todo caso, el derecho a ser restituido en el goce de los mismos. Los incumplimientos, vicios, errores o defectos en los bienes adquiridos, dentro del tráfico comercial, encuentran terreno de regulación en el Código Civil y, en lo que a su materia toca, en el Código de Comercio. Allí tienen los contratantes —y, por ende, los terceros adquirentes de buena fe—, las normas y las vías procesales para solventar los problemas surgidos a raíz de un contrato. Pero cuando una negociación surge, se modifica o se estructura sobre la base de falsedades documentales, es al Derecho Penal al que compete declarar la existencia del hecho, su responsable y determinar las consecuencias jurídicas que conlleva, no sólo penales propiamente —como sería la sanción—, sino las civiles y las de otra índole que se encuentren indisolublemente ligadas a la penal y a su objeto de tutela, pues es la sentencia penal la que tratará de restablecer la paz social, en lo posible restaurando las cosas al estado en que se encontraban antes del hecho. Dejar a salvo, en el caso de la restitución "los derechos de terceros", como reza el numeral 123 del Código Penal de 1941, significa que éstos conservarán los derechos para accionar contra quien les transmitió, en reclamo de los daños y perjuicios ocasionados y de las restantes indemnizaciones que pudieran corresponder, lo que bien pueden hacer, ejerciendo la acción civil resarcitoria en sede penal, cuando su vendedor y el imputado de la causa, sean la misma persona, o en la jurisdicción civil, mediante los procedimientos que correspondan. IV.- El impugnante estima, al propio tiempo, que se ha inobservado el numeral 456 del Código Civil, del que se ha hecho una errónea relación con el artículo 472 del mismo Código. El artículo 456 citado es claro cuando establece que "La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley. Sin embargo, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a terceros aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas o de causas que, aunque explícitas no consten en el Registro". Si bien el inciso 2) del artículo 472 señalado, establece que podrá y deberá ordenarse cancelación total de los asientos registrales, cuando se declare nulo el título en virtud del cual se ha hecho la inscripción, esto debe relacionarse con el artículo 456 y entender, que quien adquirió al amparo de la publicidad registral, estará siempre protegido, pues se considerará tercero de buena fe. En realidad, la Sala entiende que, según se analizó, la publicidad registral, es un instrumento establecido y erigido por el Estado, para asegurar el tráfico de bienes, dándole seguridad y respaldo a la información allí consignada. Pero es eso, un instrumento más, de innegable valor e importancia para amparar los derechos de quienes se ven perjudicados por errores, omisiones en la información consignada o bien para quienes han sido víctimas de aquéllos que, valiéndose de ese instrumento, lo utilizan para asegurar, a su vez, el resultado de un proyecto delictivo, mediante la utilización de documentos falsos, en perjuicio de los propietarios registrales verdaderos y, realizar a su amparo, entre otros, falsos traspasos que luego, so pretexto de la seguridad que la propia publicidad representa, extender los efectos del delito, a terceras personas que actúan, la mayoría

de ocasiones, de buena fe, si bien no faltan casos en los que, quien adquirirá "al amparo del registro", también conoce la maniobra fraudulenta y de ello precisamente, espera obtener provecho, para "legalizar" su situación y, de allí en adelante, iniciar la cadena de perjuicios, a los verdaderos adquirentes de buena fe, confiados en la información de la publicidad registral. En suma: la publicidad registral protege el derecho de los terceros de buena fe que han sido sorprendidos con maniobras fraudulentas, para poder reclamar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, según se establece en el campo civil. Pero no puede, en forma alguna, constituirse como mampara de legitimación de los hechos delictivos, al punto de ser un obstáculo para que la víctima de un delito —el propietario original, despojado de su bien por un documento falso que ha logrado inscribirse— pueda recuperarlo —de hecho y de derecho—. Por ello, en estos casos encuentra plena aplicación lo dispuesto por los numerales 539 del Código de Procedimientos Penales de 1973 (468 del Código Procesal Penal de 1996), cuando dispone que en la sentencia declarativa de una falsedad documental "el Tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstruido, suprimido o reformado" y el 541, al establecer que "Si se tratare de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia se anotará, mediante razón, al margen de la matriz, en los testimonios que se hubieren presentado y en el registro respectivo". Suprimir el documento significa eliminar el acto que por su medio se realizó, así como sus efectos. Como lógica consecuencia, los actos posteriores que de él dependan, deben anularse también, quedando salvos los derechos de los terceros de buena fe para el reclamo de las indemnizaciones que procedan. La protección que concede el numeral 456 del Código Civil, se entiende que rige frente a aquellos casos en que la nulidad o rescisión del título sobrevengan por situaciones jurídicas cuya ilicitud sea de índole civil estrictamente, mas no para oponerse a quien ha sido la víctima original de un despojo fraudulento, hecho al amparo de documentos públicos falsos y de inscripciones y asientos registrales logrados bajo su manto, aún si con posterioridad a ese acto, se hayan realizado otras transacciones en que se vean comprometidos terceros de buena fe, quizá también víctimas de alguna empresa delictiva. "Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir"; "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso", rezan, por su orden, los numerales 20 y 22 del Código Civil, normas que con claridad diáfana reflejan la plena armonía de lo aquí resuelto, con los principios que inspiran la aplicación e interpretación jurídica. Permitir que la publicidad registral ampare un ejercicio antisocial de los derechos por su medio consagrados, es consentir la persistencia del abuso y por ello, la sentencia penal debe, al

ordenar la supresión del acto generado en un documento falso, restablecer a la víctima en el pleno goce de sus derechos, quedando, para los terceros de buena fe, salvos sus derechos de reclamar las indemnizaciones correspondientes ante la jurisdicción civil, o bien, dentro del proceso penal, en los casos en que ello sea procedente. V.- La jurisprudencia de la Sala Primera Civil ha reconocido la importancia y los alcances de la publicidad registral en el tráfico de bienes, al tiempo que ha puntualizado que la inscripción no convalida actos que sean anulables o nulos, de conformidad con la ley. Así, ha señalado que: "(...) III.- El Registro Público de la Propiedad tiene como fin fundamental la inscripción, seguridad y publicidad de los derechos reales. En este sentido todo lo relativo al nacimiento, vicisitudes y extinción de éstos además de ser trascendente para su titular, adquiere gran relevancia en cuanto a los terceros, quienes sólo por la publicidad registral tienen acceso al conocimiento de la situación exacta de esos derechos, tanto en cuanto puedan confluir con otros derechos reales como respecto de las incidencias de los derechos personales sobre ellos. Los problemas surgidos entre diferentes derechos reales, o de derechos personales sobre éstos encuentran su regulación en el Código Civil en los numerales 455, 456 y 457, señalando la jurisprudencia lineamientos muy claros respecto de estas normas, sobre todo luego de la reforma al artículo 455 operada en virtud de la Ley N° 2928 del 5 de diciembre de 1961 (Sentencia de Casación N° 95 de las 15 horas 45 minutos del 7 de agosto de 1968). (...). Por su parte en la confluencia de derechos reales y derechos personales naturalmente ha de imperar el principio de primero en tiempo primero en derecho, de donde aun cuando una escritura pública hubiere sido otorgada mucho antes de una posterior, pero no presentada al Registro, tendrá prioridad aquella presentada primero, esto se desprende de la misma norma inalterada del primer párrafo del artículo 455 del Código Civil, sobre el cual no hubo reforma legislativa, y es la regla admitida en forma reiterada por la jurisprudencia. No obstante lo anterior, el ordenamiento jurídico no pretende darle mayor validez al Registro respecto de cualquier acto nulo o anulable presentado con anterioridad para su inscripción en el Registro, y mucho menos convalidarlo, de donde la parte tiene abierto el camino para que se declare uno u otro de los vicios señalados, sólo que cuando los actos o contratos fueren ejecutados por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán respecto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas o de causas que aunque explícitas no consten en el Registro (artículo 456 del Código Civil). Y se indica que el ordenamiento jurídico no pretende darle mayor validez al Registro respecto de cualquier acto pues si bien impera la regla de que las acciones de rescisión o resolución no se aplicarán al tercero que haya inscrito su derecho, esta regla tiene dos excepciones: la primera tiene un origen consensual, pues si las partes lo han estipulado y consta en el Registro la acción de rescisión o resolución perjudica al tercero, y, la otra, cuando las partes han impulsado la creación de actos so (sic) contratos en fraude de acreedores, en este caso opera la rescisión o resolución cuando la segunda enajenación ha sido hecha por título lucrativo, o cuando el tercero haya tenido conocimiento del fraude (artículo 457 del mismo Código)". (Sentencia 060-

F-91, de las 15.00 h del 24 de abril de 1991, Sala Primera Civil). Es evidente el esfuerzo de puntualización que, a partir de los textos legales, hace la jurisprudencia para remediar las situaciones de colisión de derechos, dando prioridad a la tutela del tercero adquirente de buena fe. Esta Sala comparte esa interpretación, si bien no la considera aplicable para el caso en que, la nulidad del título inscrito se deba a la falsedad del documento que lo ampara, pues en ese supuesto, cuando no sólo la identidad, sino, como lógica consecuencia, la voluntad y el consentimiento del titular registral del bien, han sido usurpadas fraudulentamente, para realizar negocios y movimientos registrales del bien, que implican un despojo de la titularidad jurídica y, en ocasiones, de la posesión real. En ese caso no puede hablarse de negocio, de venta y, al amparo de tal acto fraudulento, no pueden generarse efectos jurídicos válidos, aun cuando hayan intervenido, en la cadena de transmisiones y movimientos, terceros de buena fe. Tampoco podrían extenderse esos efectos, para legitimar las desposesiones —en el caso de vehículos— originadas en un delito —hurto o robo, por ejemplo—, que permiten, una vez con la posesión ilegítima del bien, variar sus características o simplemente usurpar la identidad del legítimo propietario registral y realizar una inscripción o un traspaso fraudulento, aún si con ello se perjudica luego, a un tercero adquirente de buena fe. Sin embargo, otra es la interpretación que, al tema, ha dado la Sala Primera y que, esta Sala respeta, pero que, por las razones dichas, no comparte. Así, aquélla ha señalado: "(...) VII.- El representante de la señora M.P., achaca violación directa de los artículos 325, 1045, 627, inciso 3) del Código Civil y 9 de la Ley número 3883 de 30 de mayo de 1967. Lo anterior por cuanto, según indica, no existe justa causa para condenar al pago de daños y perjuicios. Tal reproche no es de recibo. La codemandada dicha dispuso de dos bienes que no le pertenecían. Sobre ellos, posteriormente, otros demandados adquirieron derechos reales, de buena fe. Eso impide a la actora ejercer los atributos dominicales sobre los lotes adquiridos números 81473 y 81479. Tal disposición de la señora M., finalmente, desemboca en la supresión total del vínculo de carácter real observado por ella con respecto a esos bienes. Se produce pues un daño patrimonial, como efecto, cuya causa está representada por la conducta ilícita de la susodicha coaccionada. Configúrase, por ende, en la especie, la responsabilidad civil extracontractual contemplada por el artículo 1045 del Código Civil. Según establece este precepto, quien "... por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios". Ahora, como se ve, la condena depende de la producción de un daño originado en una conducta ilícita. Sobre ello, milita prueba abundante en el proceso. No precisa, en consecuencia, como lo pretende la recurrente, la anulación de los asientos de inscripción relativos a escrituras y planos catastrados. La coexistencia numérico-registral de las fincas litigiosas no liberan de responsabilidad a la recurrente. La situación fáctica del caso le permitió conocer que las superficies de los inmuebles 81473 y 81479, no correspondían con su derecho dominical. Al respecto, cabe recordar, la finca madre pertenecía a su esposo. Entonces, son segregados dos lotes, los cuales posteriormente compra el señor M.G. Incluso, uno de esos terrenos, tiempo después ella misma lo adquiere, aceptando la hipoteca; y aún así, la superposición

sobreviene con motivo de sus gestiones, inclusive sobre este último bien. VIII.- Es así como la entidad actora, ante el daño sufrido, pretende no sólo el resarcimiento sino también la recuperación de ambos inmuebles. Lo último sin embargo, por razones obvias basadas en la fe pública registral, en favor de terceros, no es posible. Estas adquirieron, de buena fe, al amparo del Registro. Es por ello que el Tribunal Superior, con tino, fundamenta el pago relativo al valor de las fincas, en el artículo 325 del Código Civil. La imposibilidad de recuperación impone el resarcimiento del menoscabo irrogado. De no ser así, acaecería en la especie el enriquecimiento ilícito de la señora M. (...) XII.- Con respecto a la violación directa argüida, la prueba de autos denuncia una incorrecta división de las propiedades. El error se origina en el proceso de segregación de lotes de una finca madre, en el cual intervino la señora M.P. Esta vendió lotes de su inmueble número 46161. Al momento de ubicarlos materialmente, según los planos, aparece una disconformidad consistente en sobreposiciones con terrenos de la actora, los cuales no fueron excluidos de las operaciones sucesivas de división y disposición efectuadas. En consecuencia, al sobrevenir éstas, acaece la superposición. Amén de ello, queda evidenciado en la sustanciación, lo pretendido por la codemandada M.P. de ampliar la cabida de la finca. Así lo verifica el plano de rectificación de medida visible al folio 69 del expediente. Según ahí se indica, la finca 46161 mide 59410 metros con 94 decímetros cuadrados, es decir, 7751 metros con 60 decímetros cuadrados más en relación con el área inicialmente ostentada por la propiedad, y 12215 metros con 60 decímetros cuadrados más que el resto del fundo adquirido de la empresa M.C.S.A. En fin, los autos determinan —bajo el supuesto que el inmueble original midiera en la realidad 51659 metros con 34 decímetros cuadrados— que actualmente el resto de la finca madre sobrepasa materialmente lo indicado por los planos. Ello, por haberse incorporado para la venta lotes que no pertenecían a la número 46161, lo cual materialmente permitió la no disminución de la porción segregada. XIII.- En la actualidad, sin darse la copropiedad sobre los terrenos en discusión, más de una persona figura como propietaria de un mismo bien. Ello por cuanto aparecen inscritos en el Registro Público, con diferentes números de identificación. Tal anomalía se originó en la aprobación —por parte de personeros del Catastro Nacional— de un desfase en la medida de las dimensiones de los terrenos, motivando que a una misma fracción, le asignaran varias numeraciones cual si fueran propiedades separadas. Ahí, el Catastro Nacional, de conformidad con su ámbito de acción (artículos 16 a 20 de la Ley Nº 6545, del Catastro Nacional, de 25 de marzo de 1981 y 42 del Decreto Ejecutivo Nº 13607-J, Reglamento a la Ley de Catastro Nacional, de 24 de abril de 1982) no debió refrendar los planos de los terrenos que serían identificados bajo los números 91779, 91787, —98254—, 91775 —90708 y 90710—. Dichos planos no reflejan la realidad de la propiedad; ni tampoco —como corresponde—, los parámetros físicos de los inmuebles respectivos. No obstante lo anterior, la señora M.P. dispuso de los bienes conformados según esos planos. Con ello, afectó el derecho de otro sujeto que ostentaba con anterioridad la propiedad de esa finca, tanto en el ámbito material cuanto en el registral y el catastral. De otro lado, por las razones aludidas, quienes transaron con la señora M.,

adquirieron de conformidad con la información del Registro de la Propiedad y del Catastro Nacional, existente en ese momento. Por ende, no tenían motivo para dudar en torno a la compraventa realizada. Así, por medio de dicho contrato, apoyados en los planos catastrados levantados (C-364507-79, C-364510-79, C-434227-81, C-358402-79 y C-358403-79), y la segregación de la finca 46161, accedieron legalmente, como terceros de buena fe, a la condición de propietarios de inmuebles, que en su materialidad, y con diferente número de inscripción, pertenecían a otros sujetos. De tal forma, resulta jurídicamente irrelevante, para resolver el conflicto, que la actora adquiriera, vía subasta, las dos propiedades reclamadas. Ello por cuanto el conflicto supone el enfrentamiento de derechos de carácter real; no de uno personal con otro de naturaleza real, para que encontraran aplicación en la especie, los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 455 del Código Civil. XIV.- Ahora bien, ante el choque de derechos referido, precisa determinar, con arreglo a la ley, quiénes han de figurar como propietarios de los inmuebles; asimismo, sobre quiénes ha de recaer la correspondiente exclusión en cuanto a la titularidad de esos bienes. Sobre el particular, no registra nuestra normativa civil disposición expresa que contemple y resuelva el problema de superposición de propiedades bajo las circunstancias mencionadas. Ha de acudir entonces a la integración del derecho para dar adecuada respuesta a la cuestión suscitada. Al respecto surge la figura de la adquisición a non domino, la cual encuentra sustento en la aplicación relacionada de los artículos 456, 457, 477, 481 y 1065 del Código Civil, tanto para bienes muebles cuanto para inmuebles. Los señores G.S., A.P., K.A.R.T., C.R.S., O.S.C., así como la Caja Costarricense de Seguro Social, adquirieron sus derechos reales sobre los inmuebles objeto de este juicio, a la luz de los datos del Registro Público (artículos 267, 268, 455 párrafo primero, 459, 464, 471 y 480 del Código Civil). Dicha información repútese fidedigna por no existir motivo alguno para dudar de su veracidad. Quienes adquirieron lo hicieron de una persona no apta para disponer del bien, pues en realidad no le pertenecía. Sin embargo, esa persona figuraba como propietaria en el Registro. Tan es así, que las respectivas escrituras de compraventa no fueron objetadas al momento de su inscripción (artículos 450 a 452 del Código Civil). Ello brinda protección a esos adquirentes de buena fe, quienes a su vez efectuaron las respectivas demarcaciones conforme al ordenamiento jurídico (artículo 297 del Código Civil). De esta forma, obtuvieron el título que los acredita como propietarios, con todos los atributos derivados del dominio. (...) XV.- La asignación numérica diferente por parte del Registro Público, no excluye la aplicación de la figura en cuestión. El principio que sirve de base a ésta, se halla presente en el sub júdice. A saber, la disposición de un bien ajeno, como si fuera propio, con fundamento en la información emanada del Registro Público, con arreglo a la cual actúa el adquirente, de buena fe. En consecuencia, el interés general amparado por la fe pública registral, prevalece sobre el particular, de las partes afectadas con una adquisición tal. Según lo expuesto, a los codemandados —con excepción de la señora A.M.M.P.— les son tutelados sus respectivos derechos reales así adquiridos. Lo anterior no implica transgresión del precepto constitucional sobre propiedad privada, pues constituye el medio de resolver

el conflicto sobre derechos reales de la misma jerarquía. Sólo que la solución se decanta en favor de aquél cuya actuación, en aras de la adquisición, se basa en un procedimiento de interés general. A la parte perjudicada con la pérdida de su derecho real, le asiste el derecho personal al resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos(...)" (sentencia 53-97, de las 14.30 h del 2 de julio de 1997, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia). Si bien en este caso, no existe declaratoria alguna que, en sede penal, determine que la persona que, mediante escrituras, reunió en forma ilegal fundos que sabía no le pertenecían, aumentando de esa forma la cabida de su propiedad, para luego, elaborar los planos de esa reunión y, una vez logrado su registro en el Catastro Nacional, segregó los inmuebles y venderlos, con la información así conformada en el Registro, ha cometido un delito, lo cierto es que está claro que perjudicó con su actuación a los verdaderos propietarios de esos fundos. Sin embargo, el antecedente citado expone con claridad la preeminencia de la protección de los terceros adquirentes de buena fe, sobre el propietario original, criterio que, para los casos en los que esté zanjada la existencia de la falsedad documental y su autoría, en perjuicio del propietario original despojado, esta Sala no comparte, por las razones expuestas. La posición de esta Sala ha sido compartida, de alguna manera, por los tribunales civiles y de ello hace ejemplo la sentencia del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las 9.25 h del 7 de abril de 1993, transcrita en la sentencia 14-F-94, de las 11.35 h del 25 de marzo de 1994 de la Sala Primera. En las consideraciones del fallo del Tribunal al que se ha hecho mención, se señaló: "(...) III.- De acuerdo con los hechos que se han tenido por demostrados en este proceso, la aquí actora se ha visto obligada a plantear la presente demanda ordinaria, no obstante que obtuvo un pronunciamiento firme del Tribunal Superior Primero Penal, Sección Segunda, mediante resolución dictada dentro de la acción civil resarcitoria en la cual se ordenó la cancelación de los respectivos asientos de traspaso que dieron origen al proceso penal, pero la ejecutoria no pudo inscribirse en el Registro por existir una serie de documentos anotados con posterioridad al asiento mediante el cual el bien objeto de este litigio, era traspaso a favor de la codemandada G.G. Como se ve de la certificación de folio 250 a 252, después de dicho asiento fueron inscritas dos hipotecas a favor de los codemandados A.B. e Inversiones C.S.A. y entre las anotaciones se encuentra la protocolización de piezas mediante la cual dichos acreedores se adjudicaron el bien subastado, en remate aprobado por el Juzgado dicho (...) VI.- Analicemos seguidamente cada una de las pretensiones a efecto de establecer su procedencia. El primer extremo tiende a que se declare absolutamente nula la escritura de compraventa otorgada el trece de febrero de mil novecientos ochenta y cinco, ante el Notario J.V.R.M. Esa pretensión es de recibo toda vez que en sede penal se estableció que la firma de la vendedora en dicho documento, señora R.M., fue falsificada y con ello se colige la ausencia del consentimiento que es uno de los elementos esenciales que debe regir en toda contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 1049 del Código Civil, en el que se expresa que la venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio. Por tal motivo deberá acogerse en la forma pedida, ya que ese contrato se encuentra viciado de nulidad

absoluta de conformidad con lo dicho en el artículo 835, inciso 1) del mismo Código. En virtud de ello, las excepciones que fueron opuestas por los co-demandados de falta de interés actual, falta de derecho, falta de legitimación ad causam activa y pasiva, falta de causa y sine actione agit, deberán rechazarse ya que sin duda alguna la demandante tiene un interés jurídico que proteger a través del órgano jurisdiccional, así como un derecho tanto real como personal, que la legitima a exigir la prestación que reclama en la forma que lo hizo. VII.- El segundo extremo petitorio con la letra b) busca que se declare que la finca del Partido de San José, inscrita al Folio Real ciento setenta y seis mil seiscientos treinta- cero cero cero, es propiedad única y exclusiva de la actora. Para poder concluir si esa pretensión es procedente o no, deben analizarse prioritariamente los extremos tres y cuatro identificados con las letras c) y d) mediante los cuales se persigue la declaratoria de nulidad de las escrituras por medio de las que la codemandada G.G. impuso dos hipotecas a favor de los codemandados B.T. e Inversiones C.S.A. Es por ello que seguidamente analizaremos, primero, si cabe o no anular esas escrituras de hipoteca. VIII.- En torno al extremo petitorio c) cabe señalar que de acuerdo con la prueba documental que consta en este expediente la demandada G.G. obtuvo la falsificación de la firma de la vendedora mediante la cual fue traspasada la finca objeto de este proceso a su favor el día trece de febrero de mil novecientos ochenta y cinco; sin embargo, dicho documento fue presentado al Registro Público hasta el día dieciocho de febrero de ese año y la escritura pública mediante la cual D.G. hipotecó la finca a favor de A.B.T. fue otorgada el catorce de febrero de ese año, o sea, al día siguiente de la fecha en que G.G. fraudulentamente obtuvo el traspaso a su favor. De ello se infiere que no es posible afirmar, como lo hace la Juzgadora de primera instancia, que su crédito está amparado por la norma contenida en el artículo 456 del Código Civil, ya que la demandada D.G. al catorce de febrero no aparecía ante el Registro Público de la Propiedad con derecho alguno sobre el inmueble que hipotecó diciéndose dueña. Por lo tanto, si la demandada G.G., valiéndose de un título que era absolutamente nulo hipotecó un bien que no le pertenecía, se concluye que el documento de hipoteca es nulo y por lo tanto así deberá declararse, desestimándose por ende las excepciones que los codemandados B. e Inversiones C.S.A. opusieron conjuntamente al contestar la demanda. Como antecedente jurisprudencial de esta misma Sección, cabe citar la Sentencia N° 417 del 19 de julio de 1985, mantenida por la Sala de Casación, en sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 44-91 de las 14.50 horas del 5 de abril de 1991, en la que en lo conducente se expresó: "... IV- Si la venta de cosa ajena es absolutamente nula, y si sólo puede hipotecar quien por ser dueño de la finca puede enajenarla, también será absolutamente nula la hipoteca constituida por quien no tenga la propiedad absoluta sobre el inmueble..." Lo anterior con apoyo en la doctrina que informan los artículos 264, 409, 410, 835, inciso 1), 1061, todos del Código Civil. IX.- Mediante el extremo petitorio d), se solicita la declaratoria de nulidad de la escritura mediante la cual se constituyó el crédito hipotecario a favor de Inversiones C.S.A. La Juzgadora de primera instancia estimó que tal pretensión no era procedente por cuanto dicha acreedora estaba amparada por lo que dispone el artículo 456 del Código

Civil. Sin embargo, es preciso señalar dos aspectos importantes en torno a la aplicabilidad de esa norma. En primer lugar, es criterio de la mayoría de este Tribunal que esa disposición legal debe interpretarse en el sentido de que la protección a terceros de buena fe cobra vigencia cuando el negocio de ese tercero es cristalino, pero no cuando se nota que el mismo fue realizado con cierta colusión como en este caso. Existen múltiples indicios que hacen presumir la existencia de un acuerdo o entendimiento entre la señora G.G. y los acreedores hipotecarios B.T. e Inversiones C.S.A. tales como el cortísimo plazo de escasos meses para cancelar sumas de dinero cuantiosas; el hecho de que el Notario Público del señor B. sea el mismo de la sociedad Inversiones C.S.A., que curiosamente y lo cual es muy poco usual, ambos acreedores se hubiesen adjudicado por partes iguales el inmueble rematado a efecto de quedar como copropietarios del mismo; que ambos contestaron en forma conjunta la presente demanda, y finalmente el hecho tan importante de que en realidad no han procurado en una forma enérgica asumir la efectiva toma de posesión del inmueble, pues se limitaron a plantear una tímida demanda de desahucio, la que les fue declarada sin lugar y tampoco aprovecharon el establecimiento de esta demanda para haber contrademandado a la actora, exigiendo la devolución de todas las rentas que ella ha percibido por concepto de alquiler de la edificación existente en la finca objeto de ese proceso, y/o la entrega forzosa de la finca. X.- El otro aspecto de relevancia que se considera importante analizar en cuanto a esa normativa, es que en realidad en el presente caso, lo que nos encontramos es con un enfrentamiento de derechos: por un lado el derecho de propiedad que legítimamente había adquirido doña A.M.R. y que se encontraba debidamente inscrito en el Registro correspondiente, enfrentado ante el derecho de los acreedores, derecho que inicialmente fue de crédito y ahora es de propiedad sobre el mismo inmueble, el cual se deriva de un acto fraudulento. De lo anterior se desprende que nos encontramos ante una cuestión de prioridad de derechos, y ante esa situación nos preguntamos ¿Cuál derecho prevalece sobre el otro? Evidentemente la respuesta para que se dé una solución justa a la controversia que se ha suscitado debe ser la que proteja y tutele el derecho de la actora, por ser éste en todo momento legítimo y auténtico y es precisamente con esa interpretación de la norma que se estima que sí son procedentes los extremos petitorios el c) y ahora el d) que se están analizando, pues los derechos de estos acreedores provienen de un derecho de propiedad adquirido por G.G. en una forma ilegal y por lo tanto el mismo vicio de nulidad ataca las escrituras de hipoteca que posteriormente otorgó diciéndose propietaria de un inmueble que en realidad no le pertenecía. En la sentencia de Casación dictada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 44 de las 14.50 horas del 5 de abril de 1991, se expresaron varios conceptos de sumo interés para el punto que ahora se discute, ya que allí lo que se dio fue el otorgamiento de una garantía hipotecaria de un bien sobre el cual el deudor no tenía el pleno dominio, pues tan solo tenía derecho a una dozava parte del inmueble que era propiedad común de él y varios hermanos, sin que aquéllos hubiesen consentido. Dicho bien fue rematado y adjudicado por un tercero, quien lo inscribió a su nombre en el Registro Público de la Propiedad. En lo

conducente se expresa: "...X- Como ha quedado establecido, la nulidad de la hipoteca hace también nulos los actos y contratos que sean consecuencia suya. En tal efecto, el remate, la adjudicación, la cesión de derechos, las diligencias de información posesoria y la inscripción del inmueble en el Registro Público, devienen nulas, pues en virtud de aquella nulidad, la situación jurídica se retrotrae al estado de cosas anterior al acto inválido, sea, a la situación imperante antes de la constitución hipotecaria... porque la nulidad absoluta acarrea insubsistencia jurídica del acto, de manera tal, que se elimina cualquier posibilidad de nacimiento o consolidación de derechos o efectos jurídicos en favor o en contra de alguna persona, aun cuando se hayan ejecutado en alguna forma esos actos o contratos, pues en virtud de la nulidad pierden también toda validez y eficacia dichos actos de ejecución, al restituirse la situación jurídica al momento anterior a la producción del acto viciado de nulidad..." Por tal motivo las excepciones de falta de interés actual, falta de derecho, falta de legitimación *ad causam* pasiva, falta de causa y *sine actione* agit, opuestas conjuntamente por los codemandados B. e Inversiones C.S.A. deberán rechazarse por improcedentes, e igual suerte corren las excepciones que opuso la codemandada G.G., por ser idénticas a las anteriores. XI.- Si como se ha establecido en líneas anteriores, es pertinente la declaratoria de nulidad de las escrituras de hipoteca que la demandada G.G. otorgó diciéndose propietaria, cuando en realidad no lo era, pues se dio la causal establecida en el inciso 1) del artículo 835 del Código Civil, al faltar un elemento esencial cual es ser la titular del derecho de propiedad del cual dispuso G.G. mediante el otorgamiento de las escrituras de hipoteca (...)" (el destacado es suplido). Sentencia del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las 9.25 h del 7 de abril de 1993. Por todo lo expuesto, es claro que la sentencia impugnada no adolece del vicio sustantivo que le achaca el recurrente. Su representada conserva el derecho de reclamar, contra quien corresponda, las responsabilidades del caso ante la pérdida del inmueble, así como las indemnizaciones que resulten procedentes, pero la propiedad debe restituirse al original y legítimo propietario, despojado por la acción fraudulenta del acusado. Por lo expuesto, el reclamo debe rechazarse."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 346 de las 9.30 h del 3 de abril.

14. RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA - Vehículo que transporta tucas de madera el día de los hechos.

"En todos los aspectos de su recurso por la forma (ver fs. 195 y siguientes), el apoderado de los actores civiles se dirige a cuestionar la conclusión del tribunal de mérito en cuanto estimó que no se acreditó que el camión placas [...], conducido por C.B.S., causante del doble homicidio culposo investigado en la presente causa, estuviera dedicado al transporte remunerado de carga o fuera explotado con fines comerciales o industriales, con lo que limitó la responsabilidad de la propietaria del mismo, la codemandada civil M.R.L. Señala en un primer motivo que existe falta de fundamentación porque el a quo no enlistó (sic) dicho aspecto en el cuadro fáctico del fallo

o mencionándolo como "no demostrado" (f. 195 fte.); luego afirma que no se registró ni fundamentó "nuestro argumento o justificación dada (sic) para reprochar una responsabilidad civil solidaria de la propietaria del camión causante del percance, cual fue el de que ese vehículo estaba siendo explotado con fines comerciales" (f. 196); también indica que existe falta de fundamentación porque la sentencia es contradictoria en sus razonamientos (ver fs. 197 y 198), así como que vulnera las reglas de la sana crítica al considerar los jueces que no se ofreció prueba que demostrara que el citado camión se dedicaba al transporte remunerado de carga o se explotaba con fines comerciales cuando sí se evacuó prueba en tal sentido (f. 198). II.- En el recurso por el fondo, presenta el impugnante cuatro motivos donde alega el quebranto de normas sustantivas por errónea o falta de aplicación, especialmente referidas a la norma de tránsito (arts. 187 y 188) pues estima que ninguna de ellas limita la responsabilidad civil del propietario de un vehículo al valor de este último (f. 200 y 201), además de haberse dejado de aplicar el artículo 1048 del Código Civil (aunque no menciona este cuerpo de leyes) en su párrafo quinto, relativo a la responsabilidad civil objetiva o sin culpa con base en la teoría del riesgo creado (sic. F. 201). III.- En efecto, le asiste razón en sus reparos, entrándose a resolver directamente el fondo del asunto por economía procesal. Cabe advertir de previo que no se entra a analizar el problema de las posteriores escrituras de traspaso del vehículo causante del percance y la eventual responsabilidad del(de los) nuevo(s) propietario(s) —aspecto que examina el tribunal de mérito sin que su criterio sea necesariamente compartido por esta Sala— por cuanto la parte codemandada civil no formuló recurso en esta vía. Aunque no resulta indispensable señalar en el fallo una secuencia de "hechos no probados" como pretende el recurrente, es lo cierto que del cuadro fáctico acreditado y de su relación con el análisis que se hace respecto de la acción civil (en el Considerando Cuarto visible a folios 185 vto. y ss.) se observa sin ninguna duda que el automotor placas 10181 con que se causó la muerte de las víctimas, transportaba "tucas" de madera el día de los hechos. Tal circunstancia significa, de modo obvio y notorio, que se dedicaba a los fines dispuestos por el artículo 187, inciso b) de la Ley de Tránsito (explotación y transporte comercial), sin que interese en lo absoluto cuál pueda ser la profesión y oficio de quien aparece inscrito como dueño, por lo que exigir una prueba mayor sobre tal extremo carece de lógica y vulnera las reglas de la experiencia. Inclusive es de notar que un camión como el referido normalmente sólo puede tener como propósito tales actividades. Ante dicha situación, resultan inadmisibles los argumentos contrarios de los respectivos juzgadores y debe declararse con lugar el recurso por violación de leyes sustantivas —en especial el citado artículo 187 ib.—, por lo que se casa la sentencia en el aspecto reclamado y resolviendo el fondo del asunto se declara que la responsabilidad civil de la señora M.R.L. no se limita al valor del vehículo causante del accidente (en el cual desde luego debe mantenerse gravado conforme lo ordena el 188 ib.), sino que es solidaria con el sentenciado C.B.S. en el pago de todos los montos acordados como indemnización a los actores civiles (daño material, daño moral y otros rubros)."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 883 de las 9.57 h del 18 de setiembre.

15. ROBO AGRAVADO - Desapoderamiento de una parte de lo sustraído por huida de coautores consuma el ilícito.

"Se acusa la errónea aplicación de los artículos 71 y 74, y la falta de aplicación de los artículos 24 y 73, todos del Código Penal, al haberse considerado que en el presente caso se está en presencia de un delito consumado y no de una tentativa. Este reclamo, que tiene relación con el anterior, debe declararse sin lugar, porque se acreditó que el asalto fue cometido entre varios sujetos y que no todos pudieron ser detenidos o identificados. Éstos actuaron como coautores del hecho, compartiendo el dominio del suceso, y si al intervenir la policía en defensa del menor asaltado, algunos de ellos lograron escapar (sólo a cuatro de los agentes se pudo detener, y en posesión de algunos de los bienes del ofendido), dando lugar a que una parte de las cosas del ofendido R.V.M. no pudiera recuperarse, cabe estimar como consumado el delito de Robo agravado, pues el sujeto pasivo se vio efectivamente desapoderado de una parte de sus cosas, sobre las cuales lograron disponer sus asaltantes. No es atendible el argumento del defensor en el sentido de que: «En el caso que nos toca, el ofendido M.V. conserva una posibilidad de disponer de los bienes no recuperados —el reloj, la billetera y los audífonos del walkman—, por cuanto los cuatro sujetos que lo atraparon se encuentran detenidos y son requisados sin encontrarles dichas pertenencias, pero ni el propio ofendido ni los policías hacen por dónde buscar en los alrededores del lugar del hecho —en el caño, en la acera, en algún lote o patio cercano—, sino que proceden a trasladarse a la Comisaría dándolos por perdidos» (recurso, folio 210). Tal razonamiento es falaz, pues en realidad el sujeto pasivo no conserva ninguna posibilidad de disponer efectivamente de esas cosas, ya fuera como propietario, poseedor o tenedor de aquéllas. Aún admitiendo hipotéticamente que después de apoderarse de esas cosas del ofendido, los asaltantes las hubieran tirado o abandonado al advertir la inminencia de su detención, tal sería un caso de desapoderamiento para el ofendido, de apoderamiento y disposición por parte de aquéllos, contra el titular del bien jurídico tutelado, que sólo por casualidad podría recuperar nuevamente la cosa. La propiedad, posesión o tenencia de los muebles se entiende que debe ser material y efectiva, no puede ser aleatoria: resulta un verdadero exceso pretender supeditar la comprobación de la consumación de esta clase de delitos, exigiendo a la víctima (o a las autoridades que la asistieron) demostrar que han revisado exhaustiva y diligentemente los caños, aceras, lotes, patios, techos, vehículos, garajes o demás sitios imaginables que se encuentren alrededor del lugar del hecho, sin poder recuperar los bienes. En el presente caso, la circunstancia de que algunos de los asaltantes hubieran sido detenidos al momento del hecho, no excluye que se consumara el suceso, ya que el ofendido V.M. perdió la posibilidad de ejercer actos materiales y efectivos de disposición sobre una parte de sus bienes, a causa de la acción emprendida por sus agresores."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 974 de las 9.55 h del 9 de octubre.

16. TENTATIVA DE EXTORSIÓN - Operativo policial que impidió consumación - Diferencia con el delito de amenazas agravadas.

"Como único agravio del recurso por vicios in iudicando interpuesto por el Lic. J.A.G.C. en favor de su defendido R.S.M., se acusa la inobservancia por errónea aplicación de los artículos 24 y 214 del Código Penal, pues en su criterio los hechos acreditados en la sentencia no permiten tener al imputado como autor del delito de tentativa de Extorsión. Esto así, señala el recurrente, porque tal ilícito es uno de los denominados delitos complejos, para lo cual cita, entre otras, una de las obras del Dr. Francisco Castillo González ("El delito de Extorsión", Seletex Editores, San José, 1991, págs. 30 y 31), para señalar que el fundamento de la punibilidad en la Extorsión es la suma de la lesión a dos bienes jurídicos (a saber, la libertad y el patrimonio), adición que no se verificó en el presente caso —pese a que sí se vulneró la libertad—, pues la ofendida R.B.M. no sufrió ningún perjuicio patrimonial y en realidad ni siquiera estuvo en peligro, en vista de que ella acudió al auxilio del Organismo de Investigación Judicial, cuyos agentes prepararon un operativo mediante el cual se detuvo a su patrocinado, que la defensa califica como un "delito experimental", en que el control policial de la situación impide el peligro para el bien jurídico tutelado, tanto así que la ofendida nunca realizó una disposición patrimonial perjudicial para sí o para un tercero. En vista de lo anterior, considera la defensa que la actuación de la ofendida tornó atípica la conducta del acusado y que por la falta de afectación al bien jurídico patrimonio no se puede configurar siquiera la tentativa de Extorsión sino, a lo sumo, el delito de Amenazas agravadas tipificado en el artículo 195 del Código Penal. A partir de estas razones, solicita el impugnante que se absuelva de toda pena y responsabilidad a R.S.M. por el delito que se le ha atribuido. Considera la Sala que este reclamo se debe declarar sin lugar. Los hechos acreditados en sentencia son los siguientes: 1.- Que el día 20 de enero de 1997 [no "1977", evidente error material de la sentencia (cfr. folios 83 y 86 y requerimiento a folio 42), que se corrige al tenor del artículo 484 del Código de Procedimientos Penales] «en horas de la mañana, el imputado R.R.S.M. procedió a comunicarse telefónicamente con la ofendida R.B.M., quien le indicó que debido a una acción de su hermano K.B., él había perdido una suma de dinero cercana a los cien mil colones, por lo que ella debía pagárselos bajo la amenaza reiterada de que en caso de negarse a hacerlo, él y otras dos personas que actuaban en su asocio se encargarían de hacerle daño a su familia; acto seguido le señaló a la ofendida que la volvería a llamar al mediodía, lo cual efectivamente realizó dejándole el mensaje que se trataba del asunto de la deuda de cien mil colones que había tenido por culpa de K. y que la llamaría al día siguiente; ante la situación de amenaza para ella y su familia la señora B.M. opta por interponer la denuncia ante el Organismo de Investigación Judicial. 2.- Al día siguiente, 21 de enero aproximadamente a las diez horas, el encartado vuelve a telefonar a la agraviada, reiterándole la obligación de entregarle los cien mil colones bajo la amenaza de dañarla a ella y su familia, indicándole incluso que la vivienda estaba vigilada y que ya sabía que el día anterior ella había ido a poner la denuncia, intimidándola bajo la advertencia "si a él le pasaba algo, los otros dos se encargarían de la familia y que

tranquila no dormiría más". 3.- El día 22 de enero de 1997, a eso de las nueve de la mañana el acusado se comunica telefónicamente con la ofendida para insistir en sus demandas y amenazas, reiterando con dos llamadas más, al mediodía y en horas de la noche para acordar cómo se entregaría el dinero, siendo que ella por indicación de los investigadores del OIJ que se apersonaron a su vivienda, le dijo que como ella no tenía dinero suficiente una prima se lo iba a prestar y que era ella quien lo iba a entregar, brindándole a su vez una descripción física de una de las investigadoras del OIJ quien era la que en realidad se apersonaría a dejar el dinero. 4.- Finalmente en horas de la mañana del 23 de enero de 1997, el imputado por teléfono se pone de acuerdo con la ofendida para la entrega del dinero, advirtiéndole que debía depositarlo entre las dos y dos y quince de la tarde de ese día, en una caja de cartón de color celeste que tenía pintado un chupón, la cual se encontraba por el teléfono público de la Plaza de Mozotal de Guadalupe. 5.- Mientras se suscitaban las conversaciones entre la ofendida y el imputado, los investigadores del OIJ prepararon un operativo que incluyó marcación de billetes y una orden de requisita personal, ambas emitidas por la Actuaría del Juzgado de Instrucción de Goicoechea, siendo entonces que una investigadora a la cual se le había identificado como la prima que iba a dejar el dinero, procedió a la hora y en el lugar convenido con S.M. a depositar el dinero marcado en la precitada caja de cartón que tenía un chupón impreso en su exterior, la cual estaba ubicada frente al teléfono público de la plaza de deportes de Mozotal tal y como lo había dicho el justiciable a la ofendida; casi de inmediato se presentó el acusado R.S. a bordo de una bicicleta, de seguido recogió la caja en mención y se la introdujo dentro de su vestimenta, siendo detenido a unos doscientos metros del lugar por los investigadores del Organismo de Investigaciones Criminales encargados de la operación, decomisándole en el acto la caja de marra que contenía en su interior una bolsa plástica con el dinero previamente marcado» [sic, folios 86 a 88]. Conforme al artículo 214 del Código Penal "Será reprimido con prisión de dos a seis años, 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". La jurisprudencia de la Sala ha señalado que este delito de Extorsión requiere de varios elementos para su consumación: «En primer término es necesario antes que todo la existencia de una amenaza grave o intimidación sobre la víctima; en segundo lugar, esa intimidación o amenaza debe ir dirigida a obligar a la víctima a que tome una disposición patrimonial o perjudicial para sí, con el fin de que el agente activo obtenga un lucro injusto; y en tercer lugar, debe existir esa disposición patrimonial perjudicial para la víctima o para un tercero, es decir la amenaza o intimidación debe producir su efecto» (Sala Tercera, V-140 F de las 8.55 h del 16 de abril de 1993). En el presente asunto no cabe duda alguna —el propio recurrente lo admite— de que el acusado S.M. intimidó con amenazas graves a la ofendida B.M. para que tomara una disposición patrimonial perjudicial para sí misma, al exigirle ilegítimamente una suma de varios miles de colones, que al final no pudo obtener por causas ajenas a su voluntad —debido a la mencionada intervención policial—, conducta que efectivamente —debe convenirse con el Tribunal a quo—

constituye una tentativa de Extorsión, por aplicación del artículo 24 del Código Penal, dispositivo amplificador que retrotrae la punibilidad de la conducta tipificada al inicio de los denominados actos de ejecución, según la teoría del iter criminis, esto es, a los "actos directamente encaminados a su consumación", cuando esta no se produce por causas independientes al agente. Ninguno de los alegatos expresado en la impugnación es atendible, pues el propio Dr. Francisco Castillo González, en la monografía citada por el recurrente, señala con suma claridad que: «De acuerdo con la definición general de tentativa, esta existe cuando se inicia la ejecución de un delito por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas ajenas al agente [...] En la extorsión, la tentativa se inicia cuando el agente empieza los actos de amenaza grave o de intimidación, directamente dirigidos a la obtención del lucro injusto. Por ejemplo, el delito se inicia cuando el agente envía la carta extorsiva o cuando manifiesta verbalmente su amenaza y su pretensión económica o cuando inicia los actos de violencia dirigidos a obtener el acto dispositivo. Esto aunque el ofendido no realice acto dispositivo alguno, porque la amenaza o la intimidación no fue suficiente para obligarlo por su fortaleza de carácter o porque el medio empleado no era apto para atemorizar» (el subrayado no es del original, op. cit., págs. 96 a 97). Tampoco se verificó en la especie un "delito experimental" pues, como se desprende de lo que se lleva dicho, la intervención policial en realidad se produce una vez iniciados los actos de ejecución, con el propósito de evitar la consumación, individualizar y detener a los posibles partícipes del delito emprendido contra B.M. Respecto a casos análogos, señala la doctrina que «...tenemos extorsión tentada y no consumada, cuando el agente, en el acto de apoderarse de la suma depositada, es arrestado por la fuerza pública puesta en acecho, o cuando en vez de dinero se deposita un objeto sin ningún valor, con el único fin de hacer posible la intervención de la policía» (MAGGIORE, Giuseppe: Derecho Penal, Parte Especial, Vol. V, Editorial Temis, Colombia, 1989, pág. 102). Por otra parte, ciertamente existe unanimidad doctrinal respecto a que la Extorsión se trata de un delito pluriofensivo donde se ataca el patrimonio por medio de una agresión a la libertad (cfr. BREGLIA ARIAS, Omar y otro: Código Penal, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 575), pero resulta claro que en este caso, los actos de ejecución realizados por S.M. no sólo lesionaron la libertad de R.B.M. —lo que incluso admite la defensa—, sino que se presentaron como idóneos para poner en peligro el patrimonio de la ofendida, que solo por haber logrado vencer el temor de las amenazas y acudir al auxilio de la policía judicial, logró superar el injusto trance a que la sometió el encartado, por lo que concurren en la especie todos los elementos típicos de una tentativa de Extorsión. Tampoco se está en presencia del delito de Amenazas agravadas previsto en el artículo 195 del Código Penal. La diferencia entre este delito y la Extorsión radica en que en el primero se pena la amenaza en sí misma, prescindiendo de todo resultado (es un delito formal, cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, 10ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 466), mientras que en la Extorsión la amenaza se sanciona en cuanto medio para procurar un lucro injusto (es un delito de resultado, cfr. CASTILLO, op. cit., pág. 99 y MAGGIORE, op. cit., pág. 100). Al

respecto se dice que: «La característica del delito de extorsión [...] no consiste tanto en la injusticia intrínseca de la amenaza, cuanto en la injusticia del provecho que se trata de realizar por medio de la amenaza» (FONTÁN, op. cit., pág. 468). Por todo lo expuesto se declara sin lugar el recurso interpuesto."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 558 de las 10.10 h del 12 de junio.

17. TENTATIVA DE HOMICIDIO EN CONCURSO IDEAL CON TENTATIVA DE ABORTO - Inexistencia de desistimiento.

"En este capítulo del recurso se acusa la errónea aplicación de los artículos 21, 22, 24, 75, 76, 111 y 124 del Código Penal, en relación con el delito de homicidio en estado de tentativa, así como la errónea aplicación de la teoría de los concursos. Esto así porque si se acepta que en realidad el imputado M.A.F. llamó a su hermano G. para que éste encontrara a la ofendida, "lo propio —dicen las recurrentes— era entrar a calificar la acción como desistimiento y no como tentativa porque se trató de una causa ajena al autor del hecho", y el autor debía responder únicamente por los hechos que independientemente podían constituir delito. Así las cosas —alega la defensa—, no habría tentativa de Homicidio sino Lesiones graves, y habría que absolver en cuanto a la tentativa de Aborto. Por otra parte se reprocha que la penalidad dispuesta para el concurso ideal de delitos declarado por el Tribunal a quo no se dispuso de conformidad con el artículo 75, sino conforme al 76, razón por la cual solicita que esta Sala imponga una pena máxima de tres años de prisión, otorgando el beneficio de ejecución condicional de la pena a su defendido. IV.- A efecto de resolver este reclamo debe estarse al hecho acreditado en sentencia, a saber: «Que aproximadamente durante el año 1993, el aquí imputado M.A.F. y la ofendida B.M.V., vecinos de Mercedes Norte de Puriscal, mantuvieron una relación de noviazgo de la cual resultó la última embarazada. Al enterarse el imputado de ese estado de su novia, dio por terminada la relación y se negó a volver a ver y hablar con B. Que la ofendida decide trasladarse a vivir a Quepos, siendo que en fecha 2 de enero de 1994, regresa a su pueblo natal en busca de unos documentos, arribando a Mercedes Norte al ser las 6.00 p.m [sic] de ese día, dirigiéndose a la casa de su prima S. quien es casada con G.A., hermano del imputado. En ese lugar se encontraba la madre de S., M.R. quien además es su madrina, acordando irse a dormir a la casa de esta última, no obstante de camino decide hacer una llamada telefónica del público que se encuentra ubicado cerca del salón de baile del lugar. Es por ese sitio que se encuentra con el aquí acusado, el cual inicialmente se rehúsa a hablar con ella, no obstante de repente cambia de opinión y le indica que si quiere hablar con él que lo acompañe donde un compañero a quien tiene que dejar un recado. De esta forma logra engañarla y la lleva por fincas y predios alejándola del centro de la población y de la mirada de curiosos, llevándola hasta la finca cafetalera de R.G. en donde se ubica un profundo y estrecho pozo. Prácticamente al borde de ese pozo le indica que allí hablaran y cuando B. le reclama lo que hará con respecto a su estado de embarazo de cuatro meses, éste le exige que aborte a lo que B. se opone enfáticamente. Como

respuesta M. le arrebató el bolso y lo arroja al pozo a lo que B. le reclama que allí porta documentos y dinero que necesita. Ante la actitud de M., la ofendida siente dolor de estómago y se sienta lo cual aprovecha el imputado para arrojarse un pañuelo en la mano y toma a B. por el cuello, apretándolo con fuerza mientras le dice que ella no merece ser madre. B. pierde el conocimiento y creyendo el acusado que su víctima había muerto, la arroja de cabeza al pozo y luego le tira encima ramas de café con el objeto de esconder el cuerpo. Varias horas después, al ser las 11 de la noche, B. despierta y al verse de cabeza en un lugar estrecho, hace acopio de fuerzas al sentir a su hija moverse en su vientre y logra colocarse en posición normal procediendo a gritar pidiendo ayuda. En esa posición estuvo desde la noche del domingo 2 de enero, hasta el mediodía del miércoles 5 de enero ambos de 1994, cuando es descubierta por G.A.F., quien había preguntado a A.G. la ubicación de los pozos y se encontraba avocando a buscarla. Que para poder sobrevivir la ofendida tuvo que beber su propia orina en un zapato. Que cuando fue rescatada del pozo, lo primero que B. indicó fue que no le hicieran nada a M. De inmediato es trasladada a la clínica de Puriscal y luego al Hospital San Juan de Dios, donde se le dictaminaron una serie de lesiones y un desprendimiento de la placenta que puso en peligro la vida de su hija. Que en definitiva la ofendida resultó con una incapacidad temporal de seis meses y una pérdida de la capacidad general orgánica del 5%. Además requiere tratamiento psicoterapéutico y se concluye que todas las lesiones que presentó, tienen relación directa con los hechos. Que en un principio B. no quiso revelar a las autoridades el nombre de su agresor, ello con el objeto de no tener que enfrentarlo en un proceso judicial dado el temor que le tomó, no obstante decidió hacerlo señalando a quien intentó asesinarla a ella y a su hija» ([...], Sentencia, folios 187 a 190). En el recurso por la forma las impugnantes tacharon de ilegítima la apreciación del tribunal en el sentido de que el acusado M.A.F. le dijo a su hermano G. lo que había hecho con B. y que por eso G. se dio a la tarea de buscarla específicamente en los pozos del lugar, con la ayuda de A.G., quien lo ubica respecto a la posición exacta de los mismos (cfr. sentencia, folios 210 y 211). Ahora pretenden, a partir de ese mismo razonamiento del a quo, sustentar la existencia de un desistimiento por parte del imputado. Nuestra legislación no contiene una disposición expresa sobre la impunidad de la tentativa desistida voluntariamente, pero está implícito en el texto del artículo 24 del Código Penal, ya que el desistimiento es una forma de que el delito no se consume por causas dependientes del agente. Al transcribir el hecho probado, se subrayó la parte que refiere que cuando el imputado lanzó a la ofendida al pozo y la cubrió con ramas de café, lo hizo con el objeto de esconder el cuerpo, pues creyó que su víctima había muerto, detalle que se reitera en otras partes de la sentencia, al decir el a quo, por ejemplo: «Luego de creerla ya muerta, M. tira a B. al pozo abandonado y en un claro afán de ocultar su atroz doble delito, arroja sobre el cuerpo de la ofendida ramas de café que toma del lugar aprovechando que recién había sido podado el cafetal» (sentencia, folio 206). «Si algo salvó a B., aparte de su gran fe en Dios y su amor a su hija, fue que M. creyera que había muerto ahorcada...» (Sentencia, folio 218). De ahí que el a quo haya indicado que G.A., al enterarse de lo sucedido: «...decide ir a buscar su

cuerpo, sea para denunciar su aparición o bien para terminar de ocultarlo» (Sentencia, folio 211). Pues bien, si se acreditó que el imputado creyó muerta a la ofendida (sabiendo que ella estaba embarazada) y que la lanzó al pozo para ocultar su cuerpo, resulta absurdo considerar que con posterioridad pudiera haber desistido de su plan delictivo, esto es, que creyéndolas muertas pudiera haber abandonado la idea de causarles la muerte. En el presente caso, el imputado no interrumpió la realización de la conducta típica, sino que realizó todos los actos necesarios —según su plan— para lograr la consumación, pero esta no tuvo lugar por causas totalmente ajenas a su voluntad (delito frustrado), porque ella no estaba muerta y porque quienes se dieron a la búsqueda del "cuerpo" más bien la encontraron con vida y la rescataron. Si la ofendida M.V. estaba embarazada, resulta correcta la calificación jurídica dada en sentencia, pues ciertamente se está en presencia de una tentativa de homicidio simple en concurso ideal con una tentativa de aborto sin consentimiento. Conforme al artículo 75 del Código Penal: "Para el concurso ideal, el Juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla". En el presente caso el delito más grave es el de homicidio, y en vista de que el hecho ocurrió el 2 de enero de 1994, antes de la reforma introducida al artículo 111 del Código Penal por la Ley N° 7398 de 3 de mayo de 1994, la pena prevista para el Homicidio simple va de 8 a 15 años de prisión. Aunque en la parte dispositiva de la sentencia se desglosa el total de la pena impuesta (a saber, 15 años) diciendo que de esa suma 10 años son por la tentativa de homicidio simple y los otros 5 años corresponden a la tentativa de aborto sin consentimiento (cfr. folio 221), lo cierto es que expresamente se citan tanto "las reglas del concurso ideal" como el artículo 75, y el total de la pena coincide exactamente con el extremo mayor de la pena correspondiente al delito más grave, por lo que en realidad la penalidad dispuesta no se apartó de la que procede asignar al concurso ideal, ni se le causó agravio alguno al condenado que justifique la enmienda de lo resuelto. La penalidad dispuesta por el a quo se asentó sobre una adecuada motivación, respetuosa de los principios consignados en los artículos 71, 73 y 75 del Código Penal (cfr. folios 220 a 221), de manera tal que la importancia de la lesión y peligro a que fueron expuestas las vidas de la ofendida y de su hija por nacer, y los motivos que lo determinaron a actuar así contra ellas, excluyen la posibilidad de disminuir la pena a tres años de prisión, como lo pretenden las impugnantes. Por lo tanto se declara sin lugar este reclamo."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 846 de las 9.08 h del 4 de setiembre.

18. TENTATIVA DE HURTO AGRAVADO - Uso de llave falsa - Hechos anteriores que reflejan propósito de apoderamiento de bienes.

"En el único motivo de casación por el fondo alega el recurrente que la conducta desplegada por su defendido (a partir del hecho probado quinto) cuando intentó ingresar a la vivienda de la ofendida, cuando creía que no había nadie en ella, no es típica de una tentativa de robo agravado. Indica que la determinación del dolo de desapoderamiento no está debidamente

acreditado en la especie, y que no puede partirse de que el acusado en esta ocasión había planificado un robo de objetos en el hogar de la ofendida. El recurrente lleva razón parcial en su reclamo por cuanto la agravación analizada por el a quo y el análisis típico son incorrectos, pero no así en cuanto a que en la especie, a partir del hecho probado quinto, no se pueda estimar que no se ha producido delito alguno. Esta Sala ha examinado los argumentos dados por el a quo a partir del folio 119 frente, y encuentra que el razonamiento judicial intenta agravar la figura del robo, presuntamente cometida por el acusado, utilizando al efecto lo previsto en el último párrafo del artículo 213 del Código Penal. Los juzgadores reconocen, abiertamente, que si bien el uso de llave falsa no ha sido incluido en el conglomerado de circunstancias de agravación incluido en el inciso 3) del 213 en relación con el artículo 209 del Código Penal, esto no obsta para que esta circunstancia sí pueda ser utilizada para agravar el robo, toda vez que al tenor del último párrafo del 213 se consideraría ésta una agravación, para efectos del cálculo de la pena a imponer. En todo caso, este análisis judicial resulta innecesario, no sólo porque ese supuesto de agravación no corresponde, como porque lo que realmente se tentó fue un hurto, en su forma agravada, mediante el uso de llave falsa (artículo 209, inciso 3) del Código Penal), toda vez que no se sabe el monto de lo que iba a ser sustraído, como también porque lo exteriorizado por el sujeto, hasta ese momento, eran elementos propios del hurto, el cual no se pudo llevar a cabo por circunstancias ajenas al autor del hecho. Estima esta Sala, que si bien es cierto el Derecho Penal tiene un límite básico y este es que no se puede intentar condenar a un sujeto por aspectos que sólo se hallan en su mente y que no se han exteriorizado, y que la fundamentación antropológica del Derecho Penal obliga a castigar por actos y no por tendencias o formas de escogencia de realización de un plan de vida, también es cierto que un fallo condenatorio puede basarse en derivaciones de un plan general del autor, ya debidamente exteriorizado y comprobado. En la especie tenemos que ese 30 de agosto de 1996 intentó el acusado ingresar a la vivienda de la ofendida, el dolo que exteriorizó con su conducta no era meramente de violación de domicilio, esto no sólo porque no tiene sentido que únicamente deseara gozar de la permanencia sin permiso en el hogar de otros, sino porque ya sabía que no había nadie en la casa, lo que le facilitaría sustraer cosas quizá más importantes que el botín que para la fecha ya había logrado recolectar. En efecto, con anterioridad había sustraído diversos bienes de la señora C.A., que lo había contratado para que hiciera algunos trabajos en su casa (ver hechos probados numerados del uno al cuatro, a folios 112 vto. y 113 fte.), y ese mismo día treinta de agosto, en que se frustró su intento de ingresar a la morada de la ofendida, regresó como se le dijo en la tarde y se apoderó de tres mil colones que habían sido marcados con anterioridad y que se le decomisaron después. Estos hechos manifiestan que el propósito del encartado ese concreto día 30 de agosto era apoderarse también de bienes de la ofendida, aprovechando la ocasión que no había nadie en la casa, lo que no era cierto pero que él no tenía manera de comprobar. Nótese que el acusado incluso accionó el timbre de la casa para cerciorarse que no había nadie presente, y pensando que tal cosa era cierta pateó la puerta, intentó utilizar su llave maestra para ingresar por la puerta principal, intentó sin éxito abrir el candado

de la puerta posterior y no lo logró porque casualmente el día anterior había sido cambiado. De lo exteriorizado hasta ese momento no puede derivarse con lógica que casualmente ese día quisiera gozar de la permanencia sin permiso en el hogar de quien tenía derecho a excluirlo, configurándose entonces la circunstancia prevista en el inciso 3) del artículo 209 del Código Penal, y no los elementos típicos del artículo 213 como incorrectamente lo indica el tribunal de mérito. Por lo anterior debe admitirse parcialmente el recurso por vicios in iudicando; debe recalificarse la figura reprochada a tentativa de hurto agravado, en aplicación de los artículos 24 y 209, inciso 3), del Código Penal, sin embargo, el monto de pena impuesto en sentencia se mantiene incólume, toda vez que los extremos previstos para el hurto agravado van de tres meses a tres años, siendo así que el cuántum de pena justificado por el a quo se corresponde con los extremos indicados por el legislador para el hurto agravado. La sentencia se mantiene incólume en todos los demás aspectos."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 912 de las 14.43 h del 29 de setiembre.

19. TRÁFICO DE DROGAS - Pacto de compra que no se llevó a cabo por intervención policial constituye acto preparatorio impune.

"Por economía procesal, esta Sala entra directamente a resolver el motivo de fondo interpuesto por el acusado W.R.R., quien alega la atipicidad de su conducta, la cual consistió en haber pactado una compra de droga, cosa que no se realizó ni pudo siquiera desarrollarse en virtud de la intervención policial. Los suscritos coinciden con el alegato planteado. Efectivamente, si se observa la actuación acreditada del coencartado R.R. (folios 1017 y 1157 y siguientes), esta se limitó, por la inoportuna interferencia policial, a pactar la compra de medio kilo de cocaína, pues M.C., el vendedor, fue detenido con anterioridad al encuentro; de tal suerte que a R.R., lo que se le sanciona es una intención manifiesta, un acuerdo y una espera infructuosa, sin que haya siquiera desarrollado actos de ejecución de algún verbo típico (traficar, comerciar, poseer, etc.). En consecuencia, la actuación de R.R. se restringió a actos preparatorios, los cuales por tesis de principio de un ordenamiento penal liberal (o "democrático", como suele convencionalmente llamársele), son impunes; ello no sólo por un asunto de tipificación específica, o de política criminal normada, sino esencialmente en respeto al principio de lesividad que debe entenderse contenido en los preceptos fundamentales, es decir que el Estado no puede intervenir o sancionar acciones que no dañen a otra(s) persona(s) (recogida tímidamente en el artículo 28 de la Constitución Política). A pesar de ello, frecuentemente los ordenamientos, y el nuestro tristemente no es excepción, echan mano al socorrido expediente de convertir de suyo en figuras típicas propias actos preparatorios de otras. En consecuencia, tener como típico el simple acuerdo para traficar drogas, amén de un riesgoso precedente para otros casos, tanto a efectos probatorios como de política punitiva, es un error y va contra los principios básicos de las garantías liberales del Derecho Penal, dado que no se ha causado lesión a ningún bien jurídico ni esta se encuentra en marcha; lo cual haría ilegítima la

intervención estatal. Por otra parte, esas meras actuaciones, no están dispuestas para la realización inmediata del tipo delictivo, conforme al plan del autor, que sólo se daría en el acto mismo de la posesión del tráfico o comercio (que plausiblemente habría tenido lugar de no haber sido por la ingenua actuación policial), y no antes. En razón de lo anterior, debe procederse a absolver a W.R.R. por el delito de tráfico de drogas, que en perjuicio de la salud pública le ha sido achacado. Se ordena su libertad definitiva, en caso de estar privado de libertad por esta causa."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 908 de las 14.31 h del 29 de setiembre.

20. VIOLACIÓN - Determinación de las circunstancias de tiempo no puede convertirse en impunidad.

"Finalmente se denuncia la infracción de los artículos 39 de la Constitución Política, 226, 395 párrafo tercero y 400, incisos 2) y 4) del Código de Procedimientos Penales de 1973, por inobservancia de las reglas de la sana crítica racional, porque el Tribunal de juicio "da por un hecho —dice la defensa— que los ilícitos ocurrieron durante 1993 y 1994", resultando ilegal no indicar, por lo menos aproximadamente, el momento en que acontecieron. En su criterio tal defecto provoca la nulidad de la sentencia, lo cual apoya con la siguiente cita jurisprudencial: "...Tratándose de falta de fecha de la ocurrencia de hechos, ni siquiera la fecha aproximada, conlleva a la falta de fundamentación..." (Sala Tercera, Nº 20-F del 13 de enero de 1994, así citada por el recurrente). Este último reproche tampoco es de recibo. Nótese que lo que la sentencia dice —tres veces— es que los hechos sucedieron "entre finales del año mil novecientos noventa y tres y principios del año mil novecientos noventa y cuatro" (cfr. folios 598 vuelto a 599 frente). Ciertamente la jurisprudencia de casación ha exigido que las circunstancias de tiempo del hecho objeto del proceso deben determinarse, siempre y cuando sea posible, con la indicación precisa de su fecha, pero advirtiendo que en caso de no poderse delimitar con exactitud, debe señalarse la fecha aproximada (véanse, por ejemplo, las resoluciones de esta Sala V-55-F de las 16.30 h del 2 de julio de 1981; V-162-F de las 9.40 h del 11 de agosto de 1989; V-282-F de las 9.30 h del 14 de junio de 1991; V-453-F de las 8.35 h del 2 de octubre de 1992; V-20-F de las 9.05 h del 13 de enero de 1994; V-48-F de las 14.25 h del 16 de marzo de 1994). La "cita" de jurisprudencia formulada por la defensa se refiere a un caso muy distinto al presente y lo que en realidad dice es que: «Esta Sala ha requerido que la fecha debe expresarse siempre y cuando sea posible, y que de no poderse debe señalarse la aproximada [...] Pero tratándose de falta absoluta de determinación de la fecha de la ocurrencia de los hechos, ni siquiera la fecha aproximada, ello tanto conlleva a la falta de la "determinación precisa y circunstanciada" [...] modalidad de falta de fundamentación, que sí es causal de nulidad del pronunciamiento, además de que se deja en total incertidumbre eventualidades referidas a la prescripción, sea en cuanto a las posibilidades de su punto de partida» (el subrayado es suplido). En el presente caso no hay una falta absoluta de determinación en cuanto al tiempo del hecho, ya

que el Tribunal determinó que las agresiones sexuales sufridas por los ofendidos ocurrieron durante un período aproximado que va de finales de 1993 a principios de 1994 (lo que descarta la prescripción de las acciones penales). Esta imprecisión no vulnera el derecho de defensa de los tres imputados, sino que es racionalmente aceptable si se le suman las demás circunstancias de modo y lugar acreditadas, esto es, que todas las agresiones sexuales fueron cometidas en el mismo lugar ("H.D.M." u H.M. de P. de C.), con ocasión de las funciones que ejercían ahí los tres imputados, como "Hermanos" encargados de asistir, guardar y custodiar directa y personalmente a los tres jóvenes ofendidos, que vivían internados en ese lugar, por sufrir abandono y por tener incapacidades físicas y mentales. Ante este conjunto de circunstancias la acreditación de la hora y fecha exacta de cada agresión sexual excede en este caso concreto (debe reiterarse, dada la naturaleza de los delitos cometidos y las condiciones personales de los ofendidos, únicos testigos directos de aquéllas) la correcta inteligencia del requisito cuya inobservancia se acusa, pues tales circunstancias de modo, tiempo y lugar —en conjunto— resultan ser claras y suficientes para que los acusados y sus patrocinadores letrados pudieran ejercer oportuna y eficazmente el derecho de defensa. La determinación del tiempo en que ocurre el hecho punible es una garantía que no puede trocarse en causal de impunidad en casos como el presente (en que abundante prueba indirecta, testimonial y pericial, permite tener certeza sobre la existencia del hecho acusado y la participación en ellos de los imputados), sólo porque la víctima —dada su discapacidad mental— no puede determinar la hora y fecha exacta en que fue violada o abusada deshonestamente. Finalmente, la imprecisión del tiempo del hecho en este caso tampoco ha afectado a los imputados desde el punto de vista de la aplicación en el tiempo de la legislación penal, ya que el tribunal de mérito advierte claramente que aplica los textos legales de los artículos 158 (Violación agravada) y 161 (Abuso deshonesto) anteriores a la reforma introducida mediante Ley Nº 7398 de 3 de mayo de 1994, publicada en La Gaceta Nº 89 de 10 de mayo de 1994, en la que se aumentan las penas de estos delitos."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 702 de las 9.40 h del 24 de julio.

21. VIOLACIÓN DE DOMICILIO Y LESIONES GRAVES - Concurso aparente de normas.

"En el motivo que constituye su recurso, el defensor señala que la violación de domicilio que se tuvo por demostrada se encuentra subsumida en el ilícito de lesiones graves que se sanciona, dado que los acusados penetraron en la vivienda con el propósito de golpear al ofendido, lo cual hace que el disvalor de las lesiones contenga el de la violación de domicilio y, en consecuencia, sea incorrecta la aplicación de un concurso real, al no tratarse de acciones diversas, sino de una sola. Al respecto, conviene traer a colación lo señalado por esta Sala en su voto 101-F, de las 9.00 h del 3 de marzo de 1995 (reiterado mediante voto 719, de las 9.45 h del 22 de noviembre de 1996), en el que se comentó: "De acuerdo con el postulado de que

toda acción requiere para ser tal expresar una finalidad y no sólo un mero movimiento fenoménico (lo cual reduciría al ser humano en un factor más del mecanismo de causalidad que lleva al resultado, retirándole toda calidad subjetiva en la determinación volitiva y cognitiva de su quehacer), el concepto de acción debe contemplar si la lesión infligida a ciertos bienes jurídicos forma parte de una sola intencionalidad inmediata y específica. Es decir, para determinar la unidad de acción ha de estarse a: a) la existencia de la vinculación fenoménica (temporal y espacial) que describe la norma; y, b) la existencia de una misma intencionalidad específica subyacente a ese movimiento exterior lesivo". Si la proximidad funcional y fenoménica (temporal y espacial) del hecho evidencian una sola finalidad, se tratará de una sola acción. 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 el ingreso cometido por los justiciables en la morada, tenían por finalidad ocasionar las lesiones sufridas por el agraviado. Aquel ingreso formaba parte de la misma actitud de agresión, tanto cuanto su realización física ulterior, que alcanzó el carácter de lesiones graves. Por ende, se constata así que se trata de una misma acción. II. Queda por aclarar, sin embargo, si esa acción puede ser calificada como un concurso aparente de normas, o sea si las disposiciones aplicadas (artículos 124 y 204, ambos del Código Penal) se excluyen entre sí. La Sala comparte el razonamiento esbozado por los recurrentes, en el sentido de que, habiéndose cometido la violación de domicilio para la comisión de las lesiones, estas absorberían aquella delincuencia. Dos podrían ser las formas en que ello suceda. La primera, cuando la propia letra de la norma así lo indique, sea subordinando su aplicación a la inobservancia de otra o conteniéndola en su hipótesis fáctica (como podrían ser los daños cometidos en un robo mediante la ruptura de paredes). La segunda y más frecuente, es cuando una norma contenga entre su disvalor el disvalor de otra, por ser una reformulación modal suya (como lo es el robo respecto al hurto), o bien porque lo lógico es que al cometerse la figura continente, se ejecute también la contenida (cual sucede en los abusos deshonestos previos a una violación, o las lesiones preordenadas a la consumación de un homicidio, o la privación de libertad en un robo o un delito sexual). Como puede verse, la hipótesis sometida a examen en este asunto entra en al menos una de esas categorías, ya que si bien la violación de domicilio no está cubierta por la descripción de las lesiones graves, en este caso existe unidad de acción y propósito; esto es, puede entenderse como incluida en estas. No es incompatible el que se propinen las lesiones causando de previo, un ingreso al domicilio para lograrlo, aun cuando aquella figura protege la integridad física, mientras ésta un bien disímil como es la intimidad. Lo cierto es que el delito más grave sea el de lesiones graves en este caso, subsume el de menor peligrosidad, sea la violación de domicilio."

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO GONZÁLEZ

"I.- Recurso por el fondo. Como único agravio del recurso por vicios in iudicando interpuesto por el Lic. R.O.A., en favor de

los imputados C.R.H.B. y A.H.F., se acusa la inobservancia de los artículos 75 (por falta de aplicación), 76 y 204 (por errónea aplicación) del Código Penal. Esto así —señala el recurrente— porque de una manera concluyente el Tribunal de mérito estableció que los encartados penetraron al domicilio del ofendido A.S.Ch.B. con el deliberado propósito de atacarlo o pelear con él, por lo que incuestionablemente existe un concurso ideal (no real o material) entre los delitos de lesiones graves y la violación de domicilio, en virtud de que los procesados desplegaron una sola acción. Agrega el impugnante que la totalidad de la jurisprudencia sistematizada y la doctrina, son contestes en que cuando la violación de domicilio es el medio necesario para cometer un delito más grave, queda absorbida por este último, como sucede en este caso, en que fue el medio empleado para cometer el delito de lesiones graves, que es más grave y severamente penado, razón por la cual solicita que sus patrocinados sean absueltos por el delito de Violación de domicilio agravada. II.- Los hechos probados de la sentencia. A efecto de resolver este reclamo, debe estarse al objeto fáctico acreditado en sentencia, donde se enuncian como hechos probados los siguientes: «A).- Que el día ocho de julio de mil novecientos noventa y cinco, al ser aproximadamente las dieciocho horas con treinta minutos, los imputados C.R.H.B. y A.H.F., (padre e hijo) actuando en contubernio, se presentaron a la vivienda del ofendido A.S.Ch.B. [...] B).- A sabiendas de que la señora L.G.J. se encontraba en esa vivienda en compañía del ofendido A.S.Ch.B., y siendo que la misma es esposa del imputado A.H.F. y madre del coimputado C.R.H.B., ambos justiciables aprovecharon que la puerta se encontraba entreabierta, aprovecharon con revólver en mano el coimputado C. para ingresar en la casa del ofendido y llegar hasta la cama en donde el mismo se encontraba acostado, mientras la señora L. se encontraba planchando. Una vez en el interior de la vivienda, el imputado R.H.B. apuntó con un revólver al ofendido mientras que la madre era sujeta por su padre el coimputado A. C). Seguidamente, se enfrascaron en un pleito el ofendido y C., con el fin de que el ofendido le quitara el arma que éste portaba, así mismo, el acusado H.B. tomó un cuchillo de la vivienda del ofendido y con el mismo acometió en perjuicio del ofendido a quien hirió en el estómago, la espalda, el brazo derecho y el izquierdo. D). Una vez que el imputado H.B. le propinó las mencionadas heridas al ofendido, intervino el señor A., quien le quebró una botella de Coca Cola en la frente dejándole marca indeleble. E). Así mismo con un machete que el propio ofendido tenía dentro de su cuarto, el coimputado A. lo tomó y con el mismo arremetió en perjuicio e Ch.B. dándole un golpe con la parte plana del mismo en el costado derecho el estómago. F). Como producto de la agresión, el ofendido Ch.B. presentó al momento del examen medicolegal. Una cicatriz de 4 x 0.2cm en el lado izquierdo de la frente, hipercrómica, abultada, con un producto retráctil en su tercio medio, visible a distancia de conversación y dura a la palpación. Una cicatriz de 2 x 0.1cm de forma lineal visible a distancia de conversación hormocrómica en la región ciliar derecha. Una cicatriz x 0.1 cm normocrómica en la región ciliar derecha. Una cicatriz hipercrómica de 1.5 x 0.5 cm en la región anterior del tórax. Una cicatriz circular en el cuadrante superior izquierdo del abdomen de 1 x 0.5cm de forma circular e hipercrómica. Una cicatriz de forma lineal en la región posterior del hombro izquierdo,

hipercrómica, de 10 x 0.3 cm. Una cicatriz de forma lineal en la región posterior del hombro izquierdo, hipercrómica, hipertrófica en su extremo distal de 7 x 0.6cm. Dos cicatrices hipercrómicas de 2 x 0.5 cm y 3 x 2 cm a nivel e la región torácica izquierda. Una cicatriz de 1.5 x 0.1 cm normocrómica en el antebrazo derecho en su tercio medio. Dichas lesiones le ha dejado marca indeleble en el rostro. G). Que el coimputado C.R.H.B. acusa un juzgamiento anterior certificado en autos y el coimputado A.H.F. no acusa juzgamientos anteriores.» (Sic, Sentencia, folios 102 vuelto a 103 vuelto). Como se dijo esta es la relación de hechos probados de la sentencia, la cual, pese a los errores materiales, de puntuación y sintaxis que presenta (particularmente respecto a la transcripción del dictamen de folio 42) permite revisar la valoración efectuada por el Tribunal de mérito en punto a la calificación jurídica del hecho. III.- La jurisprudencia de esta Sala relativa al tema. Señala el recurrente que "la totalidad de la jurisprudencia sistematizada y la doctrina, son contestes en cuanto a que cuando la violación de domicilio es medio necesario para cometer un delito más grave, queda absorbido por este último" (Recurso, folio 112 vuelto), aseveración que hace sin precisar concretamente a cuál jurisprudencia o doctrina se refiere. Para el suscrito es claro, por lo menos, que tal afirmación de la defensa no es válida respecto a la jurisprudencia de esta Sala de Casación, que —cuando menos en la presente década— no ha tenido un criterio uniforme respecto a esta cuestión, lo cual cabe ilustrar con la siguiente síntesis, ejemplificativa del más inmediato devenir jurisprudencial en relación con el problema concursal de la violación de domicilio con otras figuras delictivas: A) En la resolución V-240-F de las 8.55 h del 7 de junio de 1991, la mayoría de esta Sala señaló que si la Violación de domicilio fue un acto de ejecución para acceder carnalmente a la ofendida, no hay concurso material, sino una unidad de acción, resolviendo —tácitamente— el asunto como un concurso aparente de normas, manteniendo únicamente la condena impuesta por Violación agravada (Magistrados Castro, Chaves, Houed y Ramírez). En esa oportunidad salvé el voto afirmando que no hubo una sola acción, ni un concurso aparente de normas, sino dos figuras delictivas llevadas a cabo sucesivamente, tratándose de un concurso real de delitos en que la Violación de domicilio fue un delito *críminis causa*. B) En la sentencia V-460-F de las 8.55 h del 30 de agosto de 1991 la mayoría de la Sala, aplicando tácitamente las reglas del concurso aparente de normas, decidió que la Tentativa de Hurto simple desplazó la Violación de domicilio (Mgs. Castro, Chaves, Houed y Ramírez), mientras que el suscrito salvó el voto, pero ya en esta oportunidad modifiqué en forma expresa mi posición anterior en el sentido de que hubo un concurso ideal entre los delitos de Violación de domicilio y la Tentativa de Hurto simple, señalando que el primero no requiere de un dolo específico y que en el caso se produjo una acción única, descrita en dos tipos penales que no se excluyen entre sí, pero advirtiendo que es distinta la solución del concurso entre Violación de domicilio y el robo agravado del artículo 213, inc. 1) del Código Penal, en que el concurso sí es aparente. C) En la resolución V-460-F de las 8.50 h del 9 de octubre de 1992, por unanimidad, se consideró que la conducta agresiva del agente, que excede la violencia que supone la Violación de domicilio agravada, puede dar lugar al delito de Lesiones, como una acción independiente que concursaría materialmente con la anterior (Mgs. Castro, Chaves, González,

Houed y Ramírez). D) La sentencia V-552-F de las 10.00 h del 8 de octubre de 1993 también resulta de interés, pues en ella se trató el tema de los delitos de pasaje, indicándose que estos "...constituyen etapas previas a la realización de un hecho más grave, que por lo general pierden significación independiente en la medida en que ocurra una lesión mayor al bien jurídico tutelado, en una etapa posterior de la conducta criminosa; pero lo anterior no significa que en todos los casos en que se realiza una conducta contra un mismo bien jurídico, como medio para llegar a otra conducta lesiva más grave contra ese mismo bien jurídico, debamos concluir que se trata de un delito de pasaje y por ello impune [...] El hecho de que un delito constituya a su vez un medio para realizar otro (criminis causa) no necesariamente significa que el delito medio quede subsumido en el delito fin. Ello es posible sólo cuando haya una relación de género a especie, de accesoriedad o subsunción, según los términos del artículo 23 del Código Penal" (concurso aparente de normas). Esta sentencia es de los Magistrados Castro, González, Houed, Issa El Houry y Ramírez). E) En la sentencia V-215-F de las 10.05 h del 10 de junio de 1994, la mayoría de la Sala juzgó —tácitamente— que una Violación de domicilio fue desplazada por una contravención de Hurto menor, a la postre prescrita (Mgs. Castro, Chaves, Houed y Ramírez), mientras que de nuevo salvé el voto indicando que se trata de un concurso ideal, pues "...cuando el sujeto penetra en la vivienda o casa de negocios ajena 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 otro [...] se trata de un concurso ideal de delitos [...] porque hay unidad de acción". F) En la resolución V-719-F de las 9.50 h del 1º de diciembre de 1995, unánimemente, respecto a un caso en que el imputado violó un domicilio mientras se fugaba de la policía judicial, se consideró que "la figura del artículo 204 [Violación de domicilio], no contempla un dolo específico orientado a perturbar el ámbito de la intimidad de los moradores o poseedores del inmueble. En consecuencia, basta que se ingrese a la casa de habitación en contra de la voluntad expresa o presunta de quien tiene derecho a excluirlo, para que el delito nazca a la vida jurídica, independientemente de los motivos concretos que tuviese el imputado para realizar tal conducta [...] Las motivaciones internas, en este caso, no tienen ninguna trascendencia para la adecuación típica de la conducta, basta que los encartados hayan perturbado con su proceder a los moradores de la vivienda para que su conducta sea penalmente relevante" (Mgs. Arroyo, Castro, Chaves, Houed y Ramírez). En esta misma sentencia, además se hace cita de la resolución V-177-F de las 9.45 h del 23 de abril de 1993, donde se dijo: "...aquél que penetre a una casa de habitación o casa de negocios ajena, contra la voluntad de quien tendría derecho a excluirlo, cometería el delito de violación de domicilio aunque su motivación concreta para penetrar en ella, no hubiere sido el perturbar o lesionar el ámbito de la intimidad de los moradores o poseedores del inmueble, porque el tipo penal no exige —en forma particular— esa finalidad como un elemento subjetivo distinto del dolo. Para esos efectos, deben distinguirse en forma clara el dolo y las concretas motivaciones del sujeto para realizar el hecho punible. En muchos casos esas motivaciones coinciden con el dolo, pero no en todos.

En conclusión, un sujeto puede violar un domicilio motivado en muy diferentes situaciones, pero no por ellas se hace desaparecer el dolo constitutivo de la infracción al haberse perturbado el ámbito de intimidad y lesionando así el bien jurídico tutelado en el tipo penal, de manera que "No es necesario, para la consumación de este delito, la concurrencia de ningún *ánimus especial*, ninguna intención determinada" (Mgs. Castro, Chaves, González, Houed y Ramírez). G) En la sentencia V-535-F de las 9.10 h del 20 de setiembre de 1996 se discutió la relación entre los delitos de Violación de domicilio y de Robo agravado cometido con armas (artículo 213, inciso 2) del Código Penal). Para la mayoría de la Sala el ingreso clandestino a la vivienda de la ofendida constituyó solamente un acto de ejecución dirigido a consumir un Robo agravado cometido con armas, señalando que no se trató de un concurso ideal. En tanto recalificó el hecho como únicamente constitutivo de Robo agravado cometido con armas, tácitamente estimó que se estaba en presencia de un concurso aparente (Mgs. Castro, Chaves, Houed y Ramírez). Por su parte, de nuevo salvé el voto conforme a mis posiciones anteriores, indicando que en el caso examinado no hubo un concurso aparente de normas (como sí lo puede haber entre la Violación de domicilio y el Robo agravado del artículo 213, inciso 1º), sino más bien un concurso ideal, porque las disposiciones contenidas en los artículos 204 y 213, inciso 2) no se excluyen entre sí y porque se trató de una sola acción, donde no interesa si la violación de domicilio es un delito *criminis causa*. H) Finalmente, en la resolución V-352-F de las 11.40 h del 18 de abril de 1997, discutiéndose la relación entre los delitos de Violación de domicilio y Tentativa de Homicidio simple, por unanimidad se consideró que si el invasor del domicilio, al verse descubierto por la ofendida, intentó matarla, se está en presencia de un concurso material, reiterando que "...para la comisión del delito de violación de domicilio no es necesaria ninguna clase de motivación especial. Así se ha razonado que "...un sujeto puede violar un domicilio motivado en muy diferentes situaciones, pero no por ellas se hace desaparecer el dolo constitutivo de la infracción al haberse perturbado el ámbito de la intimidad y lesionado así el bien jurídico tutelado en el tipo penal..." (Mgs. Castro, Chaves, González, Houed y Ramírez). De lo que se lleva expuesto, puede notarse que la jurisprudencia de esta Sala no ha sido conteste o uniforme en punto a la naturaleza concursal de la Violación de domicilio con otros delitos. Todas estas premisas deben revisarse, pues conducen a soluciones paradójicas. Por ejemplo, si durante la madrugada Pepe se introduce clandestinamente por una de las ventanas de la casa de Paco —su enemigo— y se queda sentado en la sala hasta ser descubierto y detenido, sería autor del delito de Violación de Domicilio. En cambio, si Paco se introduce clandestinamente en la casa de su enemigo Pepe, en la cocina se apodera ilegítimamente de una cebolla y al salir de la casa con semejante botín es descubierto y detenido en flagrancia por un policía, conforme al criterio de la mayoría, se estaría en presencia de una Tentativa de Hurto menor, contravención que no sería punible conforme al párrafo tercero del artículo 73 del Código Penal, pero que sí implicaría la desaplicación del artículo 204, de modo que la conducta de Paco sería totalmente impune, a pesar de que hizo lo mismo que Pepe más un plus desvalioso, al intentar un apoderamiento ilegítimo. IV.- Algunas

consideraciones sobre el delito de Violación de domicilio. En vista de las contradicciones apuntadas es que resulta conveniente revisar cuidadosamente las premisas de la jurisprudencia de esta Sala, tarea que resulta adecuado iniciar con un análisis de lo dispuesto en el artículo 204 del Código Penal, bajo el nombre de "Violación de domicilio": «Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que entrare a morada o casa de negocio ajenos, en sus dependencias, o en un recinto habitado por otro, sea contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo, sea clandestinamente o con engaño. La pena será de uno a tres años, si el hecho fuere cometido con fuerza en las cosas, con escalamiento de muros, con violencia en las personas, con ostentación de armas, o por dos o más personas» (así reformado por Ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982). Bien jurídico tutelado. Del texto legal y de la ubicación de este artículo en el Código Penal (Libro Segundo: De los delitos; Título VI: Delitos contra el ámbito de la intimidad, Sección II: Violación de domicilio), se colige con claridad que este tipo penal tutela la intimidad en determinados ámbitos de reserva de una persona o grupo de ellas (morada o casa de negocio), necesaria para el pleno goce de su familiaridad, confianza, confidencialidad, privacidad, etc., «...es decir —señala la Exposición de motivos del Código Penal— el derecho que todos tenemos a que se respete nuestra vida privada y a desenvolvemos dentro de ella en la forma que nos parezca y siempre que sus límites sean los justos y necesarios para el desarrollo armónico de la vida social», razones del legislador que se ajustan a lo dispuesto en los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos en cuanto a que «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques» (Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en relación con la inviolabilidad del domicilio, véanse además los arts. 9 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Consumación. También del texto se entiende con claridad que el delito se consuma al "entrar" en el recinto del domicilio, esto es, al ir o pasar de fuera a adentro, al penetrar o introducirse efectivamente el autor en los lugares indicados por el tipo penal, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo (cfr. la voz "entrar" REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la Lengua Española, Madrid, 21ª edición, 1992, pág. 600). En vista de ello resulta evidente que este delito admite tentativa. Tratamiento de la confluencia de figuras en la doctrina. En punto al concurso de delitos no se desconoce la existencia de abundante doctrina que se refiere a la "subsidiariedad" de la Violación de domicilio respecto a otros delitos, particularmente la argentina (cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 10ª edición, págs. 356-367; CREUS, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª edición actualizada, 1988, págs. 362-367; BREGLIA, Omar y GAUNA, Omar: Código Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª edición actualizada, 1987; NÚÑEZ, Ricardo: Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1978, págs. 191-

194; SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, 1976, págs. 75-91). Sin embargo, debe tenerse presente, que ello obedece a una diferente formulación del tipo penal, lo cual no puede pasar inadvertido. El texto argentino dice así: «Violación de domicilio. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo» (el subrayado es suplido, artículo 150 del Código Penal argentino). Como se puede apreciar, en Argentina es la misma ley la que consagra la Violación de domicilio como delito expresamente subsidiario, aunque se advierte que si bien tal atributo es consecuencia directa de la relación ontológica existente entre los delitos más severamente penados de los cuales la invasión del domicilio es parte integrante o elemento constitutivo, no debe perderse de vista que otros delitos mayores, que no resultan de la Violación de domicilio, no producen la autoexclusión de esta figura (pues con estos delitos la Violación de domicilio concurre de manera ideal o material), de manera que, por ejemplo —haciendo la correlación a nuestros tipos penales—, el Robo agravado de su artículo 167, inc. 3) (equivalente al art. 213, inc. 1) de nuestro código) sí excluye la Violación de domicilio, pero no lo suprime el Homicidio simple cuando el inculpado no violó el domicilio para matar, sino que el hecho se produjo a raíz de su reacción al encontrar al occiso en el interior del inmueble (así, BREGLIA Y GAUNA, op. cit., pág. 491, quien agrega que el concurso de la Violación de domicilio con el Hurto es material, lo que comparten SOLER, op. cit., pág. 90 y ARCE AGGEO, Miguel Ángel: Concurso de Delitos en materia Penal, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1996, pág. 205). Una consideración especial para entender el sistema argentino merecen las siguientes explicaciones de Creus: «Para explicar esta subsidiariedad no basta con afirmar que, en la especie, no rigen los principios generales del concurso de figuras (Fontán Balestra), lo cual sólo parcialmente es exacto; tampoco es aceptable sostener que la violación de domicilio queda descartada cuando ha sido el medio seleccionado por el autor para cometer otro delito (p. ej., penetrar en el domicilio para violar sexualmente), porque la ley claramente determina que el desplazamiento se produce cuando el hecho mismo de la violación de domicilio pasa a ser otro delito más severamente penado, lo cual sucede cuando esa violación es un elemento que ha integrado la tipicidad de la acción del otro delito (p. ej., penetración con escalamiento para hurtar), o cuando en sí mismo el hecho constituye el corpus del delito más grave (p. ej., cuando la penetración y permanencia en el domicilio ajeno sea el hecho que el agente hace tolerar a la víctima por medio de coacciones); en estos casos la norma de mayor punibilidad descarta la aplicación de la del art. 150 [Violación de domicilio]. El desplazamiento no se produce, por supuesto, se de la violación de domicilio resulta un delito de pena menor (sic) (p. ej., si para penetrar en el domicilio, se dañó la puerta): entonces es el art. 150 el que desplaza los tipos de pena menor; pero, si la violación de domicilio puede catalogarse como hecho distinto del otro delito de pena menor o mayor (p. ej., el que viola el domicilio para acceder carnalmente a una persona), ambos hechos operan en concurso real» (CREUS, op. cit.,

pág. 367). De lo expuesto queda claro que, por lo menos para la doctrina argentina, la subsidiariedad del delito de Violación de domicilio no es absoluta —como lo afirmó el recurrente— sino relativa. Por otra parte, la confluencia de otras figuras con el delito de Violación de domicilio también ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina española, al estudiar el llamado delito de "Allanamiento de morada": «El particular que entrare en morada ajena o sin habitar en ella se mantuviese en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con arresto mayor y multa. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación, la pena será de prisión menor y multa» (artículo 490 del Código Penal español). Sobre la conducta así tipificada se ha señalado que: «El delito de allanamiento puede formar un delito complejo con otros delitos, especialmente con el robo con fuerza en las cosas, perdiendo en este caso su sustantividad, que vuelve a recobrar si se desiste voluntariamente del delito fin o si por la aplicación del concurso de leyes resulta más gravemente penado que el delito que se pretendía (en contra de esta última interpretación: STS 29 mayo 1974 que castigó por un delito de robo en casa habitada en grado de tentativa y no por el delito de allanamiento de morada que se había ya consumado y que tenía asignado en el caso concreto una pena mayor). Fuera de estos casos cabe apreciar el concurso (real) entre el allanamiento y otros delitos como las lesiones, el rapto, los abusos deshonestos, etc.» (MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal, Parte Especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 9ª edición revisada y puesta al día, 1993, pág. 168). Para finalizar este recuento de la doctrina relativa al delito de violación de domicilio, debe hacerse cita de la costarricense. Así, se ha dicho que: «Cuando la violación de domicilio es parte del proceso ejecutivo de otro delito, en principio habría un concurso ideal. Excepción a esto sería cuando se estuviera ante el delito previsto en el art. 213, inciso 1) del CP, en que el concurso sería aparente» (LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos: Comentarios al Código Penal, San José, Editorial Juricentro, 1989, pág. 375). Después de este repaso jurisprudencial y doctrinal en torno al delito de Violación de domicilio, procede examinar el problema sometido a examen, a la luz de nuestra legislación. V.- Solución del caso concreto. Como se dijo al inicio, la Defensa sostiene que en el presente caso se está en presencia de un concurso ideal entre los delitos de Violación de domicilio y Lesiones graves, sin embargo, solicita que sus patrocinados sean "absueltos" por el primero, petitoria que resulta incongruente con los fundamentos de su reclamo, pues si efectivamente se tratara de un concurso ideal, no se excluiría el delito de Violación de domicilio, ya que en este tipo de concurso todos los preceptos penales infringidos por la acción son aplicables, aunque con alguna limitación respecto a la pena total aplicable, conforme al artículo 75 del Código Penal. La petitoria formulada más bien se aviene a lo que resultaría de un concurso aparente de delitos, en que "aparentemente", a primera vista, son aplicables diversos preceptos legales, pero luego de una correcta interpretación se deduce que solamente uno de ellos es el aplicable. ¿Unidad de acción? De los artículos 21, 22, 23, 75, 76, y 77 del Código Penal se colige que el criterio fundamental para resolver el problema de este "concurso de delitos" radica en la definición de qué es "una sola acción u omisión" o "una misma conducta" (cfr. arts. 21 y 23, de ahí que el número de "resultados" no tiene nada

que ver con el número de conductas y de delitos). En este sentido se ha afirmado que: «El problema común a todos los supuestos citados es determinar cuándo hay una o varias acciones. De entrada, hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado. Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales (por ejemplo, violación intimidatoria, robo con fractura) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explotar una bomba causando la muerte de varias personas). Son, pues, otros los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción. El primero de ellos es el factor final, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados (en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar la pistola, acechar a la víctima, apuntar o disparar; o, en el hurto, la voluntad de apropiarse de la cosa unifica y da sentido a los distintos actos de registrar los bolsillos de un abrigo). El segundo factor es el normativo, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso en particular. Así, aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (matar a alguien), alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos (así, por ejemplo, la tenencia ilícita de armas de fuego para el delito de tenencia ilícita de armas). Y, a la inversa, actos aislados, cada uno regido por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica solo cuando se dan conjuntamente (la falsificación de documentos privados solo es típica si se realiza con ánimo de perjudicar o perjudicando a un tercero) o tener una relevancia típica distinta (por ejemplo, robo con homicidio). Cuando una sola acción, determinada con los criterios señalados aquí, realiza un solo tipo delictivo, tenemos el caso normal. Cuando una sola acción o varias acciones realizan varios tipos delictivos, surgen los problemas concursales» (MUÑOZ CONDE, Francisco: Teoría general del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pág. 194). Nuestra doctrina señala que la unidad de acción es un concepto jurídico, que así como es erróneo tratar de definir la unidad de acción con prescindencia de la norma, así también sería equivocado tratar de definir la unidad de acción con prescindencia del hecho, sin darle el lugar subordinado que le corresponde como contenido de la norma: "...no es la unidad natural de acción la que dice cuándo hay una acción en sentido legal; puede ocurrir, más bien, que una acción en sentido natural constituya legalmente una pluralidad de acciones o que una pluralidad de acciones en sentido natural constituya legalmente una sola acción. La separación entre unidad de acción y pluralidad de acciones solamente es posible mediante una interpretación del sentido del tipo penal realizado" (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Litografía e imprenta Lil S.A., 1981, págs. 19 a 20). La adopción de los factores final (plan unitario que dé sentido a una pluralidad de movimientos voluntarios como una sola conducta) y normativo (que convierta la conducta en una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición) como criterios para dilucidar cuándo hay una y cuándo varias conductas (ya se trate de acciones u omisiones) es ampliamente aceptada por la doctrina actual (así, ZAFFARONI, Eugenio: Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Ediar, 6ª edición, 1996, págs. 619 a

620; VELÁSQUEZ, Fernando: Derecho Penal, Parte General, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2ª edición ampliada y corregida, 1995, págs. 584 a 588; MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1990, págs. 720 a 724; BACIGALUPO, Enrique: Principios de Derecho Penal, Parte General, Madrid, Ediciones Akal S.A., 2ª edición, 1990, pág. 280) y, en la medida que racionaliza fundadamente la aplicación de la ley sustantiva a partir del axioma de que la esencia del delito es la lesión a un bien jurídico tutelado, es adoptada por esta Sala. En el presente caso sí hay unidad de acción porque se verificó la existencia de un plan común en la realización de los hechos: la resolución —factor final— de dar una "tunda" al ofendido (cfr. Sentencia a folio 107) da sentido a que ambos acusados entraran inopinadamente a la vivienda de la víctima para causarle las lesiones descritas en el fallo, lo que permite aseverar la concurrencia de un factor normativo al valorar en conjunto los hechos, porque una vez consumado el delito de Violación de domicilio —que es delito permanente— para cometer las Lesiones graves, estas contribuyeron a mantener aquel estado consumativo y agotar el propósito que, como resultado final, querían los agentes. Una vez establecida la unidad de acción en este caso se excluye la posibilidad de un concurso real o material (art. 22), reduciéndose entonces el problema a establecer si se está en presencia de un concurso aparente (art. 23) o de un concurso ideal (art. 21). ¿Concurso aparente de delitos? Respecto a los argumentos de la Defensa, salta a la vista que nuestro legislador no asignó al artículo 204 (Violación de domicilio) una cláusula de subsidiariedad expresa, como sí lo hizo, por ejemplo, con el artículo 257 (Abandono de servicio de transporte), haciendo prevalecer la norma que prevé respecto a otra un tratamiento punitivo más severo, lo que también dispuso, por ejemplo, para el artículo 174 (Incesto) en relación con los artículos 157 (Violación calificada) y 160 (Estupro agravado), que en realidad no es una hipótesis de concurso aparente —aunque así se entendiera del art. 23 in fine—, porque el legislador eliminó toda duda (y toda "apariencia"), al establecer que el art. 174 vale únicamente cuando no se den los supuestos de aplicación del 157, o del 160 (así, CASTILLO, op. cit., págs. 30, 31 y 35, quien señala que los casos en los que hay subsidiariedad expresa reposan siempre en una valoración del legislador, que decide que dos tipos penales no concurren idealmente). Por otra parte, el caso concreto sometido a examen no constituye un concurso aparente, porque la conducta descrita en el artículo 204 (Violación de domicilio) no está descrita en el 124 (Lesiones graves), ni viceversa; es más, ni siquiera tutelan los mismos bienes jurídicos (la "intimidad" y la "integridad y salud, física y mental", respectivamente). Si no se cumple esta condición legal (véase el art. 23), es ocioso preguntarse si estas disposiciones legales se excluyen entre sí, ya que no puede haber relación de especialidad o subsidiariedad tácita entre ellas (la subordinación expresa fue descartada por las razones supraindicadas). La relación de especialidad existe cuando la disposición penal que se aplica contiene en sí todos los elementos de la disposición penal general, más uno o más elementos especializantes, como sucede entre los artículos 305 (Desobediencia) y 394, inciso 3) (No comparecencia como testigo), en que el segundo desplaza por especialidad al

primero. Es necesario precisar que —siempre en relación con el caso en examen— aunque el párrafo segundo del art. 204 alude a "violencia en las personas" lo hace a efecto de agravar el tipo básico (contenido en el párrafo primero), cuando ésta es el medio necesario para cometer la violación de domicilio, es decir, cuando la violencia en las personas es la manera o vía adoptada por el agente para "entrar" en el domicilio (momento en que —como se dijo antes— se consuma el delito, en este sentido véanse, además, CREUS, op. cit., pág. 366 y FONTÁN, op. cit., pág. 363) y esto no es lo que sucedió en la especie, ya que los imputados no requirieron emplear violencia contra el ofendido para poder entrar al domicilio, sino que entraron o ingresaron a este contra su voluntad presunta, y una vez que ambos estaban adentro, fue que lo agredieron y lesionaron, de modo que las lesiones causadas no pueden subsumirse en la violencia a que se refiere el párrafo segundo del art. 204, ya que en realidad acontecieron una vez consumado el delito de violación de domicilio. Desde esta óptica, la Violación de domicilio atribuida a los encartados no puede ser agravada, como erróneamente lo estimó el Tribunal de mérito (la incidencia y efectos de este error in iudicando se analizarán más adelante). Como se dijo, tampoco se está en presencia de una subsidiariedad tácita, pues del sentido y fin de las normas indicadas no se puede derivar racionalmente que el legislador incluyera en el tipo del art. 124 la totalidad del contenido injusto y culpable de la conducta tipificada en el art. 204. Se entiende por "delito de pasaje" aquel que es etapa previa a la realización de un delito sucesivo que lo desplaza (dejando "impune" el hecho previo, en relación con el hecho posterior) porque el segundo causa una lesión mayor al bien jurídico tutelado y comprende todo el contenido injusto del primero (por ej., las "Proposiciones irrespetuosas" del art. 380, inc. 5) pueden ser un hecho impune respecto al "Abuso deshonesto" del art. 161, así como las "Lesiones" pueden ser un delito de pasaje impune en relación con el "Homicidio"), pero en el presente caso las acciones emprendidas por los imputados, aunque se encuentran en relación de medio (art. 204) a fin (art. 124) no representan diferentes grados o estadios de ofensa a un mismo bien jurídico: la ausencia de esta coincidencia excluye las otras posibilidades de subsidiariedad tácita del concurso aparente, como la del "hecho simultáneo impune" (por ej., los "Daños" del art. 228 son impunes respecto al "Robo con fuerza en las cosas" del 212, inc. 1º) o la del "hecho posterior impune" (por ej., si luego de cometer el "Hurto" el autor exige una suma indebida al propietario para devolverle la cosa, la "Extorsión" concursa materialmente con el Hurto). Concurso ideal. Tras todo lo expuesto se llega a la conclusión de que la conducta atribuida a los imputados C.R.H.B. y A.H.F. sí constituye un concurso ideal heterogéneo —no uno material, como lo estimó el a quo— ya que lesionó dos disposiciones jurídicas que no se excluyen entre sí, a saber, la Violación de domicilio (art. 204 párrafo primero) y las Lesiones graves (art. 124), pues con una sola acción realizaron estos dos tipos penales, que no se encuentran entre sí en relación de concurso aparente. En el presente caso hay concurso ideal porque una parte de la acción (entrar a la vivienda del ofendido contra su voluntad presunta) sirvió tanto para consumir la Violación de domicilio como para poder ejecutar las Lesiones graves contra él, lesionando dos bienes jurídicos independientemente tutelados

en favor de la víctima, por una parte su intimidad y, por otra, su integridad y salud física. Penalidad del concurso ideal en examen. Aun cuando se ha constatado la existencia de un vicio in iudicando en la sentencia impugnada, no es posible atender la petitoria formulada por la defensa en el sentido de "absolver" a sus patrocinados por el delito de Violación de domicilio, ya que este delito sí se configuró y debe aplicarse. En mi opinión la enmienda correcta para los defectos apuntados se reducen a casar la sentencia para declarar a ambos imputados coautores de los delitos de Violación de domicilio y de Lesiones graves, conforme a los artículos 21, 124 y 204, párrafo primero, del Código Penal. Conforme al artículo 75: "Para el concurso ideal, el Juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla". De acuerdo con esta norma debe aplicarse la pena de la violación jurídica más grave, con un aumento facultativo que en ningún caso puede ser mayor a la que hubiera correspondido en caso de que se hubieran realizado acciones independientes en concurso material, pues la penalidad del concurso ideal toma en cuenta que la criminalidad del agente es menor que la de quien realiza tales violaciones con distintas acciones u omisiones. En el presente caso el delito más grave es el de Lesiones graves, sancionado con prisión de uno a seis años, respecto a la Violación de domicilio simple, reprimida con prisión de seis meses a dos años. En la sentencia impugnada se fijó y motivó, para cada uno de los imputados, la pena de las Lesiones graves en dos años de prisión, a la cual se sumó un año de prisión por la Violación de domicilio, arrojando un total de tres años de prisión para cada coautor. Tomando en cuenta que el artículo 75 del Código Penal señala que en el concurso ideal el Juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla, opto por fijarla en el tanto de dos años y seis meses de prisión, conforme a las razones objetivas y subjetivas indicadas en el fallo."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 756 de las 10.05 h del 6 de agosto.

22. VIOLACIÓN DE DOMICILIO Y VIOLACIÓN - Existencia de concurso ideal - Cambio jurisprudencial.

"Acusa aplicación indebida del Art. 204 en relación con el 156 inciso 3), 22, 76 del Código Penal, y falta de aplicación de los artículos 1, 2, 23, 26 y 30 del mismo Código, y 39 de la Constitución Política. El recurrente indica que el fin último del imputado era tener relaciones sexuales con la ofendida, siendo que, en su criterio, la única forma de lograr su cometido era penetrar a la vivienda de la víctima, sin su autorización. Sostiene que la violación de domicilio constituye uno de los pasos del iter criminis, un acto de ejecución para realizar el crimen, y no una acción independiente y aislada. Por último, señala que lo que existe es una sola acción, y no como lo declaró el Tribunal, un concurso material. Lleva parcial razón en su reclamo. No se trata en la especie de un concurso material, sino de un concurso ideal, es decir, de una sola acción en el sentido jurídico del término que viola diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí (artículo 21 del Código Penal). Esta única acción no se produce en el

sentido de las ciencias naturales, sino en cuanto que ha sido determinada en un contexto social de sentido. Esto último lo da precisamente la lesión de la relación de disponibilidad expresada por el bien jurídico, que es a su vez, un instrumento de valoración de la legitimidad sustancial de la norma y de la reacción penal que de ella se espera (ver al respecto: Reyes Alvarado, Yesid, El Concurso de Delitos, Bogotá, Colombia, Ediciones Reyes Echandía Abogados, 1990, p. 61; Castillo González, Francisco, "El concurso de delitos en el derecho penal costarricense", San José, Costa Rica, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1981, p. 27). El Voto 2030-98 de la Sala Constitucional, que reitera a su vez lo expresado en el Voto 5373-96, señala que junto al análisis de tipicidad, es necesario incluir un análisis del bien jurídico tutelado, como parámetro de interpretación de la ley penal. La Sala Constitucional ha reiterado en otros fallos, iniciando esta línea jurisprudencial en el fallo 525-93 de las catorce horas con veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, que el artículo 28, párrafo segundo, de la Constitución Política, exige el análisis de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, como medio para examinar la legitimación sustancial de la norma penal. En tal sentido, debe entenderse que a cada descripción legal le es inherente un bien jurídico tutelado, a fin de que de tal figura pueda predicarse que es un tipo penal acorde con las prescripciones constitucionales. Esto implica que en el juicio de tipicidad penal es siempre necesaria la verificación de si la conducta del autor ha puesto en peligro o ha lesionado significativamente un determinado bien jurídico (ver Voto Nº 525-93). El bien jurídico, dice nuestro Tribunal Constitucional, en otro importante fallo, es una relación social concreta y fundamental para la vida en sociedad. En tanto que es una relación de disponibilidad, significa para el individuo una garantía para su autodeterminación, pero al mismo tiempo la oportunidad de conocimiento de qué es lo que se protege mediante el uso de la ultima ratio del Derecho Penal. Es por ello un límite claro para el ejercicio del poder, prohibiendo la creación de tipos penales sin bien jurídico, como también, una interpretación judicial que observe la mera configuración formal de la conducta, sin tomar en cuenta el objeto de protección de la norma, cuya lesión constituye el elemento sustancial del delito (cfr. Voto 6410-96 de las quince horas doce minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis). Así las cosas, tanto el análisis de la lesión del bien jurídico, así como la determinación de si existe una unidad de acción o una pluralidad de éstas, resultan ser dos actividades de interpretación judicial de primordial importancia antes de establecer la existencia de un concurso de delitos, muy especialmente del concurso material, el cual, según la descripción del artículo 22 de nuestro Código Penal, se refiere a la hipótesis de un mismo autor que comete separada o conjuntamente varios delitos, y que implica un supuesto sancionatorio grave (artículo 76 del Código Penal). Según los hechos probados de la sentencia, visibles a partir del folio 130 de la sentencia de mérito, se tiene que el autor ingresó, a eso de las once y media de la noche, a la casa de habitación de la víctima, con el fin de accederla carnalmente, con lo que ya desde ese momento cumplió los requisitos típicos del artículo 204 del Código Penal, no sólo porque hizo entrada a la casa de manera clandestina, sino que también lo hizo a

altas horas de la noche, con los ocupantes del inmueble dormidos, y evidentemente sin su acuerdo o consentimiento. Esta indicación de los hechos probados demuestra que desde este momento existe en el plan diseñado por el autor la aceptación de la realización de una lesión a un bien jurídico, precisamente de aquél tutelado por el artículo 204 del Código Penal, cual es la intimidad en el ámbito de reserva del domicilio. Este delito resulta ser de carácter permanente y necesario para el cumplimiento del objetivo final que se había representado el autor. Esta Sala estima que en la especie existe una unidad de acción, la cual no se rompe, a pesar de la lesión a la intimidad del ámbito de reserva del domicilio, tanto por la existencia del mencionado plan unitario del autor, y el factor normativo (cfr. al respecto Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1991, p. 194) que lleva a considerar las dos conductas desplegadas por el justiciable como una unidad de desvalor a los efectos de analizar las consecuencias sancionatorias de este concurso ideal de acciones. En efecto, en la descripción de hechos probados indica el tribunal sentenciador que el acusado procedió a amenazar a su víctima con un cuchillo y luego ejerciendo fuerza sobre ella, y amenazándola con posibles actos de violencia sobre su hijo que dormía en el mismo domicilio, procedió a someterla a su voluntad, obligándola a ceder a sus caprichos sexuales y accederla carnalmente contra su voluntad. Este cuadro fáctico, debidamente probado en la sentencia, permite aseverar la concurrencia del factor normativo al valorar en conjunto los hechos, porque una vez consumado el delito de violación de domicilio, procede el imputado a cometer la conducta descrita en el artículo 156 del Código Penal. Siendo que ambas figuras concurren idealmente, porque la lesión de la autodeterminación sexual de la ofendida no excluye la lesión al ámbito de reserva del domicilio, y porque la acción de violar el domicilio sirvió tanto para consumir la tipicidad penal prevista en el 204 del Código Penal como también el acceso carnal contra la voluntad de la víctima, previsto y sancionado por el artículo 156 del Código Penal, procede descartar el concurso material que el a quo tuvo por efectivamente acreditado. V. - En cuanto a la pena a imponer: En virtud de lo anteriormente expuesto, no debe sobrevalorarse la conducta del imputado S.G., cosa que sucede precisamente cuando el a quo entiende que en la especie se ha producido una concurrencia material entre los art. 204 y el 156 del Código Penal, lo que llevaría al absurdo de tener por una parte probada una unidad de acción en el sentido jurídico y, por el otro, una doble punición por el solo hecho de que se han cumplido dos verbos de dos descripciones que no se excluyen entre sí. Es decir, que si se mantiene el fallo de mérito obligaría a imponer un monto de pena contrario al principio de prohibición de exceso (o principio de proporcionalidad), ya que el cuántum de pena iría aún más allá del límite máximo escogido por el legislador para castigar un concurso ideal, donde según el punto de vista del legislador el grado de crimosidad del agente es menor que el del autor que ha realizado violaciones a bienes jurídicos penalmente tutelados mediante distintas acciones u omisiones. En la sentencia impugnada se fijó y motivó el tanto de seis meses de prisión por la violación de domicilio y el tanto de diez años

de prisión por el delito de violación, lo que arrojó un total de diez años seis meses de prisión para el encartado. Tomando en cuenta que el recurso fue interpuesto por la defensa y que el a quo optó por imponer el extremo de diez años de prisión por la Violación, y no aumentó ese monto, esta Sala no ve impedimento alguno para que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 75 en relación con el artículo 21 del Código Penal se imponga al autor la pena al delito más grave que es la conducta descrita en el artículo 156 del Código Represivo, que tiene un tanto de diez años de prisión. VI.- Acerca del cambio de jurisprudencia que se produce con este fallo. Por la forma en que se resuelve este asunto, se manifiesta un cambio importante en la jurisprudencia de esta Sala referida al punto de derecho de fondo implícito en el sub júdice. La Sala ha desarrollado soluciones diversas para casos similares al presente, donde concurre la violación de domicilio con otros delitos más graves, que atendían a diversos puntos de análisis, en algunos casos referidos a las reglas del concurso aparente, o al concurso material o a la calificación del art. 204 del Código Penal como delito de pasaje, o de figura subsidiaria subsumida de alguna manera en el desvalor de acción de otra figura de mayor jerarquía; o, incluso, valorando de manera diversa la relevancia de las motivaciones del autor para considerar o no dentro del plan de éste, la posible realización de la Violación de Domicilio. Por ejemplo, en la resolución V-240-F de las 8.55 h del 7 de junio de 1991, la mayoría de esta Sala señaló que si la Violación de Domicilio fue un acto de ejecución para acceder carnalmente a la ofendida, no hay concurso material, sino una unidad de acción resolviendo —tácitamente— el asunto como un concurso aparente de normas, manteniendo únicamente la condena impuesta por Violación Agravada. En la resolución V-460-F de las 8.55 h del 30 de agosto de 1991, la mayoría de esta Sala, aplicando de nuevo las reglas del concurso aparente de normas, decidió que la Tentativa de Hurto Simple desplazaba la Violación de Domicilio. En otro fallo, el V-552-F, de las 10.00 hrs del 8 de octubre de 1993, la Sala vuelve al criterio de la existencia de un concurso material con la figura prevista en el artículo 204 del Código Penal, estimando que la conducta agresiva del agente, que excede la violencia que supone la Violación de Domicilio Agravada, puede dar lugar al delito de Lesiones, como una acción independiente que concursaría materialmente con la primera. En forma aislada también se ha sostenido la tesis de que la Violación de Domicilio tiene el carácter de delito de pasaje, que en el tanto que es una acción que se da en una etapa previa a la realización de un hecho más grave, por lo general pierde significación por la ocurrencia de una lesión mayor al bien jurídico tutelado. Esta última tesis se sostuvo en la resolución V-552-F de las 10.00 h del 8 de octubre de 1993. Los fallos donde se tuvo en cuenta la relevancia de las motivaciones del autor a efectos de analizar la concurrencia de la Violación de Domicilio son el V-719-F de las 9.50 h del 1º de diciembre de 1995; el V-177-F de las 9.45 h del 23 de abril de 1993 y el V-352-F de las 11.40 h del 18 de abril de 1997. La línea común de estos fallos es la de analizar el plan del autor, a fin de identificar un dolo específico de Violación de Domicilio, e integrarlo dentro del marco general de su programación criminosa, en algunos casos para considerarlo meramente un acto de ejecución (cfr. V-535-F) o para aplicar las reglas del concurso material, dando relevancia a la lesión del derecho a la intimidad como una figura aparte

que debía sancionarse junto a la otra voluntad exteriorizada del autor (cfr. V-352-F del 18 de abril de 1997), pero sin unidad de acción. Como se puede notar de la anterior exposición de los diversos caminos propuestos por la jurisprudencia de esta Sala, resulta que las soluciones no son uniformes en punto a la naturaleza concursal de la Violación de Domicilio con otros delitos, y en algunos casos llevan a soluciones paradójicas si se analizan desde la perspectiva del principio de tipicidad. Es

por ello que se ha considerado necesario cambiar los criterios expresados en esta jurisprudencia y proceder a indicar a partir de ahora que en estos supuestos de concurrencia deben ser utilizadas las reglas del concurso ideal, conforme a las razones que se expresaron en los considerandos anteriores."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 933 de las 15.46 h del 29 de setiembre.

B. DERECHO PROCESAL PENAL

23. ALLANAMIENTO - Orden innecesaria por tratarse de cabaña abandonada usada como guarida temporal.

"Incorporación de prueba ilícita. Como único motivo de su recurso, el defensor público del coimputado P.C.E. acusa como vicio in procedendo el yerro formal en el cual incurre el fallo de instancia, al establecer el juicio de culpabilidad a partir de una prueba ilícita, con quebranto de los artículos 9, 181, 193, 195, 196, 197, 171, 178, inciso a), 276, 334 y 354 del Código Procesal Penal de 1996, y los numerales 37 y 39 de la Constitución Política. El reproche se centra en que "... se utilizó como cimiento exclusivo para establecer la responsabilidad penal de mi defendido, prueba obtenida ilícitamente, incorporada a debate y considerada en sentencia ..." (folio 147, líneas 8 a 11), por cuanto C.E. fue detenido cuando se encontraba en una especie de cabaña abandonada, cercada por la policía, sin que existiera una orden de allanamiento suscrita por un juez competente, de tal modo que los decomisos así obtenidos son ilegítimos. II.- El reclamo no resulta procedente. El punto objeto de impugnación carece de todo interés, pues con independencia de que los decomisos realizados por la policía estuviesen viciados, es claro que los mismos —contrario al criterio de quien recurre— no resultaron esenciales a efectos de establecer la culpabilidad de los imputados, a tal punto que aún suprimiéndolos hipotéticamente la decisión impugnada no perdería su legitimidad. Nótese que la responsabilidad de los encartados en el robo perpetrado en perjuicio del señor R.F. se estableció, de manera esencial y determinante, a partir de la declaración rendida en juicio por éste, de tal modo que las evidencias incautadas en el decomiso que se cuestiona fueron utilizadas por los juzgadores a título de mayor abundamiento. En cuanto a este punto el fallo refiere lo siguiente: "... La versión del ofendido en el debate es clara, en el sentido de que fue obligado a bajarse de su carro porque el encartado P. le colocó una pistola en el lado izquierdo de su nuca. El otro encartado P.C. le decía que lo matara ..." (folio 130 frente, líneas 8 a 11). III.- En todo caso, y según se describe en el fallo de mérito, esta Sala no advierte en la actuación policial un comportamiento arbitrario o irrespetuoso del bien jurídico "intimidad" que pretende tutelar el artículo 23 de la Constitución Política, pues la cabaña o "galera" que ocupaba el encartado P.C. al momento de su detención no revestía las características de un domicilio ni tampoco de un recinto privado, por lo cual no se justifica de ningún modo su protección en los términos que exige el recurrente. Nótese que según quedó claramente determinado en debate, el referido inmueble estaba abandonado por

completo (nadie vivía allí) y fue ocupado en ese preciso momento por los imputados "...como su guarida temporal ..." (folio 130 vuelto, líneas 8 y 9), es decir, para ocultarse y sustraerse de la persecución a la que se vieron sometidos con motivo de la acción delictiva perpetrada. Las condiciones en las que los imputados "ocupaban" de manera temporal e ilícita ese recinto abandonado hace necesario concluir que al mismo no podría asignársele la misma cobertura jurídica requerida por un domicilio o un recinto privado en los términos descritos por el artículo 23 de la Constitución Política, pues al no tratarse de estas hipótesis ninguno de los asaltantes podía impedir válida o legítimamente el ingreso a ese lugar de terceros, de tal modo que no se les lesionó ningún derecho subjetivo. Por último, y según los hechos que contiene el fallo (los que no han sido objetados por la defensa), es claro que la acción policial —al irrumpir en el inmueble sin previa orden de juez competente— coincide de manera plena con la excepción al principio de inviolabilidad que recoge el citado numeral 23, el cual señala que "... El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante, pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley ...". En el caso bajo examen, resulta claro que la entrada en la cabaña abandonada tuvo como único propósito el evitar la impunidad del acusado. Asimismo, la actuación de las autoridades se ajusta a los lineamientos del artículo 197 del Código Procesal Penal, el cual autoriza el allanamiento sin orden cuando "... c) se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión ...", lo que coincide con las circunstancias que cuestiona la defensa. Según todo lo antes expuesto, al no existir ninguno de los vicios que se aducen en el recurso, el mismo se declara sin lugar."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 734 de las 9.55 h del 31 de julio.

24. APLICACIÓN DE LEY PENAL MÁS FAVORABLE - Procedimiento de revisión es vía idónea para reclamarla.

"El hecho cometido encuadra en una ley penal más favorable. De conformidad con el artículo 408, inciso e) del Código Procesal Penal de 1996, el sentenciado E.E.N.R. reprocha como único motivo de revisión que el hecho tenido por

demostrado en la sentencia N° 171-93, dictada por el Tribunal Superior de Cartago a las 16.05 horas del 6 de setiembre de 1993, encuadra en una norma penal más favorable. El reproche consiste en que en el presente caso se dictó una sentencia condenatoria por el delito de tenencia y almacenamiento de marihuana con fines de tráfico, imponiéndose, con base en el numeral 18 de la derogada Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, N° 7233, la pena mínima prevista por el tipo penal, esto es, el tanto de ocho años de prisión. En criterio del gestionante, y en vista de que el artículo 61 de la ley que actualmente rige esta materia, N° 7786 del 23 de abril de 1998, publicada en el Alcance a La Gaceta N° 93, del viernes 15 de mayo de 1998, disminuye el extremo menor de la pena para aquella conducta ilícita al tanto de cinco años de prisión, en su caso la sanción debe readecuarse a dicho cuántum. II.- En primer término debe examinarse si la gestión del sentenciado N.R. es posible conocerla por medio del procedimiento de revisión, pues demanda la aplicación de una ley dictada con posterioridad a la condena y que en su criterio le resulta más favorable. El representante del Ministerio Público, al contestar la audiencia de ley, señala que conforme al artículo 408 del Código Procesal Penal de 1996 no basta con alegar la subsunción típica diversa y favorable a las circunstancias del imputado para que proceda la revisión, sino que además se requiere acreditar la existencia de nuevos hechos o la presentación de nuevos elementos de prueba que justifiquen aplicar una norma más benéfica (fls. 232 y 233). Sobre ese extremo debe señalarse que los artículos 12 y 13 del Código Penal autorizan la aplicación retroactiva de una ley penal dictada con posterioridad a una condena, siempre que ello le resulte más favorable al reo y además que todavía no haya cumplido la pena, como parece ser el caso de autos, sin embargo la ley no determina con claridad cuál debe ser el procedimiento a seguir para aplicar la legislación más benigna. Dos son los caminos que podrían invocarse: por un lado el que ha seguido el gestionante ante esta Sala al formular la revisión; pero también podría argumentarse que corresponde al Juez de Ejecución de la Pena y al Tribunal de Sentencia modificar el fallo que se hubiere dictado, con el fin de adecuar el caso aplicando retroactivamente la legislación más favorable. El Código de Procedimientos Penales de 1973 era más directo al señalar una causal específica para resolver el problema (artículo 409, inciso 5°), pero en el Código Procesal Penal vigente podríamos afirmar también que no se excluyó esa posibilidad al estimarse que la revisión puede invocarse, entre otros supuestos, para aplicar retroactivamente una ley más favorable, según se puede concluir de lo dispuesto en los incisos e) y f) del artículo 408. En efecto, el inciso e) citado refiere que la revisión procede cuando sobrevengan nuevos hechos, como sería la circunstancia de haberse aprobado una nueva legislación, que permita encuadrar la conducta atribuida en una norma más favorable, supuesto en el que nos encontramos en el caso de autos; mientras que en el inciso f) citado se autoriza este procedimiento para cuando la nueva legislación haya señalado que el hecho no es punible, o bien cuando la norma que sirvió de base para la condenatoria ha sido declarada inconstitucional. Obsérvese que en ambos supuestos se autoriza recurrir a la revisión para aplicar en forma retroactiva una ley más favorable,

estableciéndose un mismo procedimiento y ante una misma autoridad jurisdiccional. Si concluyéramos que la Sala no es competente para conocer sobre la aplicación de la ley más favorable, porque no se establece ese caso como un supuesto de revisión, obligaríamos a las partes a recurrir ante el Juez de Ejecución de la Pena y al Tribunal de Sentencia para ese supuesto, pero tendríamos que admitir que sí debe recurrirse a la Sala cuando la norma más favorable haya declarado que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal, dividiéndose así la competencia, las instancias y el procedimiento para tratar asuntos similares, con todo lo que ello implica. Por lo expuesto, y con sustento en los incisos e) y f) del artículo 408 del nuevo Código Procesal Penal, el procedimiento de revisión resulta aplicable para examinar las consecuencias de una legislación promulgada con posterioridad a la condena que el reo invoca como más favorable. III.- Ahora bien, por las razones y en la forma que se dirá, la solicitud de revisión es atendible. En efecto, las conductas que sanciona el numeral 18 de la derogada Ley N° 7233 con pena de 8 a 20 años de prisión —entre las cuales se encuentra la que se le atribuye y por la que fue condenado el convicto N.R.— son exactamente las mismas que contempla el artículo 61 de la vigente Ley N° 7786, con la diferencia de que en esta última se prevé una pena de cinco a quince años de prisión, es decir, se disminuyen los extremos mayor y menor. Del estudio de los hechos probados del fallo de instancia también se determina que la acción delictiva desarrollada por el agente no se ajusta a ninguna de las hipótesis que prevé el numeral 71 ibídem. De acuerdo con los términos en los que aparece redactado el fallo objeto de impugnación, el señor N.R. incurrió en una típica conducta intermediaria de almacenamiento y distribución de marihuana entre sujetos que, a su vez, la comerciaban directamente entre los consumidores. Tal comportamiento, de acuerdo con la nueva legislación, en efecto tiene prevista una pena mínima de cinco años de prisión. No obstante ello, el criterio del reo, en el sentido de que debe aplicarse una modificación automática de la pena al mínimo previsto, no resulta acertada. En realidad y como principio general, la fijación de la sanción penal, de conformidad con los parámetros que estipula el numeral 71 del Código Penal, se hará atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas concretas que mediaron en el hecho, la importancia de la lesión o el peligro creado para el bien jurídico tutelado, las condiciones personales del sujeto activo y del pasivo que hayan influido en la comisión del delito, así como la conducta del agente posterior al hecho. Al ponderar los anteriores extremos, el órgano jurisdiccional estará en condiciones de fijar una sanción proporcional y adecuada al caso en estudio, de donde debe entenderse que no se trata de imponer la sanción mínima o la máxima que prevea el tipo penal correspondiente, sino la que más se ajuste al juicio de culpabilidad ya establecido. Dentro de este orden de ideas, entonces, en casos como el que ahora nos ocupa no debe modificarse de manera mecánica la sanción ya establecida en la sentencia de mérito, por el simple hecho de que el extremo menor que ahora señala la ley sustantiva resulta más beneficioso al condenado, sino más bien debe valorarse, dentro de los parámetros que la misma prevé, cuál será la pena más idónea a efectos de cumplir de la mejor manera posible con los fines perseguidos por la prevención especial

y la general. IV.- De acuerdo con los razonamientos antes expuestos, en el presente caso el órgano de instancia impuso al sentenciado el tanto de 8 años de prisión, siendo esta la sanción mínima que en ese momento podía acordarse. Valorando las circunstancias objetivas y subjetivas que mediaron en el hecho, y que aparecen descritas en el fallo de instancia, así como los extremos ya considerados por el tribunal de juicio (folio 92 vuelto, línea 7 en adelante), esta Sala estima que la pena impuesta debe ser rebajada al tanto de siete años de prisión, para lo cual se toma en cuenta que se trató de un hecho de suma gravedad, no sólo por la considerable cantidad de droga incautada (3.265 gramos de picadura de cannabis sativa, a partir de los cuales se pueden elaborar 16.325 cigarrillos de tamaño promedio), así como implementos idóneos para la elaboración de la droga y una cantidad considerable de dinero producto del ilícito comercio, sino además por la grave lesión a la salud pública que estaba produciendo la actividad ilegal ejercida por el agente, al distribuir de manera amplia e indiscriminada la referida droga entre revendedores que a su vez la vendían a los consumidores, lo que ampliaba el radio de cobertura del citado negocio. En lo demás, el fallo permanece inalterable. El órgano de mérito deberá verificar un nuevo cómputo de pena, y hacer las comunicaciones de rigor tanto al Registro Judicial de Delinquentes a fin de que se rectifique el respectivo asiento de inscripción, así como al Instituto Nacional de Criminología, a fin de que —de haberse cumplido esta pena, y no existir otra causa que lo impida— se ordene la inmediata libertad del reo."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 871 de las 9.00 h del 18 de setiembre.

25. CONCILIACIÓN - Necesaria intervención del Ministerio Público.

"Violación al Debido Proceso. Con fundamento en los artículos 30, inciso j), 178, inciso c), 341, 443 y 444 del Código Procesal Penal de 1996, los que estima han sido inobservados, el Licenciado L.C.S., fiscal auxiliar, impugna la sentencia de sobreseimiento dictada por el tribunal de instancia. La queja se centra en que dicha resolución —al homologar el acuerdo de conciliación al que llegaron el imputado y la víctima— no tomó en cuenta ni le concedió participación alguna al Ministerio Público. Al no habersele dado intervención alguna al ente acusador, se ha incurrido en una actividad procesal defectuosa que amerita la anulación de todo lo actuado. II.- El reparo es atendible. El vicio que señala el recurrente en efecto existe, pues de las constancias del expediente se determina que el imputado y el ofendido llegaron a un acuerdo de conciliación en virtud del cual —por haberse reparado íntegramente el daño— éste manifiesta haber perdido todo interés en el asunto. Con base en dicho acuerdo de voluntades, y sin que se diera audiencia o participación alguna al Ministerio Público, el tribunal de mérito procedió al inmediato dictado de una sentencia en la que se declaró extinguida la acción penal. Los actos así cumplidos evidencian un abierto irrespeto al principio de inviolabilidad de la defensa que tutela el numeral 12 del

Código Procesal Penal, por cuanto el Ministerio Público necesariamente debió ser escuchado antes de adoptar la decisión que ahora se impugna, máxime si se toma en cuenta que con la misma se le está poniendo término a la acción penal de la cual es el titular. En igual sentido véase el voto de esta Sala N° 707-98 de las diez horas cinco minutos del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho. El criterio antes expuesto tiene como fundamento no sólo el derecho que ostenta el ente acusador de intervenir en todas aquellas diligencias que incidan o puedan afectar de algún modo la acción penal de la cual es titular, sino además en la conveniencia de que en todos los supuestos en los cuales se le plante a la víctima la posibilidad de que se formalice una conciliación con el encartado, el Ministerio Público —siempre que el mismo se encuentre apersonado y figure como parte— cumpla una labor de fiscalización como garante de la adecuada legalidad de las actuaciones judiciales. En especial corresponde al Ministerio Público examinar si los derechos de la víctima están siendo de alguna manera afectados, al valorar las bases y los alcances del acuerdo que se pretenda suscribir con el imputado con el fin de que se repare la acción ilícita que se acusa. Pero además, es conveniente agregar que en el procedimiento de conciliación es indispensable que se involucren y sean escuchados todos los sujetos que de alguna manera están relacionados con el conflicto, aun cuando ni siquiera figuren como sujetos del proceso, porque lo que se pretende es devolver a sus protagonistas la búsqueda de una solución que contribuya a la paz social. Desde luego, el criterio en sentido negativo emitido por el Ministerio Público, o por otras personas involucradas en el conflicto distintos al imputado, su defensor, o la víctima, no será vinculante para el juez, pero el Tribunal debe apreciar esas consideraciones con el fin de homologar los acuerdos o bien rechazarlos, siempre que evidencie la afectación de los derechos de alguno de los involucrados. Siendo evidente, entonces, la violación al debido proceso en la que se incurrió, lo procedente es acoger el recurso que interpone la fiscalía, decretando en virtud de ello la invalidez de la sentencia impugnada. Asimismo, se ordena el reenvío de la causa a la oficina de origen, a fin de que —de previo a resolver lo que proceda— se le dé una efectiva participación al Ministerio Público."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 727 de las 9.20 h del 31 de julio.

26. CONCILIACIÓN - Nulidad por obviar análisis sobre parentesco entre imputado y ofendido que impedía conciliar.

"Recurso interpuesto por la Licenciada M.P.D., en representación del Ministerio Público: En su primer motivo, alega falta de fundamento del fallo con violación de los artículos 141, 142, 143, 311, inciso d) y 312 inciso d) del Código Procesal Penal de 1996. Afirma que en la especie, el Tribunal estimó que por no contar en la causa con las certificaciones que establecieran el vínculo familiar existente entre encartado y perjudicados —acorde con la acusación planteada—, debió resolver con las pruebas hechas llegar

al proceso hasta ese momento y sin embargo, dice que los Juzgadores omitieron analizar probanzas importantes, a saber, las manifestaciones de los ofendidos, quienes no sólo refirieron esa relación, sino que inclusive tienen el mismo apellido del acusado, así como la deposición de su madre, a quienes en razón de ese nexo se les informó acerca del derecho de abstenerse de declarar con que contaban. El reparo resulta atendible. En primer término, se aprecia que actuando en forma irregular, el Tribunal justificó entrar a pronunciarse en cuanto a la aplicación de uno de los procedimientos regulados en el Código Procesal Penal vigente en relación con algunos de los hechos acusados, aun sin contar con la asistencia al acto de la representante del Ministerio Público, ausencia que con posterioridad ella justificó debidamente. Ahora bien, el instituto de la conciliación previsto y regulado por el artículo 36 del Código *ibidem*, resulta aplicable —entre otros supuestos—: "En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena,..." En lo que interesa al presente caso, debe decirse que se trata de delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada: "Las agresiones sexuales, siempre que no sean agravadas ni calificadas" (confrontar artículo 18 inciso b) del Código citado). Conforme lo expuesto, en el presente caso acorde con la calificación jurídica requerida por el Ministerio Público, no resultaba factible conciliar a las partes. Debe ponerse de relieve, que el Tribunal con la finalidad de aplicar dicho instituto, señaló la inexistencia en el expediente principal de documentos idóneos que certificaran la relación consanguínea entre acusado y perjudicados (ver folio 121), de lo que se infiere alude a las certificaciones expedidas por el Registro Civil que establecieran la relación de parentesco entre el encartado I.F.J. y los ofendidos J.C., P. y J.A., todos apellidados también, F.J. Obviamente, el proceder del a quo —no obstante su interpretación relacionada con la aplicación restrictiva de las normas—, atenta contra el debido proceso en la medida que estimando necesario contar con prueba específica, —que pudo haber gestionado—, optó por resolver el caso en forma arbitraria, por cuanto como apropiadamente se ha alegado en el reclamo, dejó carente de análisis la prueba aportada al proceso, en la que tanto los ofendidos como su señora madre señalaron la relación familiar que los une con el justiciable, aspecto que también se consignó en las pruebas documental y pericial. Obsérvese que incluso estimando hipotéticamente inexistente la relación consanguínea entre uno y otros, lo cierto es que el parentesco puede fundarse en una relación de hecho, supuesto en el que aunque la relación parental no conste en el Registro correspondiente, puede válidamente tenerse por acreditada a través de diversos elementos probatorios. Cabe aclarar además, que la circunstancia de que la normativa vigente disponga la interpretación restrictiva del Código en pro de los intereses del justiciable, ello no significa incumplimiento alguno de las obligaciones del Tribunal, ni mucho menos implica que se elimine los principios que integran el debido proceso, que desde luego deben aplicarse para resolver el asunto. Por otra parte, en forma irregular se declaró extinguida la acción penal en relación con el ofendido J.A.F.J., sin apreciar que en cuanto

a los hechos investigados en su perjuicio, a folio 50 se dictó una falta de mérito para procesar al imputado, razón por la que al respecto no se hizo alusión alguna en el requerimiento de elevación a juicio (ver folio 65), de manera que los Juzgadores incumplieron con el apropiado fundamento del fallo, al omitir pronunciarse mediante el análisis y valoración de las probanzas —como era su obligación—, por lo que encontrándonos en presencia del vicio que se alega y por ende vulnerado el debido proceso, procede declarar con lugar el reclamo. Se anulan el acta de conciliación y la sentencia de sobreseimiento definitivo dictadas por el Tribunal del Primer Circuito Judicial de San José (confrontar folios 117 a 124) y se ordena devolver las actuaciones a ese Despacho, para que proceda a tramitar el asunto con arreglo a derecho."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 653 de las 9.00 h del 10 de julio.

27. CONCILIACIÓN - Obligatoria participación de todos los interesados - Necesaria claridad de los acuerdos conciliatorios.

"De la relación de los artículos 30, inciso k), 36 y 311, inciso d) del Código Procesal Penal, resulta que cuando se produzca la conciliación y el cumplimiento de las obligaciones contraídas, se declarará extinguida la acción penal, mediante el dictado de un sobreseimiento definitivo. Contra ese pronunciamiento, emitido en las etapas preparatoria e intermedia, pueden interponer recurso de apelación con efecto suspensivo, el Ministerio Público, el querellante, el actor civil y la víctima, según lo dispone el artículo 315 *ibidem*. Por otra parte, de acuerdo con los artículos 340 y 444 *ejusdem*, procede el recurso de casación contra los sobreseimientos dictados por el tribunal de juicio. Conviene examinar cuáles son los tribunales competentes, para tales actividades jurisdiccionales. Conforme al numeral 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (reformado por Ley de Reorganización Judicial número 7728 de 15 de diciembre de 1997), el juez penal conoce de los actos jurisdiccionales de los procedimientos preparatorio e intermedio, entre los que se encuentra, como ya se dijo, el sobreseimiento. La apelación contra esas resoluciones corresponde conocerla a uno solo de los miembros de los tribunales penales de juicio (artículo 96 bis de la citada Ley Orgánica). Debe entenderse, según se lleva expuesto, que la resolución emitida en alzada, por el tribunal de juicio, tendría recurso de casación de conformidad con lo señalado por los artículos 340 y 444 del Código de rito indicado. Resulta obvio precisar que lo dicho se refiere, primordialmente, a la aplicación íntegra del Código Procesal Penal de 1996. Pero igual solución debe darse a los casos elevados a juicio con base en la legislación procesal anterior (Código de Procedimientos Penales de 1973), pues según el transitorio IV de la Ley de Reorganización Judicial (número 7728 de 15 de diciembre de 1997), durante el primer año de vigencia del nuevo Código Procesal, es posible aplicar la conciliación (y las otras medidas alternativas), siempre que no se hubiera recibido la declaración del imputado durante el juicio. En ese supuesto, el tribunal de juicio sería el que

homologaría los acuerdos conciliatorios y dictaría la resolución extintiva de la acción penal. En síntesis, en los casos en que se aplique íntegramente el nuevo Código Procesal (de 1996), puede interponerse recurso de casación contra el sobreseimiento dictado por el juez del procedimiento preparatorio o intermedio confirmado por el tribunal penal de juicio. En los asuntos iniciados con el Código de Procedimientos Penales anterior (de 1973), pero ya elevados a juicio, si se aplica la conciliación en la etapa de debate oral y público, puede interponerse el recurso de casación, aunque evidentemente no debe cumplirse con la apelación previa. En esta última situación se encuentra la causa en estudio, por lo que debe analizarse el fondo del reclamo. III.- Algunas cuestiones sobre la conciliación. El Código Procesal Penal (de 1996), opta por un sistema judicial en lo que respecta a la conciliación, no sólo en el tanto en que es el tribunal quien homologa los acuerdos y declara extinguida la acción penal, sino también respecto a que el órgano jurisdiccional lleva la iniciativa, pues "procurará que (las partes) manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliarse", y además puede oponerse a la conciliación o no homologarla "cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los que intervengan no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza". Ello implica que la conciliación deba efectuarse con la participación de todas las partes o sujetos que tienen intervención en el proceso. Es cierto que los acuerdos válidos son los que alcancen la víctima y el imputado. Pero eso no significa que se deba excluir a ninguna otra parte, ni siquiera al Ministerio Público, pues no sólo podría actuar "aconsejando" a la víctima, sino también manifestando al tribunal sus puntos de vista sobre lo realizado, pues al fin y al cabo, sigue siendo titular del ejercicio de la acción penal pública, sin perjuicio de los derechos de la víctima, (lectura de los artículos 16, 22 y 62 del Código Procesal Penal) y "en el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley" (Artículo 63 *ibidem*). No puede dejar de señalarse que por ese principio de objetividad, que le obliga a supervisar el cumplimiento de garantías, la participación del Ministerio Público adquiere relevancia, aun en materias que otrora se consideraron no le correspondía actuar, como lo relacionado con la acción civil resarcitoria, cuando ésta haya sido ejercida y con mayor razón, cuando exista pronunciamiento sobre ella en sentencia, por lo que no es dable que se omita pronunciamiento al contestarse audiencias sobre recursos, especialmente de casación. Asimismo no debe dejarse de lado que "las partes deberán litigar con lealtad" (artículo 127 *ejusdem*) y que "serán funciones de los jueces preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten" (párrafo final del artículo 6 del mismo Código de rito), principios que se incumplirían si no se da participación al órgano acusador estatal. Las anteriores conclusiones, resultan corroboradas por la disposición (el ya citado artículo 36), que permite el asesoramiento y auxilio de personas o entidades especializadas e inclusive de "amigables componedores". Si es posible la participación de estas personas o entidades "ajenas" al proceso, con mucho mayor razón deben participar

las que forman parte de él. Obviamente tal exigencia no es aplicable a los casos de contravenciones o de delitos de acción privada, pues en ninguno de ellos tiene participación el Ministerio Público, en el último caso porque es sustituido por el querellante. De lo expuesto debe concluirse que la conciliación puede efectuarse, ya mediante audiencia realizada ante el juez o por conversaciones y acuerdos alcanzados sin la presencia inicial del juzgador, que luego le son sometidos a él. Pero siempre y cuando intervengan todas las partes o sujetos, incluyendo los indirectamente interesados en los arreglos, pues su presencia y participación garantizarán la igualdad entre la víctima e imputado y la libre voluntad con que actuaron, dado que si éstas no existieran, así lo harían saber al tribunal. Debe agregarse que, tanto si los acuerdos se alcanzan con dirección y orientación de los juzgadores, de las personas o entidades especializadas o de los amigables componedores, o por intervención directa de los sujetos del proceso, debe levantarse un acta en la que se especifiquen claramente todos los acuerdos y compromisos, la que deberán firmar los participantes. Ello implica, por consiguiente, aceptar escritos que contengan lo acordado, siempre y cuando se cumplan las mencionadas condiciones. IV.- En el caso presente, según se aprecia a folios 62 y 63, en las conversaciones que dieron lugar al respectivo acuerdo, sólo participaron el imputado, la ofendida, un tercero que velaría por el cumplimiento de lo acordado y el defensor público, pero no se citó al representante del Ministerio Público, lo que constituye una falta grave, pues siendo esencial su participación en el procedimiento, se le excluyó de él, quebrantándose el artículo 178, inciso c) del Código Procesal Penal. Por otra parte, no existe en realidad, compromiso alguno que resultara de la conciliación y relacionado con el objeto del proceso, pues no puede entenderse como tal que "ambas partes velarán porque llamadas anónimas que se reciban, sean determinadas, para enturbar (sic) el arreglo al que llegamos" o que tanto la ofendida como el imputado "convenimos en adelante pacificar las diferencias, o cualesquier (sic) otra causa que pudiese enturbar (sic) este convenio, dándome por resarcida". Aún aceptando que las manifestaciones reseñadas implican algún compromiso, relacionado con el objeto del proceso, se aprecia fácilmente su falta de claridad, que es una de las exigencias de la conciliación, es decir, los acuerdos deben ser fácilmente entendibles por quienes se comprometen y por quienes deben velar por su ejecución. Además, es requisito indispensable para que se apruebe la conciliación, la igualdad de los que intervienen en ella y la libertad a la hora de actuar, es decir, que no lo hayan hecho bajo coacción o amenaza. Ello conlleva una atención especial de parte del tribunal, para constatar que las partes han pactado de manera libre y voluntaria, en plenas condiciones de igualdad, arribando a acuerdos claros y racionalmente establecidos, que en realidad coadyuven a "resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho" y "a restaurar la armonía social entre sus protagonistas" (Artículo 7 *ibidem*). En el caso en estudio, el a quo, incumpliendo con sus obligaciones, no se esmeró en determinar si efectivamente la víctima y el imputado estaban en situación de igualdad para conciliar, dado que se está en presencia de un delito de carácter sexual (abuso deshonesto), en el que el encartado es tío de la perjudicada, la que a la fecha de los hechos y de la denuncia

era menor de edad. El legislador (artículo 36) dio un trato diferente a la actuación del juez (en cuanto a la iniciativa de procurar la conciliación o convocar a la audiencia respectiva y a los acuerdos a los que se arribe), tratándose de delitos de carácter sexual, los cometidos en perjuicio de menores de edad y las agresiones domésticas, que implica un mayor celo de parte de los juzgadores, lo que no se cumplió en la especie. Las anteriores irregularidades permiten declarar con lugar el recurso interpuesto, anular el sobreseimiento dictado, reanudándose los procedimientos a partir de la resolución anulada."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 707 de las 10.05 h del 24 de julio.

28. COSTAS PERSONALES - Exoneración procede solo en casos excepcionales.

"Como primer motivo por vicios de fondo, la parte codemandada civil reclama la indebida aplicación del artículo 543 y la falta de aplicación del 544, ambos del Código de Procedimientos Penales de 1973, por cuanto el ICE fue condenado a pagar ¢510.000,⁹⁹ por concepto de costas personales. La queja se centra en que, si bien es cierto dicha institución fue vencida en juicio al acogerse el reclamo civil por concepto de daño moral en la suma de ¢51000.000,⁹⁹, la actora había solicitado por dicho rubro la suma de ¢501000.000,⁹⁹, e igual cantidad por daño material, de los cuales la primer partida se rebajó a una décima parte y la segunda se rechazó por completo. Lo anterior significa, en criterio de quien recurre, que la parte que representa tuvo una razón plausible para litigar, de tal modo que —según lo establece el artículo 544 *ibídem*— bien pudo ser eximida del pago de costas. El alegato no es de recibo. Según lo establecen las normas procesales cuya violación se acusa en el presente motivo, la regla general será que la parte vencida en juicio debe ser condenada al pago de las costas, y sólo en casos excepcionales, cuando se determine que aquélla tuvo una razón plausible para litigar, podrá ser eximida de ello, es decir, el tribunal tendrá la facultad (no el deber) de hacerlo. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, al estimar que "... Los artículos 543 y 544 del Código de Procedimientos Penales exigen que el Tribunal, incluso de oficio y sin gestión de parte, deba condenar al pago de las costas procesales y personales a la parte vencida, cuando dicte una resolución final como resulta ser la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de eximir las total o parcialmente cuando hubiere habido razón plausible para litigar ...", Voto Nº 299-F-94, de las 9.15 h del 5 de agosto de 1994. En este mismo sentido se afirma en doctrina que "... la regla general es que las costas estarán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, se fija una excepción por la cual el tribunal podrá eximir del pago, total o parcialmente, cuando la parte hubiere tenido razón plausible para litigar, es decir, cuando su petición fuere seria y fundada, aunque no se haya hecho lugar a ella, quedando, en definitiva, tal apreciación al prudente arbitrio del juez ...", Edwards (Carlos Enrique), "RÉGIMEN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN", editorial Astrea, Buenos Aires. 2ª edición, 1994, pág. 402. Con base en lo antes expuesto, tenemos que durante las

conclusiones en juicio el representante de la parte codemandada civil se opuso y objetó los montos que la actora civil solicitó por concepto de daño material y moral, siendo que en sentencia el primero de ellos se rechazó y el segundo se acogió en su décima parte según se explicó. Así las cosas, y no obstante que las pretensiones originales de la actora civil no fueron acogidas en su totalidad, la parte codemandada si fue condenada al pago de una indemnización importante por concepto de daño moral, lo que —en regla de principio— acarrearía la necesaria condenatoria en costas. Asimismo, de las constancias del proceso se determina que la madre del occiso J.C.R. tuvo que acudir a la vía contenciosa a fin de obtener una indemnización por el daño moral sufrido a consecuencia de la muerte de su hijo, ante la imposibilidad de que el Instituto demandado accediera cubrir ese pago en forma directa (ver acta del debate, folio 253 frente, línea 20 en adelante). Valorando todas estas circunstancias, esta Sala estima que la condenatoria en costas que se ordenó no resulta arbitraria, sino que la misma se encuentra del todo apegada a derecho, de tal modo que —al no advertirse la violación de las normas cuya inobservancia se acusa— debe declararse sin lugar el reproche."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 693 de las 8.55 h del 24 de julio.

29. EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA - Determinación de los casos en que procede.

"En el recurso por vicios in procedendo interpuesto por el Lic. H.S.L. en defensa del imputado C.A.R.V. (conocido como R.Z.A.), se acusa la inobservancia de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 8 del "Pacto de San José" (Convención Americana sobre Derechos Humanos), 30, inciso j) y 36 del Código Procesal Penal de 1996, y del transitorio IV de la Ley de Reorganización Judicial, Nº 7728 del 15 de diciembre de 1997 (que en lo sucesivo se denominará "RJ"), por violación al debido proceso y derecho de defensa. Alega el recurrente que solicitó, como soluciones alternativas al conflicto, la aplicación de la Conciliación entre el imputado R.V. y la víctima, que en este caso es el S. E., por lo que se debió llamar a su representante legal; y la extinción de la acción penal por la reparación integral del daño causado. Sin embargo, el Tribunal no accedió a ninguna de sus peticiones: a la primera por cuanto quien aparece como denunciante es el testigo A.F.M. (quien manifestó su oposición a conciliar), de manera tal que "...equiparó la condición de denunciante a la de víctima, acarreando tal absurdo un enorme perjuicio al encartado truncando la posibilidad de al [sic] solución alterna indicada"; a la segunda, porque consideró que hubo violencia grave sobre la persona de F.M. (en vista de que le causó una lesión que lo incapacitó por una semana), razones por las cuales la defensa solicita que se anule lo actuado y se ordene el reenvío, para que se proceda conforme a derecho. Considera la Sala que el reclamo es de recibo, por las siguientes razones. Según el transitorio IV de la LRJ: «Durante el primer año de vigencia del nuevo Código Procesal, y no obstante encontrarse en la fase de juicio, serán aplicables a los asuntos que deban tramitarse conforme al Código de Procedimientos Penales, Ley Nº 5377,

de 19 de octubre de 1973, las reglas del nuevo Código Procesal relativas a la conciliación, el procedimiento abreviado, el principio de oportunidad, la suspensión del proceso a prueba y la extinción de la acción penal por reparación integral del daño particular o social causado, siempre que estas medidas sean adoptadas antes de que se reciba la declaración del imputado durante el juicio». En el presente caso (según consta en el acta de debate, folios 144 y siguientes), antes de abrir la audiencia del juicio oral, el Tribunal procuró una conciliación entre el imputado y el ofendido A.F.M., la cual no prosperó ante la negativa de este último a aceptar un arreglo con el acusado. Sin embargo, en esa misma oportunidad, la defensa solicitó que se llamara también a conciliar o a procurar otra solución alternativa, al representante legal del S.E., petición a la que no accedió el Tribunal porque: «...de acuerdo con lo que él [F.M.] ha manifestado, él conversó con las personas y todos estaban de acuerdo con en [sic] seguir con la causa, porque se entiende que E. no está interesada en conciliar y además don A. es la única persona que aparece en el expediente como denunciante y como interesado en la causa» (folio 144 vuelto). El defensor interpuso entonces recurso de revocatoria —con reserva de casación— contra esa decisión, alegando —básicamente— que F.M. no es el ofendido directo del delito acusado, ni representante, ni vocero de la empresa ofendida, de manera que no se puede presumir, ni tener certeza, de que el S.E. no quiere llegar a un acuerdo, recurso que fue rechazado por estimar el a quo que *contra lo resuelto no procede la revocatoria, agregando que el presente caso no admite la suspensión condicional de la pena porque el imputado ya tiene condenatorias anteriores. En cuanto a la conciliación. Es cierto que la Conciliación no era posible en este caso porque el encartado R.V. no tiene la calidad de delincuente primario, requisito exigido para aplicación de la condena de ejecución condicional, en el artículo 59 del Código Penal (cfr. certificaciones de juzgamientos de folios 62 a 63 y 94 a 95). Dicha solución alternativa procede —entre otras hipótesis— en los delitos "que admitan la suspensión condicional de la pena" (artículo 36, párrafo primero, Código Procesal Penal), condición que también es requerida para la llamada "suspensión del procedimiento a prueba", en tanto que esta última solución se puede aplicar "en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena..." (artículo 25, párrafo primero, ibídem). ¿En cuáles delitos es que se admite o procede la suspensión condicional de la pena, a los efectos de aplicar la conciliación o la suspensión del procedimiento a prueba? Sería solamente en aquéllos en que el extremo menor de la pena sea igual o menor a tres años de prisión o extrañamiento, como lo son, por ejemplo, el Rapto impropio (art. 164), el Matrimonio ilegal (art. 176), el Incumplimiento o abuso de la Patria Potestad (art. 188), la Privación de libertad sin ánimo de lucro (art. 191), la Coacción (art. 193) y la Violación de correspondencia (art. 196). Para dicha determinación debe estarse a la penalidad dispuesta en abstracto para cada tipo penal. De la misma manera, aunque en sentido contrario, no podría negarse la posibilidad de conciliar o de suspender el proceso a prueba, cuando se acusan delitos en concurso ideal (cfr. arts. 21 y 75) o un delito continuado (cfr. art. 77), sólo porque eventualmente la penalidad en estos supuestos podría ser discrecionalmente aumentada por el juzgador (esto es, cuando dicho aumento*

*implique exceder el límite de tres años de prisión), ya que el ejercicio efectivo de esa facultad requiere la previa realización de un juicio oral. Tampoco deben descartarse estas dos soluciones alternativas cuando lo que la acusación describe es un concurso material de delitos (cfr. arts. 22 y 76), pues bien podría lograrse una conciliación o una suspensión del procedimiento a prueba, parcial o total, respecto a uno o varios de los delitos que así concursan, en atención a la pena que corresponde a cada hecho punible, individualmente considerado. Una estimación especial requieren aquellos tipos penales que si bien tienen un extremo menor igual o inferior a tres años de prisión, poseen un extremo mayor superior a ese límite, como lo son, por ejemplo los Homicidios especialmente atenuados (art. 113 del Código Penal, sancionados con pena de 1 a 6 años de prisión), el Homicidio culposo (art. 117 ib., de 6 meses a 8 años), las Lesiones gravísimas (art. 123 ib., de 3 a 10 años) o graves (art. 124 ib., de 1 a 6 años). En estos casos particulares, en atención al extremo menor de la pena y a los efectos de conciliar o suspender el proceso a prueba, se debe considerar que admiten las dos soluciones alternativas en comentario (siempre que concurren los demás requisitos legales), partiendo de que — en principio— a la culpabilidad del autor correspondería asignar, por lo menos, dicho extremo, puesto que una pena superior a la mínima solamente podría fijarse y fundamentarse adecuadamente —de acuerdo con el artículo 71 ib.— sobre la base de un juicio oral (a la misma solución, aunque con diverso razonamiento, llega LLOBET, Javier: *Proceso Penal Comentado*, 1ª ed., San José-Costa Rica, Universidad para la Cooperación Internacional, Imprenta y Litografía Mundo, 1998, págs. 178 a 179). La dificultad del tema estriba en que el nuevo Código Procesal Penal subordina la aplicación de la Conciliación y de la Suspensión del proceso a prueba, a un criterio que en realidad fue diseñado para aplicarse tras un juicio oral, en el que se acredite con certeza la culpabilidad del acusado. Pero ante la ausencia de tal presupuesto lógico (el juicio oral), deben entonces hacerse las adecuaciones del caso, respecto a los artículos 59 y 60 del Código Penal. Por ello es que estiman los suscritos que la determinación de los casos en que procede la ejecución condicional de la pena debe ser fundada entonces a partir de: A) la penalidad abstracta dispuesta en el tipo penal; B) el análisis de la personalidad del acusado y su vida anterior al delito en el sentido de que su conducta se haya conformado con las normas sociales, y en el comportamiento posterior al mismo, especialmente en su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias del acto; C) el análisis de los móviles, caracteres del hecho y circunstancias que lo han rodeado; D) que se trate de un delincuente primario; E) que de la consideración de estos elementos pueda razonablemente suponerse que el acusado se comportará correctamente sin necesidad de ejecutar la pena. De lo que se lleva expuesto, salta a la vista la singular importancia que tiene, desde el inicio del proceso, la correcta calificación jurídica (preceptos jurídicos sustantivos aplicables: tipos penales, concursos, etc.) de la relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuya, de lo cual debe tener particular cuidado el Ministerio Público, no sólo a los efectos de la valoración inicial a que se refiere el artículo 297 del Código Procesal Penal (en los actos iniciales del*

procedimiento preparatorio, cuando el fiscal puede solicitar la suspensión del proceso a prueba o la conciliación), sino también para formular la acusación principal (art. 303 *ibidem*), alternativa o accesoria (art. 305 *ibidem*) al concluir el procedimiento preparatorio. Pero exactamente la misma diligencia deben tenerla los jueces, quienes deben revisar cuidadosamente la exactitud de la calificación jurídica asignada al hecho acusado, advirtiendo cualquier defecto que pudiera conducir a cualesquiera de los dos siguientes errores: proceder impropriamente a una conciliación o suspensión del procedimiento a prueba, o denegar incorrectamente la procedencia de cualquiera de esas soluciones alternativas, en ambos casos —como se lleva dicho— por tomar como premisa una defectuosa calificación jurídica del hecho. Para finalizar esta parte del análisis, concretamente respecto a la conciliación, debe precisarse que cuando el párrafo primero del artículo 36 del Código Procesal Penal dice que esta procede —aparte de las faltas o contravenciones— en los delitos de acción privada (cfr. art. 19 *ib.*) o de acción pública perseguibles sólo a instancia privada (cfr. art. 18 *ib.*), debe entenderse que esto es así cuando en esos delitos —de estar sancionados con pena de prisión— también se admita la suspensión condicional de la pena [en este mismo sentido véase AA.VV.: La conciliación, en "Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal", San José-Costa Rica, 1ª ed., Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica y Corte Suprema de Justicia, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1996, pág. 177]. Conforme a este criterio, en todos los delitos de acción privada contenidos en el Código Penal, sí procede la conciliación, pues se sancionan con días multa todos los delitos contra el honor (Injurias, Difamación, Calumnia, Ofensa a la memoria de un difunto, Publicación de ofensas, y Difamación de personas jurídicas). De los delitos de acción pública a instancia privada contenidos en el Código Penal, admitirían la conciliación los siguientes: las Lesiones leves (125); las Lesiones culposas (128); los contenidos en la Sección de Abandono de Personas, a saber Abandono de incapaces y casos de agravación (142), Abandono por causa de honor (143), Omisión de auxilio (144); la Ocultación de impedimento (para contraer matrimonio, 177); la Simulación de matrimonio (178); las Amenazas agravadas (140) [es discutible si habría que incluir como delito de acción pública a instancia privada a las amenazas con arma de fuego a que se refiere el artículo 140, pero en todo caso admite la conciliación]; la Violación de domicilio (204); la Usurpación (225); y los Incumplimientos del deber alimentario (185), del deber de asistencia (187), o abuso de la Patria Potestad (188). La figura de "agresiones sexuales" a que se refiere el artículo 18 del Código Procesal no encuentra correlato en el Código Penal vigente, sino en el artículo 168 del Proyecto de Código Penal, pues con ella se pretende sustituir el actual delito de Abusos deshonestos. Lo mismo cabe decir de las "relaciones sexuales consentidas" (en el Proyecto se denomina así el equivalente al delito vigente de Estupro, previsto en el artículo 159 del Código Penal) y del "contagio de enfermedad" (denominación del artículo 151 del Proyecto que corresponde al actual delito de Contagio venéreo del artículo 130 del Código Penal). De esta manera el único delito de acción pública perseguible a instancia privada del Código Penal donde no procede la conciliación sería el de Violación, con uso de violencia corporal o intimidación, cuando la persona ofendida sea mayor de 15 años y no se halle privada de

razón o esté incapacitada para resistir (cfr. artículos 18, inciso a) del Código Procesal Penal y 156 del Código Penal), porque al estar sancionado con prisión de 10 a 16 años no admite la ejecución condicional de la pena. Aceptar la conciliación en este último delito resultaría un contrasentido, no sólo porque no admite la ejecución condicional de la pena, sino porque además es evidente la desproporción cuantitativa que existe entre el extremo menor de este delito y el de cualquier otro que sí admita la ejecución condicional (la diferencia es de siete años de prisión, en el menor de los casos, tomando como punto de comparación un delito cuyo extremo menor sea de tres años). Además sería ilógico admitir la conciliación únicamente en el supuesto indicado y no así en las otras formas posibles de cometer el mismo delito, conductas a cuyo desvalor se asigna la misma penalidad. En cuanto a la extinción de la acción penal por la reparación integral del daño causado. Sin embargo, sí resulta posible en este caso procurar la extinción de la acción penal por la reparación integral del daño causado, "siempre que —dice el artículo 30, inciso j) del Código Procesal Penal— la víctima o el Ministerio Público lo admitan" (el subrayado es suplido), para lo cual debe hacerse la siguiente precisión. Atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la conducta atribuida al encartado, constitutiva —según la acusación— del delito de tentativa de Robo agravado, si el acusado intentó apoderarse ilegítimamente de bienes que son propiedad del S.E., donde F.M. se desempeñaba como guarda, resulta claro que en este caso hay dos víctimas: una es F.M. (por la herida que le causó el acusado) y otra es el propietario de los bienes que aquél intentó sustraer de la soda, que aparentemente es el S.E., pues en este tipo de delitos resulta posible que el sujeto pasivo del delito y el damnificado sean personas diferentes, puesto que pueden ser objeto de apoderamiento ilegítimo, por parte de terceros, las cosas que se hallan en poder del arrendatario, del depositario y aun de los sirvientes, del mismo modo que en la Estafa, por ejemplo, pueden ser personas diferentes las que toman la disposición patrimonial perjudicial y las que sufren la lesión en su patrimonio. En el presente caso, según lo acusado, el guarda F.M. sufrió sobre sí una lesión física por parte del encartado, mientras que para el S.E. se produjo un peligro o lesión sobre la disponibilidad material de sus bienes. Cada una de estas víctimas podría disponer, cuando así lo autorice alguna de las soluciones alternativas permitidas por la ley, únicamente respecto a lo que a ellas concierne. En el presente caso, no consta que F.M. tenga poder para tomar una decisión de ese tipo a nombre del S.E. y mal hizo el Tribunal al suponer que éste no tiene interés alguno en llegar a un acuerdo reparatorio con el imputado. En este punto no debe perderse de vista que por disposición legal expresa: «Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas» (artículo 7 del Código Procesal Penal). Este deber no solo compete al Tribunal de mérito, sino también a esta Sala de Casación, pues en procura de contribuir a restaurar la armonía entre el imputado C.A.R.V., el ofendido A.F.M. y el S.E. (a través de su representante), procede anular totalmente la sentencia impugnada, debiendo proseguirse con el procedimiento."

30. INJURIAS Y DIFAMACIÓN POR LA PRENSA - Competencia - Violación del principio de juez natural.

"Al examinar el expediente en el que se ha venido tramitando la causa de acción privada a que este recurso se refiere, nota la Sala varios aspectos importantes generadores de nulidad, declarables de oficio en cualquier estado o grado del proceso, por cuanto rozan normas constitucionales que garantizan derechos a las partes (Arts. 3, 12, párrafo primero y 178 del Código Procesal Penal, aplicable al caso). En razón de lo anterior se impone un análisis no sólo de la sentencia de sobreseimiento dictada por desistimiento tácito de la acción (cfr. 41 a 44), sino de todo el trámite del proceso iniciado en virtud de querrela formulada por los delitos de injurias y difamación cometidos por medio de la prensa. Los hechos acusados se cometieron, según lo indica la denuncia, en el mes de octubre de 1997, y la querrela se presentó el 24 de noviembre del indicado año, encontrándose en vigencia el Código de Procedimientos de 1973, normativa que regló la resolución de las 13.20 horas del 11 de diciembre del año 97, la cual no implica elevación a juicio, condición expresada en el Transitorio III de la Ley de Reorganización Judicial para que los procesos continúen sujetos al procedimiento establecido en el Código de Procedimientos anterior, por lo que es el Código Procesal actual el aplicable al caso. Tal definición previa es importante para determinar el tribunal competente para tramitar y conocer de la querrela presentada. Conviene recapitular lo dicho para repetir que la querrela fue presentada específicamente por los delitos de Injurias y Difamación (cfr. 1 vto.), con cita expresa de la Ley de Imprenta de 1902 y sus reformas (cfr. f. 1, párrafo 3). A sabiendas de que lo que se denuncia son hechos atribuidos a una persona y no delitos cuya calificación corresponde al Tribunal que conoce del asunto, valga agregar, para determinar la competencia del Tribunal con capacidad para conocer del caso, que en la querrela se acusan específicamente publicaciones que fueron insertadas en una revista de circulación general. Así, dice la acusación: " Primero. Existe una revista denominada Turrialba Hoy, la cual circula en forma bimestral. Segundo: Específicamente en la página seis de dicha Revista, Edición Setiembre-Octubre 1997, se publicaron tres columnas en forma vertical...Tercero: En dicha columna se hacen una serie de manifestaciones ofensivas, injuriosas y difamatorias..." (cfr. f. 1 vto.). No cabe duda de que la querrela acusa hechos presuntamente constitutivos de uno de los llamados delitos de imprenta, por lo que el Tribunal competente para conocer de los hechos querrelados, por imperio del artículo 96, inciso 3) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así reformado por la Ley de Reorganización Judicial, número 7728, es un Tribunal de Juicio Colegiado de la jurisdicción territorial de que se trate, en el caso de Cartago. El citado artículo 96 es claro al disponer que: " Los Tribunales Penales de Juicio estarán conformados al menos por cuatro jueces y se integrarán, en cada caso, con tres de ellos para conocer de los siguientes asuntos: 1...2...3. Del proceso por delitos de injurias y calumnias realizados por los medios de comunicación colectiva. En tal caso, el Tribunal nombrará a uno de sus miembros para que ejecute los actos preliminares al juicio..." (Se suple el subrayado para destacar). La Licenciada R.Ch.C., cojueza penal a.f. de Turrialba, que conoció y tramitó el proceso

en su inicio, es, ciertamente, integrante del Tribunal Penal Colegiado de Cartago, pero no es el Tribunal mismo, ni puede sustituirlo por decisión unilateral. En el expediente no consta que el citado Tribunal Colegiado de Cartago, designara por delegación expresa a la Licda. Ch.C., para que ejecutara los actos preliminares al juicio, por lo que el proceso referido se tramitó ante tribunal incompetente con violación del juez natural capacitado para conocer de la causa, lo que genera nulidad absoluta del auto inicial y de todos los que de él se derivan, como debe declararse de oficio por mandato de ley y en resguardo de preceptos constitucionales. Dicho lo anterior, conviene señalar, a mayor abundamiento, que el auto inicial de este proceso, de las 13.20 h de 20 de diciembre de 1997 (cfr. f. 25), elimina sin capacidad para hacerlo y sin fundamentación plausible el delito de injurias, según la calificación del querellante, con lo que, aparentemente, el proceso dejaría de serlo por delitos de imprenta para convertirse en causa por el delito común de acción privada de difamación de persona jurídica, lo que, de producirse ciertamente, cambiaría la competencia del tribunal con capacidad jurisdiccional para conocer del asunto, pues si de los llamados delitos de imprenta (únicamente injurias y calumnias publicados en medios de comunicación colectiva) conocen con competencia para ello los Tribunales de Juicio Colegiados, de los otros delitos contra el honor (calumnias e injurias no publicados en medios de comunicación masiva, difamación, difamación de persona jurídica), conocen, con competencia para hacerlo, los Tribunales de Juicio Unipersonales. En los términos en que efectivamente fue formulada la querrela —injurias por la prensa y difamación— el Tribunal Unipersonal de Juicio de Turrialba, que dictó la resolución sin haber sido comisionado para ello por el Tribunal Colegiado de Cartago, era incompetente para modificar los términos de la querrela y menos una calificación legal cuyo cambio podía tener efectos fundamentales en la determinación del tribunal competente para conocer del caso. También sin el encargo del Tribunal de Juicio Colegiado, la señora Jueza de Turrialba llama a las partes a audiencia de conciliación, la cual tuvo una convocatoria defectuosa por ausencia de notificación a una de las partes querrelladas. Finalmente, y sin explicación alguna en el expediente, se constituye el Tribunal de Juicio Colegiado de Cartago y dicta la resolución contra la que se interpuso el Recurso de Casación que ha traído el caso al conocimiento de la Sala Tercera. Así, después de toda una tramitación del proceso como si se tratara de un juicio de acción privada por delito común contra el honor, se decide, a través de una resolución que pone fin al proceso, como si se tratara de un juicio por delito de imprenta, lo que, aún más, se contrapone al sobreseimiento que se dicta a favor de los querrelados por el delito de DIFAMACIÓN DE PERSONA JURÍDICA (cfr. f. 44). Por tanto, sobreseimiento que se dicta por tribunal competente para resolver delitos de imprenta, cuando la difamación de persona jurídica no es delito de imprenta (Ley de Imprenta de 1902 y sus reformas). En consecuencia, notando esta Sala que el vicio de nulidad apuntado en la resolución de las 13.20 horas del 11 de diciembre de 1997 (de folio 25) incide directamente en la sentencia recurrida, se anula la misma y todos los actos que le antecedieron, (a partir de la resolución de las 13.20 h del 11 de diciembre de 1997, visible al folio 25), ordenándose el

reenvío al competente para que tramite el procedimiento conforme a Derecho."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 788 de las 9.50 h del 21 de agosto.

31. NULIDAD DE SENTENCIA - Notificación integral del fallo tres semanas después de lo debido.

"Alega el recurrente en su primer motivo de forma que, habiéndose realizado la lectura de la parte dispositiva del fallo el día 23 de febrero recién pasado, y habiéndose señalado que la lectura integral se realizaría el día 26, no fue sino hasta el 18 de marzo que les fue notificada la resolución, mediando una constancia emitida por la jueza tramitadora del despacho en el sentido de que todavía el día 13 no existía indicación de haber sido leída. El motivo debe ser declarado con lugar. Como es sabido, esta Sala, en aplicación de principios básicos del proceso penal ha mostrado una marcada tendencia a racionalizar la administración de justicia, en el sentido de no exigir, so pena de nulidad, el cumplimiento de actos rituales cuya ausencia o modo de ejecución, no lesiona ningún interés. Lo anterior, claro está, encaminado al aprovechamiento de recursos materiales y humanos que implicaría la ejecución o reiteración de actos infértiles; así como la prontitud procesal. En esa misma dirección, tratándose de la sentencia, la mayoría de la Sala admitió que, en circunstancias excepcionales, algunos defectos de los fallos pudieran ser subsanados por actuaciones posteriores que no afectaran los intereses procesales de las partes, como ha acontecido con la falta de firma de alguno de los jueces (que puede ser cumplida ulteriormente, siempre que no quepa duda de su participación en el dictado del fallo); o incluso, a pesar de la literalidad del párrafo segundo del artículo 396 del Código de Procedimientos Penales de 1973, con la notificación tardía de la sentencia, pues en la mayoría de los casos la irregularidad administrativa no se traduce en una afectación a las facultades procesales de las partes, las cuales toman conocimiento tempestivo del contenido del fallo a efectos de recurrirlo en casación, visto que será a partir de la tardía lectura o notificación integral a ellas que empezará a correr el término de impugnación. Sin embargo, esa laxitud en la tolerancia a situaciones excepcionales, no puede desembocar en la negligencia u omisión sustancial de los deberes de los administradores de justicia. De ninguna manera la comprensión y razonabilidad buscada por esta Sala en el quehacer de los órganos jurisdiccionales, y en particular de las circunstancias excepcionales, puede entenderse como una indiferencia ante actos que sí afectan intereses o que redundan en una demora procesal (que se resuelve en lo primero). En más de una ocasión esa tolerancia mostrada por la Sala ha sido malentendida, procediéndose como si la aceptación de actuaciones singulares en condiciones calificadas, se convirtiera en la regla, y no en la excepción. A menudo esas singulares actuaciones, admisibles en ciertos casos, no lo son en otros, por no concurrir los motivos justificantes; o bien, porque en estos sí gravan un interés procesal. Pero aún hay otros factores por tomar en cuenta; factores que, aunque ajenos a criterios propiamente procesales, deben informar del quehacer de la administración

pública, y especialmente de la administración de justicia, como son, sin ánimo de ser exhaustivos, el buen trato y la consideración al usuario interesado. Aludiendo al caso en discurso, no puede resultar indiferente, aunque aquél no registre disminución alguna en sus facultades procesales, que un administrado (llámese justiciable ofendido, defensor o acusador) esté a la espera indefinida de que el órgano jurisdiccional le dé las razones para resolver como lo hizo. Nótese que no son sólo cuestiones procesales, sino que se trata de personas, con expectativas, preocupaciones y hasta decisiones prácticas que tomar. Los destinatarios de la actividad administrativa no son objetos, sino sujetos; centros de imputación del drama humano que normalmente implica una contención coactiva como la judicial, y superlativamente si es de materia penal. Ante este panorama la simple omisión involuntaria de una actuación (por no mencionar las voluntarias o el cumplimiento torcido de actos) es una falta de consideración al interesado (quien en virtud del artículo 11 de la Constitución Política y 114 de la Ley General de Administración Pública es el titular último de las facultades delegadas a los funcionarios), que en caso de afectar un interés procesal o humano relevante ameritará la nulidad. En este asunto, es inadmisibles que haya sido, según surge del expediente, hasta casi tres semanas después de lo debido, que las partes tuvieron conocimiento de las razones habidas por el tribunal para haber dispuesto lo que dispuso, cual si se tratara de una situación cuyo cumplimiento oportuno es indiferente, y no una de la que depende la tranquilidad y la confianza en el derecho de las partes, pero ante todo, la libertad de un ser humano. Esto es, durante casi tres semanas, las partes debieron estar a la impaciente espera de saber la motivación tenida por un tribunal de derecho (no de conciencia), con la zozobra humana que ello implica y sin que aquél estuviera autorizado para proceder así, sino antes bien obligado a evitar tales circunstancias. Nótese, como lo apunta el recurrente y concuerda el representante del Ministerio Público, que todavía el día 13 de marzo (quince días después de la omitida lectura) se agrega al expediente una constancia de que, a pesar de haber sido puestos en conocimiento de la parte dispositiva, los interesados no saben los motivos tenidos por el a quo para resolver así (folio 107). No es sino hasta otros cinco días después, el día 18 de marzo, que son notificados del fallo en su integridad (folio 99). Esta forma de proceder no es aceptable en la actuación de una administración pública democrática que, en consecuencia, se reconoce como simple delegataria de la soberanía popular, es decir la que reside en cada ser humano, pues a la postre este termina siendo objeto indiferente de las actuaciones de aquélla y no su finalidad, en cuyo solo bienestar, así como en el de sus similares, es admisible la actuación estatal y las limitaciones que a la libertad de aquél esta implique. Por consiguiente, debe declararse con lugar el primer motivo interpuesto, anulando la sentencia y el debate que la precedió, ordenándose el reenvío para nueva sustanciación conforme a derecho. Se llama la atención a los jueces M.A., A.A. y T.A. para que eviten reincidir en los actos aquí sancionados, así como para que vigilen por el correcto funcionamiento del despacho al respecto."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 780 de las 9.10 h del 21 de agosto.

32. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN - Posibilidad de valorar en casación el análisis de prueba no vulnera este principio.

"Como primer agravio del recurso por vicios in procedendo interpuesto por los imputados N.R.M., J.P.E.E., J.P.A. y A.G.M., se acusa la inobservancia de los artículos 106 y 400, inciso 4) del Código de Procedimientos Penales de 1973, por falta de fundamentación de la sentencia, por las razones que seguidamente se resumen: 1) Porque en dicha pieza no se consigna expresamente que los hechos se originaron ante la denuncia de la señora G.B.G. (conocida como "J.") contra el ofendido J.A.A., lo que justifica la actuación de los acusados, por constituir cumplimiento de su deber como policías, de pedirle al señor A. que fuera a la Delegación e investigar el hecho. Ofrece ante esta Sala como pruebas una copia de la denuncia que interpuso la señora B., así como una declaración jurada de ella (cfr. folios 108, 153 a 160); 2) Reprochan los impugnantes la ausencia de análisis respecto a las declaraciones que rindieron, para explicar qué fue lo que en realidad sucedió y que el Tribunal de mérito no justificara razonadamente, porque consideró increíble o inaceptable su versión, anomalía que se repite respecto a la declaración del testigo J.M.R.G., pues tampoco fue objeto de un análisis expreso; 3) También se acusa que la motivación de la sentencia es contradictoria, pues por una parte se indica como hecho probado que el ofendido le solicitó permiso al imputado N.R.M. para retirarse de la delegación y volver al día siguiente, a lo que éste contestó en forma afirmativa (véase el hecho probado "D" a folio 94), pero por otra parte dice el a quo que no se pudo establecer "a ciencia cierta" los términos de la conversación entre A. y R.M., que A. "intentó" marcharse del lugar y que R.M. "le ordenó a los coencartados devolver al ofendido al puesto" (cfr. folios 98 vuelto a 99 vuelto). «El método aplicado por el juzgador —dicen los recurrentes—, consistió en solamente analizar la prueba de cargo, nunca hizo un análisis comparativo entre los hechos que nosotros narramos con los hechos que narran los testigos de cargo, no existe una confrontación entre ellos...» (folio 111), y más adelante alegan que «El sistema de "valoración" utilizado por el ad-quo [sic], si es que así se puede llamar, permite concluir que la valoración no existe, ya que si existen dos versiones opuestas sobre cómo sucedieron los hechos, eso obliga al Juzgador presentar un análisis diciendo a cuál de las dos le da credibilidad y decir el porqué. Eso no existe en la sentencia recurrida» (folio 112 vuelto), frases que sintetizan adecuadamente la disconformidad de los impugnantes. Considera esta Sala que el reclamo es de recibo. Examinando la motivación de la sentencia puede constatarse que las pruebas se ubican en dos grupos que, a efecto de simplificar la motivación de la presente resolución, denominaremos de "cargo" (que suscribe la acusación formulada) y "descargo" (que respalda la versión sostenida por los encartados en su defensa). En el primero de esos grupos destacan las declaraciones del ofendido y de los testigos R.Ch.C. y de F.P.P. (la última incorporada mediante lectura). En el segundo grupo de pruebas se ubicarían las declaraciones de los cuatro imputados y la del testigo J.M.R.G. Sin embargo, para justificar los hechos probados "E" y "F" (cfr. sentencia, folios 94 frente y vuelto), dice el a quo que estos han sido debidamente acreditados a partir de las declaraciones del ofendido A.A. y

de los testigos Ch.C. y P.P., así como del dictamen médico de folio 29, agrupación de probanzas que califica de "contundente e inequívoca" (cfr. folio 99 vuelto), pero sin explicar el Tribunal por qué esas probanzas produjeron tan gran impresión en su ánimo, convenciéndolo, o por qué no admiten duda o equivocación respecto a los hechos acusados. A partir de ese último juicio de valor indicado, el Tribunal parece dar por agotada la descripción del análisis relativo a la valoración de la prueba sometida a su conocimiento. Es decir, no solo omitió justificar por qué estimó fidedigna, "contundente" o "inequívoca" la prueba de cargo, sino que tampoco explicó por qué no estimó veraz o merecedora de crédito la versión de los hechos sostenida por cada uno de los cuatro imputados, omisión que se reitera respecto al testimonio de J.M.R.G. Sobre este tipo de vicios ha señalado la jurisprudencia de esta Sala que: «...para que exista una verdadera motivación de la sentencia es preciso, en primer lugar, que en ella se consigne, describa o reproduzca el contenido o dato... de las pruebas en las cuales se asientan las conclusiones a que se llega; y, en segundo término, su consideración razonada. Ambos aspectos deben concurrir... para que pueda considerarse que la sentencia se encuentra debida y suficientemente motivada, pues solamente así se satisfacen los presupuestos mínimos para verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez para llegar a determinada conclusión ha sido cumplido con respeto a las reglas de la sana crítica racional. El incumplimiento de esta obligación, según su incidencia en el dispositivo del fallo —como sucede en este caso—, produce por sí misma una nulidad de carácter absoluto, declarable aun de oficio, por violar principios procesales de rango constitucional que tienden a asegurar a los particulares y a la colectividad el control responsable de la recta administración de justicia (en este sentido véanse las resoluciones de esta Sala V-266 de las 10.15 h del 20 de diciembre de 1985, V-530-F de las 11.00 h del 4 de octubre de 1991, así como la resolución de la Sala Constitucional Nº 2832-93 de las 9.06 h del 18 de junio de 1993)... el Tribunal omitió absolutamente dar cuenta del contenido de sus testimonios [de los imputados] y del valor positivo o negativo que estas declaraciones pudieran tener en el contexto probatorio, ya que, por provenir de los acusados, son de obligada consideración, pues «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos u obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal» (artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en igual sentido los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), mientras que en el presente caso las versiones que dieron los imputados en su defensa, lejos de ser oídas, fueron ignoradas con una indiferencia pasmosa, por lo menos esa es la impresión que deja la sentencia impugnada, en demérito del derecho de defensa y de la "necesaria demostración de culpabilidad" exigida por el artículo 39 de la Constitución Política...» (el subrayado es suplido, V-246-F de las 10.12 h del 5 de mayo de 1995). Por otra parte, también salta a la vista —tal como lo denuncian los quejosos— que hay una contradicción respecto a si el ofendido salió de la delegación con o sin permiso del imputado N.R.M. Si no se supo "a ciencia

cierta" —como lo asevera el a quo— lo que conversaron A. y R., ¿cómo se puede afirmar en el acápite de "hechos probados" —el cual necesariamente supone certeza— que R. accedió a la solicitud de A. para marcharse y regresar al día siguiente? Aquí se denota una grave infracción a las reglas de la lógica que además evidencia que, en este punto, la relación de hechos probados de la sentencia no es más que una mera transcripción del requerimiento de elevación a juicio. Conforme a lo expuesto, resultan válidas las objeciones formuladas por los recurrentes en los puntos 2) y 3) de la síntesis enunciada al inicio de este Considerando. A lo expuesto cabría agregar que el Tribunal señaló en sentencia que: «Como si fuera poco y gracias a la inmediación y oralidad del debate, se pudo establecer que [el imputado] R. es una persona por demás prepotente, a tal punto que en un arrebató de insolencia este Tribunal se vio en la necesidad de aplicarle una fuerte reprimenda» (folio 100 vuelto). Sin embargo, ni la sentencia, ni el "acta de debate" (cfr. folios 82 a 84 —no hay folio 83— y 90 frente y vuelto, a lo que debe agregarse que el Tribunal tampoco grabó en cintas magnetofónicas los actos del debate oral) precisan en qué consistió el supuesto "arrebató de insolencia" del acusado R.M. En este punto debe advertirse al Tribunal de mérito que aun cuando la sentencia es el fruto de un juicio realizado sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y continua, en que consecuentemente existe la inmediación al valorar la prueba (posibilidad del a quo que no disfruta el ad quem), esto no quiere decir que la Sala de Casación esté impedida de controlar el análisis de la prueba hecho por el Tribunal de mérito, pues incluso los detalles relevantes cuya percepción deriva de la inmediación deben haber sido consignados y valorados en sentencia, por un motivo elemental: el a quo no puede juzgar sobre lo que no ha motivado descriptivamente. En el presente caso, si el Tribunal consideró relevante la conducta de "arrebató de insolencia" del imputado R.M., que apreció directa o inmediatamente durante la audiencia, necesariamente debió consignar en la sentencia cuál fue la conducta o acción concreta que cabe estimar atrevida, descarada, ofensiva e insultante, desusada o temeraria, pues sólo así lograría el juzgador transmitir las razones que le llevaron a calificar al imputado como un sujeto prepotente, esto es, que abusa de su poder o hace alarde de él, lo que en un caso como el presente resultaría ser de suma relevancia, dada la naturaleza de algunos de los delitos acusados (por ej., el Abuso de autoridad). En este sentido, señala la doctrina que: «La inmediación es, qué duda cabe, una garantía, pero sólo de carácter instrumental, preordenada a ser posible, a partir del contacto directo con la valoración racional de los actos probatorios, que pueda a su vez ser racionalmente enjuiciada por terceros. Por el contrario, cuando la inmediación se usa —y es frecuente— como barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal, se convierte en una injustificable coartada, primero para propiciar que el juez oculte sus razones; y después, para negar legitimidad a cualquier tentativa de fiscalizarlas... Porque, como escribe Ferrajoli, debe distinguirse entre el juicio sobre el hecho y el juicio sobre el juicio. Y dentro de este, «es claro que el juicio sobre la motivación forma un todo con el juicio de legalidad; y que el control sobre la consistencia (no de las pruebas sino) del razonamiento probatorio, es todo uno con las garantías de legalidad que expresan los tres clásicos

brocardos *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege* y *nulla poena et nullum crimen sine iudicio*. Este modo de entender la cuestión se encuentra en alguna resolución... que declara controlable en casación el que califica de «segundo nivel de la valoración judicial», que es el relativo «a las deducciones e inducciones que el tribunal puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente en el juicio oral. Estas inferencias pueden ser controladas en la casación precisamente porque no dependen sustancialmente de la inmediación, sino de la corrección del razonamiento que se debe fundar en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en conocimientos científicos. Por tanto, en la medida en que el tribunal de casación tiene completo acceso a ese razonamiento puede verificar en cada caso la corrección de las conclusiones» (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en "Ciencias Penales", Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 8, N° 11, julio de 1996, págs. 33 a 34). En este mismo sentido se ha afirmado que: «Además de que la eficacia de la oralidad e inmediatez tiene un radio importante pero limitado, las susodichas "oralidad e inmediatez" no pueden funcionar como un cheque en blanco que se extiende a favor del tribunal de instancia indiscriminadamente, sea cual fuere el desarrollo del proceso... Es decir, el principio de la "oralidad e inmediatez" se acompaña de unos bien ganados méritos garantistas que debe ser magnificado allí donde tenga verdadera incidencia, no a boleo" (IGARTUA SALAVERRIA, Juan: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 114 a 115). Por todo lo expuesto, procede acoger este reclamo, declarando la nulidad de la sentencia impugnada y del debate que la precedió y remitiendo el proceso al competente para la nueva sustanciación que determina la ley. Por resultar innecesario —dada la naturaleza del pronunciamiento vertido en el presente Considerando— se omite resolver los otros motivos acusados en el recurso, aunque respecto al punto 1), con que al inicio de esta exposición se resumió el reclamo formulado por los imputados, debe advertirse que ante la Sala de Casación no es legalmente posible ofrecer prueba sobre el hecho histórico que es objeto de la causa, sino solamente prueba referida al cumplimiento defectuoso u omisión de los hechos del proceso, conforme al criterio sostenido por ésta a partir de la resolución V-35-F de las 11.15 h del 17 de enero de 1992, positivado en el artículo 449 del Código Procesal Penal de 1996, donde se puede corroborar que la prueba puede ofrecerse cuando el recurso se fundamente en un defecto del procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto, en contraposición a lo señalado en las actuaciones, en el acta o registros del debate, o en la sentencia. También se le recuerda al Tribunal que conforme al artículo 390 del Código de Procedimientos Penales de 1973, el Secretario debe levantar un acta del debate que debe contener la firma de los miembros del tribunal, del fiscal, defensor y secretario, previa lectura, y que si por cualquier motivo el acta se extendiere en letra manuscrita luego debe copiarse a máquina a la mayor brevedad posible (esto así porque no se transcribieron a máquina las actas visibles a folios 82, 84 y 90, que tampoco contienen las firmas requeridas por la ley), y que además es su obligación grabar en cintas magnetofónicas —que aquí se echan de menos— todos los

actos del debate oral, conforme a lo dispuesto en la Circular N° 13-95, cuyo incumplimiento se considera falta grave (Sesión de Corte Plena N° 2795 del 2 de octubre de 1995, art. XI), motivo por el cual se ordena testimoniar las piezas correspondientes para que el Tribunal de la Inspección Judicial proceda como corresponda. Finalmente, no sobra señalar que al haber acogido el presente reclamo por inobservancia de formas procesales que determinó la nulidad de la sentencia, la Sala de Casación NO está prejuzgando sobre el fondo del asunto."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 705 de las 9.55 h del 24 de julio.

33. PROCEDIMIENTO ABREVIADO - Consideraciones.

"Errónea aplicación de los artículos 71, incisos a), e) y f) del Código Penal, 374 del Código Procesal Penal y de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas. En el único motivo de su recurso, el imputado reclama como vicio in iudicando la errónea aplicación de los artículos 71 incisos a), e) y f) del Código Penal, 374 del Código Procesal Penal de 1996, y de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas (sin citar ningún artículo en particular). Se alega que por haber confesado, el imputado se ha hecho acreedor a una disminución de la pena mínima, pero ésta sólo se rebajó en dos años, con lo que la fundamentación es contradictoria. Se agrega que, conforme al numeral 374 antes citado, la disminución pudo haberse hecho hasta por un tercio de la pena mínima prevista por el tipo penal respectivo, cual es de ocho años de prisión, de tal modo que la sanción pudo haber sido fijada en "2.66 años". II.- El reclamo no es de recibo. El defecto de fondo que cita el recurrente en realidad no existe, pues su argumentación se encuentra apoyada en una errónea interpretación de la norma procesal que cita. El párrafo 2° del artículo 374 del nuevo Código Procesal Penal señala que "... Para tales efectos, el mínimo de la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio ...", es decir que el extremo menor de la pena puede reducirse en una tercera parte, no que la misma pueda disminuirse a un tercio, lo que resultaría esencialmente diverso. Lo anterior significa que, por ejemplo, si el extremo menor de la pena que se prevé para determinada acción típica se encuentra fijada en seis años de prisión, al aplicarse el procedimiento abreviado ese extremo puede reducirse a cuatro años de privación de libertad, porque sólo podría disminuirse en un tercio. También es necesario agregar que el procedimiento abreviado se sustenta en un acuerdo previo que debe producirse entre el fiscal, el querellante, la defensa y el imputado, donde ellos manifiesten su conformidad, el imputado acepte los hechos y exista un acuerdo sobre la posible pena que habrá de imponerse en el caso concreto, sin que el Tribunal pueda aplicar una pena mayor a la solicitada. Para tales efectos la sanción no necesariamente debe reducirse en un tercio en forma matemática, sino que ello debe ponderarse en cada caso concreto, conforme a las reglas contenidas en el artículo 71 del Código Penal, apreciando las circunstancias especiales del hecho, las condiciones

personales de los sujetos involucrados, así como en general todos los factores objetivos y subjetivos del hecho punible. En especial deberá tomarse en cuenta la posible indemnización a la víctima, si se hubiere determinado y fuere de domicilio conocido, quien debe incluso manifestar su opinión como simple ofendido, cuando no ha formulado querrela, aunque su criterio no sea vinculante. Desde luego, si se trata de un querellante, conforme lo señala el párrafo primero del artículo 374 del nuevo Código Procesal Penal, se requiere de su consentimiento para aplicar el proceso abreviado con todas sus implicaciones. Finalmente corresponde a los jueces verificar que concurren las condiciones previstas en la ley para aplicar ese tipo de procedimiento, conforme al párrafo final del artículo 374 citado y el 375 *ibídem*, pero los tribunales no pueden incursionar en las razones específicas de conveniencia y de oportunidad que tuvieron las partes y el Ministerio Público para llegar al acuerdo, salvo que estimen que se están afectando o lesionando seriamente los derechos de alguna de las partes, o no se está dentro de los supuestos previstos en la ley para acordar la medida, en cuyo caso podrían improbar la aplicación del procedimiento abreviado. Ese acuerdo es de mucha importancia para los actos procesales sucesivos en el procedimiento abreviado, en especial para los controles a posteriori que deben realizar los tribunales de juicio y la casación, por ello lo recomendable es que se plasmen por escrito, en forma simple y bien clara, los alcances del mismo, y que sea rubricado por el imputado, por su defensor, por el fiscal y en su caso por el querellante, e incluso —si fuere del caso— por la víctima, con el fin de que la voluntad de las partes quede bien expresada, sobre todo en lo que se refiere a la aceptación de los hechos por parte del imputado, el monto de pena que solicitará el fiscal, así como cualquier otro aspecto que conformen el acuerdo, como por ejemplo lo relativo a la indemnización de la víctima si correspondiere. Si a esta solución se llega durante una audiencia oral, entonces lo recomendable es que el Juez incluya esos aspectos de trascendencia en el acta respectiva, señalando en forma expresa la voluntad de las partes sobre cada uno de esos puntos. Conforme se dijo la pena a imponer no puede superar el monto solicitado por los acusadores (párrafo tercero del artículo 375 *ibídem*), monto que ha sido previamente discutido tanto por el fiscal, como por el querellante, el imputado y su defensor con el fin de llegar a un consenso. El acuerdo sobre el monto de la pena debe ser respetado por el tribunal, mientras se mantenga dentro de los límites fijados por el legislador, salvo que los jueces estimen totalmente desproporcionado y sumamente alto dicho monto en consideración a las circunstancias especiales del caso, conforme al artículo 71 del Código Penal, supuesto en el cual podrían aplicar incluso una pena más baja, siempre que el extremo menor no baje de un tercio, salvo en los casos de tentativa de delito. Sin embargo, para apartarse de esa fijación de pena negociada entre las partes y el Ministerio Público, los jueces deberán expresar en sentencia, en forma muy clara y precisa, las razones que tengan, señalando en concreto las circunstancias especiales que justifican la aplicación de una pena menos grave que aquella que el propio imputado y su defensor aceptaron como válida para el caso. Esta opción es constitucionalmente válida en la medida en que se cumple con las finalidades de prevención especial de la pena, pues el

imputado acepta su responsabilidad y las consecuencias del hecho delictivo en forma expresa, interviniendo no sólo en lo que se refiere a la posible reparación, sino además en la determinación de la sanción penal. También se cumple con la finalidad de prevención general, al quedar evidenciado frente a la comunidad que el imputado fue el autor del hecho y se le impuso una correspondiente sanción penal, y finalmente, se cumple con la finalidad retributiva de la sanción penal, al hacer inmediata la aplicación de una pena en el caso. Pero en ninguno de estos supuestos se elimina la fijación jurisdiccional, ya que en última instancia el juez debe verificar que se dan los supuestos constitucionales y legales para la aplicación de una pena, y es él quien finalmente determina el monto a aplicar según los límites, los criterios y los parámetros fijados por el legislador para ello. En efecto, el Tribunal debe examinar si los hechos acusados son constitutivos de delito, si existen elementos de convicción para tener por cierto que el delito existió y que el imputado lo realizó, verificando la existencia de todos los requisitos, en especial que existe una acción típica, antijurídica y culpable realizada por el imputado, y por último determinando el monto final de la pena según los criterios señalados por el legislador en este tipo de procedimiento. Por esa razón es que el párrafo final del artículo 375 del Código Procesal Penal señala que la sentencia debe contener, al menos sucintamente, los requisitos exigidos en ese código, e incluso que es recurrible en casación, donde se controlará el contenido de esos requisitos. Desde luego si el Tribunal estima que hay dudas sobre la existencia del hecho punible, o sobre la participación del imputado en los mismos, a pesar de la aceptación de los cargos, lo que corresponde no es el dictado de un sobreseimiento o una absolutoria, sino el rechazo del procedimiento abreviado para que mediante el trámite ordinario se investigue a fondo lo ocurrido, y se llegue a la solución que conforme a derecho corresponda. En el presente caso el imputado aceptó los hechos, y tanto él como su defensor solicitaron la aplicación de este procedimiento especial. El Fiscal también solicitó la abreviación del proceso, y pidió además se aplicara una pena de ocho años de prisión. Esta solicitud de pena constituye el extremo mayor según lo señala el legislador. Por su parte los miembros del tribunal de juicio rebajaron la pena solicitada por el fiscal de ocho a seis años de prisión. El imputado fue condenado por el delito de tráfico internacional de drogas, que está sancionado inicialmente con una pena mínima de ocho años de prisión, y la fijación que hizo el tribunal se encuentra dentro del tercio al que podría disminuirse la pena según las normas arriba citadas, conforme al procedimiento abreviado. En consecuencia, en el caso de autos se impuso apenas un monto de pena poco más allá del mínimo posible, que en este caso era de cinco años y cuatro meses, apartándose de la fijación negociada entre las partes, por lo que el vicio de fundamentación contradictoria en perjuicio del imputado no se aprecia, lo que justifica declarar sin lugar la queja. Por el contrario, lo que podría discutirse en el presente caso es si el Tribunal tenía y señaló razones especiales para reducir el monto de la pena solicitada por el fiscal, y desde luego pactada y aceptada por las partes, incluso por el propio imputado y su defensa, sin embargo por tratarse de un recurso de la defensa y en virtud del principio de la non reformatio in

peius esta Sala no entra a examinar ese aspecto, a falta de un recurso del fiscal."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 546 de las 9.10 h del 12 de junio.

34. PROCEDIMIENTO ABREVIADO - Consideraciones respecto de la fijación de la pena y levantamiento del acta de la audiencia.

"Como único agravio del recurso por vicios in iudicando interpuesto por la representación del Ministerio Público, se acusa la inobservancia del artículo 374, párrafo segundo in fine, del Código Procesal Penal de 1996, porque el Tribunal sentenciador —por simple mayoría— en vez de sustraer un tercio al extremo menor de las penas previstas en los tipos penales, les restó dos terceras partes. Al respecto debe señalar la Sala que al reglamentarse el procedimiento abreviado, cuando la norma supracitada dice: «...el mínimo de la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio», lo que se dispone es que el modo de disminuir el extremo menor de la pena es sustrayendo o restándole, como máximo, una tercera parte, de modo que, por ejemplo, a un extremo menor de diez años lo más que se le puede disminuir serían tres años y cuatro meses, pudiendo entonces imponerse una pena mínima de seis años y ocho meses de prisión. Esto así, porque en la oración entrecomillada del artículo 374, la preposición "hasta" sirve para introducir los complementos del verbo "disminuir", expresando el término en que se puede hacer menor la extensión del extremo mínimo de la pena prevista en el tipo penal, tal como lo interpretó el Juez Ch.B. en su voto salvado. En este mismo sentido que da la Sala al artículo en comentario, ya se ha pronunciado la reciente doctrina relativa al nuevo Código Procesal Penal, indicándose que "de lo que se trata es simplemente de una transacción en cuanto a la pena a imponer, que podrá ser disminuida hasta un tercio por debajo del mínimo legal previsto en el tipo penal" (el subrayado es suplido, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: Proceso Penal Comentado, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 1998, pág. 763). En el presente caso los tres extremos menores de las penas aplicables sumaron veintidós años de prisión, que erróneamente fueron disminuidos y fijados en siete años y cuatro meses, siendo que el mínimo posible era de catorce años y ocho meses. Considera la Sala que conforme al artículo 450 del Código Procesal Penal, la enmienda de este defecto debe ser la casación parcial de la sentencia, únicamente en cuanto a la determinación de la pena, la cual, de acuerdo con los artículos 374, párrafo segundo, y 375, párrafo tercero, del Código de Procedimientos Penales, 156 y 161 del Código Penal, se fija en el tanto de quince años de prisión, que fue el monto acordado por las partes para optar por el procedimiento abreviado (cfr. folio 78 vuelto), esto es, sustrayendo siete veintidosavos al extremo menor total de veintidós años que resultó del concurso juzgado por la mayoría del tribunal a quo, referido a conductas que lesionaron groseramente tanto la libre autodeterminación sexual como la esfera de reserva, decoro, pudor u

honestidad sexual de la ofendida M.L.L.G., valiéndose el justiciable de circunstancias de modo, tiempo y lugar tales que le permitieron —movido por repudiables y reprochables propósitos— no solo facilitar la realización de los hechos acreditados en sentencia, sino además menguar ostensiblemente las posibilidades de repeler las agresiones sexuales cometidas, ya fuera por la propia niña ofendida o por parte de terceros que pudieran haber acudido en su defensa, mostrando así su desprecio hacia los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico en favor de la víctima, particularmente por tratarse de una menor de edad, todo lo cual impide disminuir hasta en un tercio completo el mínimo de la pena a imponer. Debe agregarse a lo que se lleva expuesto que la sentencia de mayoría además refleja una grave infracción a las formalidades relativas a la fijación de la pena, concretamente por la falta de fundamentación del fallo en este punto, lo que no se suple con abundantes citas de doctrina o de jurisprudencia, si no se indica expresamente de qué modo vienen a respaldar o ilustrar las conclusiones del juzgador, dado que la sentencia debe ser personalmente motivada por el juez. Por imperativo legal el juzgador debe expresar sus propios razonamientos, de manera clara y precisa, expresando los argumentos de hecho y de derecho en que se basan sus decisiones, luego de lo cual puede hacer las citas que estime pertinentes, estableciendo la relación que tienen con el asunto tratado, para un mejor entendimiento del mismo. Conforme al párrafo segundo del artículo 142 del nuevo Código Procesal Penal, la fundamentación «Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias...» En el octavo Considerando de la sentencia impugnada, bajo el título de "Justificación de la pena", la motivación expuesta ni es clara, ni precisa, y ni siquiera aprecia algunos de los parámetros enunciados en el artículo 71 del Código Penal para la fijación de la pena, tales como, por ejemplo, las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho, la importancia de la lesión o la gravedad del suceso. Por el contrario, se recurre a frases hechas y afirmaciones dogmáticas que incluso resultan abiertamente contradictorias pues, por ejemplo, por una parte se afirma que el fundamento de la pena privativa de libertad es tanto la prevención general como la prevención especial ("buscando —dice la mayoría— su reeducación y reinserción social"), pero inmediatamente asevera que "es un mito reconocer que la prisión regenere, reeduce o rehabilite" (cfr. folio 82 frente y vuelto), lo que en modo alguno viene a contribuir a despejar el problema de la fundamentación o legitimidad de la sanción penal privativa de libertad en el Estado costarricense. Por otra parte, la adopción del procedimiento abreviado no exime al Tribunal de las obligaciones de levantar un acta de la audiencia y de realizar una grabación del debate, conforme a la relación que resulta de los artículos 370 y 372 del Código Procesal Penal, todo lo cual se echa de menos en este asunto. Tome nota el Tribunal de la llamada de atención que aquí se le hace para que en adelante no vuelva a incurrir en este tipo de errores."

35. PROCEDIMIENTO ABREVIADO - Consideraciones sobre fijación de pena.

"Ya esta Sala, sobre la interpretación que debe darse al citado rebajo de la pena, se pronunció de la siguiente forma: "El párrafo 2° del artículo 374 del nuevo Código Procesal Penal señala que "Para tales efectos, el mínimo de la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio...", es decir que el extremo menor de la pena puede reducirse en una tercera parte, no que la misma pueda disminuirse a un tercio lo que resultaría esencialmente diverso. Lo anterior significa que, por ejemplo, si el extremo menor de la pena que se prevé para determinada acción típica se encuentra fijada en seis años de prisión, al aplicarse el procedimiento abreviado ese extremo puede reducirse a cuatro años de privación de libertad, porque sólo podría disminuirse en un tercio". Se agrega que "El acuerdo sobre el monto de la pena debe ser respetado por el tribunal, mientras se mantenga dentro de los límites fijados por el legislador, salvo que los jueces estimen totalmente desproporcionado y sumamente alto dicho monto en consideración a las circunstancias especiales del caso, conforme al artículo 71 del Código Penal, supuesto en el cual podrían aplicar incluso una pena más baja, siempre que el extremo menor no baje de un tercio, salvo en los casos de tentativa de delito. Sin embargo, para apartarse de esa fijación de pena negociada entre las partes y el Ministerio Público, los jueces deberán expresar en sentencia, en forma muy clara y precisa, las razones que tengan, señalando en concreto las circunstancias especiales que justifican la aplicación de una pena menos grave que aquella que el propio imputado y su defensor aceptaron como válida para el caso." (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 546-98 de 9.10 horas del 12 de junio de 1998. En igual sentido, resolución 590-98 de 9.20 horas del 19 de junio de 1998). En el caso presente, el juez se separa del convenio a que arribaron imputado, defensor y Ministerio Público y que fue reiterado en varias actuaciones, imponiendo una pena menor a la que correspondería aún aplicando la rebaja del tercio, dado que si el mínimo fuera de cuatro años (lo que está fuera del pacto), sea cuarenta y ocho meses, el tercio sería de dieciséis meses, sea un año y cuatro meses, por lo que la pena a imponer quedaría en dos años y ocho meses y no el año y tres meses que se impuso. En virtud de lo expuesto, se declara con lugar el recurso formulado por el Ministerio Público y acorde con el artículo 450 del Código Procesal Penal, la enmienda de este defecto consiste en casar parcialmente la sentencia, únicamente en cuanto a la determinación de la pena, la que, de conformidad con los artículos 374 párrafo segundo y 375 párrafo tercero del Código Procesal Penal y 213 del Código Penal, se fija en el tanto de tres años y seis meses de prisión, que fue el acuerdo al que arribaron las partes. No está de más advertir que en realidad el acuerdo fue de cuarenta y cuatro meses y al hacerse la reducción a años, se incurrió en el yerro de no indicar tres años y ocho meses, como correspondía, lo que en todo caso no podría perjudicar al imputado, por lo que se deja la pena en el tanto ya dicho de tres años y seis meses de prisión. Dado que la pena impuesta excede el tanto de tres años de prisión, se revoca la concesión de la condena de ejecución condicional (Artículos 59 y 60 del Código Penal)."

36. PROCEDIMIENTO ABREVIADO - El órgano jurisdiccional es quien define la norma sustantiva aplicable - Forma de resolver convenio ilegal sobre prueba.

"Según se desprende de la queja que plantea el defensor particular de la encartada G.B., su inconformidad se centra en que, a pesar de que el Ministerio Público aceptó la aplicación del proceso abreviado, solicitando al efecto una pena de cuatro años de prisión, de forma ilegítima el tribunal de juicio —al estimar que la calificación jurídica del hecho era incorrecta— aumentó la sanción privativa de libertad a cinco años, tres meses y cuatro días, con lo que violó el debido proceso. Para resolver de forma adecuada el punto objeto del reclamo, es necesario explicar cuáles son los antecedentes que culminan con el dictado del fallo impugnado, a saber: a) Según la acusación y solicitud de apertura a juicio de folios 436 a 443, el Ministerio Público le atribuye a la señora C.G., en asocio con su compañero y coencartado R.M. y algunos panameños y colombianos, el dedicarse al tráfico de drogas tanto a nivel nacional como internacional. En concreto, se le endilga el introducir droga desde Panamá y distribuirla en Costa Rica entre personas que a su vez se encargarían de distribuirla a los consumidores, entre ellos los coencartados M.A. conocida como "tita" y E.C.R. Esta relación fáctica, en lo que se refiere a la señora G., fue calificada por la licenciada I.P.M.M., fiscal encargada de confeccionar la pieza que se analiza, como un delito de tráfico internacional de drogas, previsto por el numeral 16 de la Ley N° 7233. b) Durante la audiencia preliminar, el licenciado W.M.R. (fiscal encargado de atender dicha diligencia), no obstante que al motivar sus pretensiones aclaró que a G.B. se le acusaba de tráfico internacional de drogas, mostró su conformidad con que a ella se le aplicara el procedimiento abreviado, para cuyos efectos solicitó que la pena le fuera rebajada a cuatro años de prisión (folio 528 vuelto, líneas 6 a 19), todo lo cual fue aceptado por la defensa, señalando que "... En cuanto a C.G. en conversaciones con el Ministerio Público han estado de acuerdo en que se le aplique el artículo 317, inciso 3) en relación con el 373 del Código Procesal Penal, así como el artículo 18 párrafo 4º de la ley de psicotrópicos, pidiendo que se le aplique sentencia de dos años y ocho meses ... lo cual la haría acreedora del beneficio de la ejecución (sic) condicional de la pena eventualmente ..." (folio 529 frente, líneas 11 a 23). c) La imputada, al hacer uso de la palabra durante la audiencia, refirió que "... deseo que se me aplique el procedimiento abreviado y en razón de ello admito expresamente mi vinculación indirecta con los hechos que se me han venido atribuyendo ..." (folio 529 vuelto, líneas 2 a 5). d) No obstante que, según se explicó, a la imputada C.G. se le endilga por parte de la fiscalía el delito de tráfico internacional de drogas (artículo 16 ya citado), el juez de la etapa intermedia varía la calificación de los hechos con respecto a aquélla al delito de "comercio de drogas" (folio 539 vuelto, líneas 7 a 12). Una vez cumplido lo anterior, dicha autoridad homologa en estos términos el contenido del acuerdo suscrito entre las partes, mediante auto de las 9.50 horas del 17 de febrero de 1998 (folios 539 a 540), remitiendo las actuaciones al tribunal de juicio del segundo circuito judicial de San José. e) El tribunal de sentencia, al conocer por el fondo del asunto y advertir los yerros sustanciales en los cuales se incurrió, razona lo

siguiente: "... El segundo problema deriva de la solicitud de pena realizada por la representación del Ministerio Público en el caso de la encartada G.B. Según el art. 375, 3 cpp (sic), si el tribunal condena, la pena impuesta no podrá superar la requerida por los acusadores, de lo que resulta que, en este caso ... el órgano acusador solicitó la imposición de 4 años de prisión, siendo que la pena prevista por el artículo 16 LEstup (sic), es de 8 años en su mínimo. Nos enfrentamos aquí al caso en que la pena fijada por el acusador resulta ilícita por cuanto es inferior a la pena legalmente prevista, aún efectuada la disminución de un tercio a que se refiere el art. 374,2 CPP. El suscrito juez interpreta que la intención de la representación del Ministerio Público ha sido aquella de favorecer a la imputada G.B. con la aplicación de la menor sanción prevista por ley, de modo que, interpretando que nos encontramos ante un error material en la solicitud de la pena, de conformidad con el art. 179 CPP que regula la disciplina del saneamiento de la actividad defectuosa, se concluye que la pena solicitada por el acusador es la mínima prevista por el tipo penal, en este caso 8 años de prisión y que a su vez se inclina en favor de que el tribunal aplique la totalidad de la disminución que autoriza la ley. Queda de esta manera fundamentado que aun cuando, formalmente, este tribunal ha efectuado un saneamiento sobre un aspecto esencial del procedimiento abreviado, sea la solicitud de pena del acusador, no viola con ello el derecho de defensa habida cuenta que en realidad está interpretando que la solicitud de pena es la más favorable que de una manera legítima puede ser solicitada ..." (folio 573, línea 8 en adelante). Con fundamento en estas consideraciones, el juzgador impuso a C.G. una pena de 5 años, tres meses y cuatro días de prisión, al declararla autora responsable del delito de tráfico internacional de drogas, con base en el artículo 16 de la ley sustantiva ya citada. III.- Como se deriva de todo lo antes expuesto y transcrito, en la tramitación del presente asunto así como en el dictado del fallo que ahora se impugna, se aprecia la concurrencia de una serie de yerros procesales que deben ser rectificadas. Es así como tenemos lo siguiente: (1).- No obstante que de la acusación que presenta la fiscalía se deduce con absoluta claridad que a la encartada se le atribuye el delito de tráfico internacional de drogas, cuya pena mínima, según lo prevé el numeral 16 de la derogada Ley N° 7233 (al igual que el numeral 71, inciso h) de la actual Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, N° 7786, del 30 de abril de 1998, publicada en el Alcance a La Gaceta N° 93, del viernes 15 de mayo del mismo año (sic) es de 8 años de prisión, durante la audiencia preliminar el fiscal que atendió dicha diligencia oral convino con la defensa en que se aplicara el proceso abreviado, aceptando inexplicablemente que a la acusada se le impusiera una pena de cuatro años de prisión, es decir, comprometió la acción penal en un acuerdo ilegal al aceptar una sanción muy por debajo del mínimo establecido, sin que exista norma procesal alguna que lo autorizara para ello. Nótese que en cuanto a este punto, el artículo 374 párrafo 2º del Código Procesal Penal de 1996 con toda claridad señala que, si las partes convienen en la aplicación del proceso abreviado, "... el mínimo de la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio ...", de donde se entiende que la posibilidad que ostenta el ente acusador —o el querellante en su caso— de negociar con la defensa el monto

de la pena (siendo su eventual disminución en un tercio la que motivará a ésta a aceptar la aplicación del trámite abreviado) encuentra como límite infranqueable el mínimo previsto por el tipo penal aplicable a los hechos acusados, de donde también resulta manifiesto que el arreglo entre las partes no podría de ningún modo obviar la correcta tipificación jurídico-penal de éstos. Esto significa que la ley procesal no autoriza al Ministerio Público para que, en aras de que la defensa se sienta tentada a admitir el abreviado, pueda transigir incluso con una calificación jurídica que sin ser la adecuada a los hechos beneficie ostensiblemente a esta última. De lo dicho hasta aquí se colige, entonces, que el primer vicio in procedendo que se advierte en el presente caso fue cometido por el fiscal que atendió la audiencia preliminar, al aceptar en el convenio con la defensa unas condiciones que sobrepasan los límites permitidos por la legislación procesal. (2).- No obstante la anterior irregularidad procesal, el juez de la etapa intermedia admitió la procedencia del abreviado según las condiciones ilegales que se pactaron, y se varió la calificación jurídica del hecho con respecto a G.B., señalando que a ella se le acusa simplemente de "comercio de drogas", en contraposición a R.M., a quien se le imputa el delito de tráfico internacional de drogas. El juez de la etapa intermedia pudo haber rechazado el proceso abreviado, conforme a los artículos 319 párrafo 3º y 374 párrafo 4º del Código Procesal Penal, ya que su función es la de un contralor de legalidad, velando porque se cumplan los requisitos exigidos para la adopción de las medidas alternativas que aquél prevé. (3).- Una vez recibidas las actuaciones por el tribunal de sentencia se incurre en otras irregularidades, pues tomándose en cuenta que el acuerdo que lo sustentaba era ilegal, y en vista de que el tribunal de la fase intermedia no lo hizo, debió rechazar el procedimiento abreviado y reenviar el asunto para su tramitación ordinaria (artículo 375 párrafo 2º *ibídem*). En lugar de ello, el órgano de instancia asume la competencia y resuelve por el fondo en abierta contraposición con lo dispuesto por el párrafo 3º del mismo numeral, toda vez que al imponer la pena superó el monto que había requerido el acusador, sin que en este punto pueda estimarse válida o legítima la manera en que se interpreta la voluntad exteriorizada por las partes, pues la misma se irrespetó y desconoció en forma absoluta. Si la defensa aceptó someterse a los rigores del juicio abreviado al tener la certeza de que la sanción de cuatro años que aceptó la fiscalía no podría superarse en sentencia, a tal punto que incluso el defensor solicitó que la misma fuese rebajada en un tercio, y que se le concediera a la encartada el beneficio de ejecución condicional, no es dable que, ante el grave error en la calificación jurídica del hecho y la pena que ilegalmente se convino, se interprete que la pena sobre la cual giró el acuerdo entre las partes fue la mínima prevista por el tipo penal que —según la correcta calificación jurídica del hecho— correspondía aplicar, pues con ello sobre todo se irrespetó de forma evidente la voluntad libremente expresada de la defensa. Esta Sala ha señalado lo siguiente: "... el procedimiento abreviado se sustenta en un acuerdo previo que debe producirse entre el fiscal, el querellante, la defensa y el imputado, donde ellos manifiesten su conformidad, el imputado acepte los hechos y exista un acuerdo sobre la posible pena que habrá de imponerse en el caso concreto, sin que el Tribunal pueda aplicar una pena mayor a la solicitada

... corresponde a los jueces verificar que concurren las condiciones previstas en la ley para aplicar ese tipo de procedimiento, conforme al párrafo final del artículo 374 citado y el 375 *ibídem*, pero los tribunales no pueden incursionar en las razones específicas de conveniencia y de oportunidad que tuvieron las partes y el Ministerio Público para llegar al acuerdo, salvo que estimen que se están afectando o lesionando seriamente los derechos de alguna de las partes, o no se está dentro de los supuestos previstos en la ley para acordar la medida, en cuyo caso podrían improbar la aplicación del procedimiento abreviado ... Conforme se dijo la pena a imponer no puede superar el monto solicitado por los acusadores (párrafo tercero del artículo 375 *ibídem*), monto que ha sido previamente discutido tanto por el fiscal, como por el querellante, el imputado y su defensor con el fin de llegar a un consenso. El acuerdo sobre el monto de la pena debe ser respetado por el tribunal, mientras se mantenga dentro de los límites fijados por el legislador, salvo que los jueces estimen totalmente desproporcionado y sumamente alto dicho monto en consideración a las circunstancias especiales del caso, conforme al artículo 71 del Código Penal, supuesto en el cual podrían aplicar incluso una pena más baja, siempre que el extremo menor no baje de un tercio, salvo en los casos de tentativa de delito ...", voto N° 546-F-98, de las 9.10 h del 26 de junio de 1998. Lo anterior significa que, contrario al respetable criterio de quien recurre, no es el Ministerio Público —ni las partes en general— quien define la norma sustantiva que corresponde aplicar a los hechos que sustentan el juicio de culpabilidad, pues al dictarse la sentencia, o en su caso al valorarse la procedencia del trámite abreviado, será el órgano jurisdiccional quien tenga que determinar dicho extremo, por cuanto queda claro que dentro de las facultades de negociación que se le reconocen al ente acusador no se encuentra comprendido el obviar la correcta calificación jurídica aplicable al suceso histórico sometido a investigación. IV.- La única manera de sanear los vicios de procedimiento que se han hecho notar, de acuerdo con el principio general sobre actividad procesal defectuosa que recogen los numerales 175, 179, 443 párrafo 2º y 450 del Código Procesal Penal de 1996, es decretando la invalidez del fallo impugnado, así como la resolución del tribunal de la etapa intermedia, únicamente en cuanto acogieron el proceso abreviado respecto de la imputada C.R.G.B. En su lugar se dispone rechazar dicho procedimiento por cuanto los alcances del acuerdo entre el Ministerio Público, dicha imputada y su defensa resulta contrario a derecho. Remítanse las diligencias al Tribunal de origen, con el fin de que se testimonien las piezas necesarias ante los órganos de la etapa preparatoria, para que el proceso continúe en forma ordinaria en lo que se refiere a la imputada G. Si las partes así lo tienen a bien, podrían negociar de nuevo la posible aplicación del proceso abreviado, respetando las limitaciones legales. Si se llegare a sancionar a dicha imputada, cualquiera que sea el procedimiento aplicado, rigen las limitaciones establecidas por el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*, conforme al artículo 451 del Código Procesal Penal. Por innecesario se omite pronunciamiento en cuanto a los demás aspectos del recurso."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 723 de las 9.00 h del 31 de julio.

37. PROCEDIMIENTO ABREVIADO - Imprecisión del acuerdo y falta de concreción de pena a imponer provoca nulidad.

"Como único agravio del recurso por vicios in procedendo interpuesto por el Lic. R.G.B. en defensa del imputado M.J.R., se acusa la inobservancia de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 144, 145, inciso 3) y 146 del Código de Procedimientos Penales de 1973, 175, 373, 374 y 375 del Código Procesal Penal de 1996, porque el Tribunal de mérito irrespetó el acuerdo al que se llegó con el Ministerio Público —para la aplicación del procedimiento abreviado— respecto a los hechos acusados y su calificación jurídica, pues habiéndose convenido una tentativa de Hurto agravado, el a quo sorprendentemente condenó a su patrocinado por Hurto agravado consumado, lo cual incidió perjudicialmente en sus pretensiones «...en el sentido de que se impusiera —dice el quejoso— la pena mínima que es de cinco años de prisión, rebajada en un tercio en virtud del abreviado a tres años y cuatro meses, y estando el hecho en grado de tentativa rebajarla aún más, para que en aplicación del concurso real retrospectivo, sumada a la pena de seis meses de un antecedente, sobre un hecho posterior al investigado, se mantuviera el beneficio de ejecución condicional otorgado en virtud del mismo, o bien una pena de tres años, concediéndose de nuevo el beneficio, considerando que para la fecha del hecho que nos ocupa era delincuente primario». Considera esta Sala que la disconformidad de la defensa es atendible, mas no por las razones que esa representación ha aducido, sino porque en el presente caso no existe un acuerdo claro respecto a las condiciones concretas en que el imputado admitió el hecho acusado y consintió la aplicación del procedimiento abreviado, puesto que el Ministerio Público manifestó su conformidad a la propuesta de la defensa, pero de manera relativa e imprecisa, particularmente respecto a la pena a imponer, lo cual puede corroborarse con la lectura del "acta de proceso abreviado" que corre entre los folios 57 a 59, de donde nos permitimos hacer las siguientes transcripciones: Propuesta de la defensa: "el Defensor [...] manifiesta al tribunal el deseo de su Representado de someterse al Proceso Especial denominado Abreviado [...] y solicita se le imponga la pena mínima y se le rebaje en un tercio la pena, asimismo [sic] se le otorge [sic] al Ministerio Público para que aclare el Requerimiento en razón de que el [sic] para esta representación el hecho quedó está [sic] en grado de tentativa, asimismo [sic] en este momento solicito que se aplique el Concurso Real Retrospectivo para que mi patrocinado continúe con el beneficio ya otorgado, en razón de que los hechos que se están ventilando son anteriores, a los hechos por el cual ya fue condenado". Conformidad del acusador: "Solicito que se agregue [sic] en el punto 3, después de "los bienes sustraídos ["]", se agregue [sic] siendo seguido de cerca por el ofendido, quien al ver en la esquina que estaban dos policías y les comunicó el hecho, y lo siguiente continúa igual. Por lo que corrijo la calificación legal por Robo agravado en Grado de tentativa, estoy de acuerdo que se aplique el Procedimiento Abreviado y se le imponga la pena mínima de Cinco años de prisión y sea rebajada en un tercio la pena y quede en Tres años y Cuatro

meses de prisión, queda a criterio del Tribunal que se le rebaje aún más por haber quedado el hecho en grado de tentativa, solicito que se analice muy bien lo concerniente al Concurso Real Retrospectivo". Según lo refiere el acta citada, respecto a este convenio el Tribunal se limitó a decir —en lo que interesa— que "Se admite la corrección hecha por el Ministerio Público", que el imputado "manifiesta estar anuente al proceso abreviado y acepta los cargos que se le han venido atribuyendo". Como se puede apreciar, en el acta citada no sólo se encuentran errores ortográficos y de puntuación evidentes, sino que su redacción es además imprecisa respecto a qué fue en realidad lo que se acordó, particularmente respecto a la pena a imponer, extremo que debió haber quedado absolutamente claro para el imputado, ya que —conforme al artículo 375 párrafo tercero del Código Procesal Penal—, si el Tribunal lo condenaba, la pena impuesta no podría superar la requerida por los acusadores. En el presente caso, el Ministerio Público no definió concretamente la pena a imponer (siendo su deber, conforme al artículo 374 párrafo segundo *ibidem*), pues a pesar de haber señalado en un primer momento el tanto de tres años y cuatro meses de prisión, luego deja a criterio del Tribunal disminuirla aún más al tenor de los artículos 24 y 73 del Código Penal, en vista de que el delito —y así lo estimó expresamente el acusador— no se consumó, sino que es punible a través de las reglas de la tentativa. Esta indeterminación ha producido que ahora la defensa reproche que a su patrocinado no le hubiera sido disminuida aún más la pena, pues considera que esa es una de las condiciones bajo las cuales el encartado consintió la aplicación de este procedimiento. Considera la Sala que si el defensor letrado del imputado "creyó" que eso era parte del acuerdo, con mucha más razón lo debe haber entendido así también su patrocinado, básicamente porque ello resultaba legalmente posible a partir de la modificación hecha en el cuadro fáctico acusado. A tal punto suscita diversas interpretaciones el acuerdo examinado, que al contestar la audiencia conferida durante el trámite de este recurso, el Fiscal de la "Unidad especializada en casación" estimó que el recurso debe ser declarado sin lugar, entre otras cosas, porque: "...es lo cierto que el convenio fue respetado pues en él nada se dijo sobre la pena sino tan solo el acuerdo giró sobre los hechos a admitir" (el subrayado es suplido, cfr. memorial a folio 90). Por las razones indicadas se declara con lugar el reclamo, se anula la sentencia y se ordena el reenvío al competente para su nueva sustanciación."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 993 de las 9.10 h del 16 de octubre.

38. PROCEDIMIENTO ABREVIADO - Negativa del M.P. en aceptarlo no resulta controlable por el órgano jurisdiccional, salvo casos excepcionales.

"Fundamentación ilegítima. En el único motivo de su recurso, con cita de los artículos 1, 2, 12, 16, 142, 175, 178, inciso c), 142, 184, 361, 369, inciso d), 443, 44, 445, 373, 374 y 375 del Código Procesal Penal de 1996, el defensor público

del coencartado A.L. reclama que el fallo de instancia incurre en fundamentación ilegítima al arrastrar defectos de carácter absoluto. La queja se centra en que los juzgadores rechazaron *ad portas* —de manera genérica, no individualizada— la solicitud de la defensa para que se aplicara el procedimiento abreviado, sin que se hiciera referencia a las circunstancias que concurren en el caso concreto, y sin motivar el porqué la representante del Ministerio Público rechazó la referida solicitud de la defensa. Asimismo, el abogado recurrente discrepa y cuestiona la justificación que adujo la fiscalía como sustento de su negativa. El motivo no es procedente. Según se logra colegir del fallo impugnado y de la respectiva acta del debate, en las fases preliminares del juicio el aquí recurrente manifestó su inconformidad con la posición asumida por el Ministerio Público durante la audiencia preliminar, pues dicha dependencia —por política institucional— no aceptó la aplicación del abreviado, por tratarse de un asunto relacionado con psicotrópicos. Debido a ello, la inconformidad se centra en que los juzgadores —al rechazar el planteamiento de la defensa— no le exigieron al órgano requirente que fundamentara, con referencias concretas al caso que se ventila, cuáles fueron las razones de su negativa. Según la redacción del numeral 373, inciso b), del Código Procesal de 1996, uno de los requisitos para la aplicación del proceso abreviado consiste en que el Ministerio Público manifieste su conformidad. Nótese que en cuanto a este punto el fundamento de la decisión que adopte el titular de la acción penal no resulta controlable por el órgano jurisdiccional. Lo anterior significa que, en un caso como el que ahora nos ocupa, la negativa que exteriorice la fiscalía —salvo que se apoye en criterios del todo arbitrarios, subjetivos, irracionales o contrarios a derecho— deberá ser respetada por los tribunales, lo que implica que no podría aplicarse el abreviado en contra de tal criterio. Lo anterior es una consecuencia necesaria de un sistema acusatorio como el que nos rige, en el que cada una de las partes desempeña un papel concreto dentro del contradictorio, sin que exista la posibilidad de que el juzgador usurpe o interfiera con la función de una de ellas (artículos 62, 64 y 277 párrafo 2º *ibídem*). Así las cosas, se declara sin lugar el recurso."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 843 de las 8.57 h del 4 de setiembre.

39. PROCEDIMIENTO ABREVIADO - No existe razón para entender que la calificación de la conducta dada en la acusación sea definitiva y obligatoria para los jueces.

"En un solo motivo, se acusa violación al principio de correlación entre acusación y sentencia, pues para aplicar el procedimiento abreviado, el Ministerio Público condicionó "que el imputado aceptara los cargos que se le habían acusado en el Requerimiento de Elevación a Juicio, los cuales eran dos delitos de Abusos Deshonestos Simples, siendo que a su vez puesta en conocimiento esta condición, el suscrito efectivamente acepte la responsabilidad en los hechos", sin que en el debate existiera recalificación alguna, habiéndosele condenado por dos abusos deshonestos Agravados. Como bien lo afirma el representante del Ministerio Público, en realidad, son dos

cuestiones las que deben resolverse en relación con el presente recurso: a) si al imputado se le intimó y acusó dos delitos de abusos deshonestos simples y b) si cuando se aplica el procedimiento abreviado, se aceptan tanto los hechos como la calificación legal otorgada por el ente acusador, por lo que no podría variarse ésta, sin seguir las formalidades legales. II.- En cuanto a la primera cuestión, debe reafirmarse que en todas las etapas del proceso (seguido de conformidad con el Código de Procedimientos Penales de 1973), si bien pueden existir algunos problemas de calificación, los hechos atribuidos, en líneas generales han sido los mismos, por lo que ningún menoscabo en su derecho de defensa ha sufrido el imputado. Así, en la etapa instructoria, tanto en los autos de detención provisional (folio 55), de procesamiento (folio 68), de confirmación del procesamiento (folio 95), y de Elevación a Juicio (folio 137), como en el requerimiento de Elevación a Juicio (folio 131) se alude a que el justiciable se desempeñaba como Profesor de Educación Física y Laboratorio en la Escuela San Basilio, señalándose también en ellos, con excepción del auto de detención provisional y el confirmatorio del procesamiento, que el imputado, aprovechándose que también conducía un bus escolar, cometió los delitos en perjuicio de las dos ofendidas. Esas circunstancias, entonces, no han sido desconocidas para el imputado y su defensa, por lo que su utilización para efectos agravantes, no puede considerarse sorpresiva ni violatoria al debido proceso y al derecho de defensa. Como se dijo, no ha existido una única calificación, pues se consideraron los hechos como constitutivos de Abusos Deshonestos Agravados únicamente en el auto de detención provisional y sin la agravación en todas las demás piezas. Pero como es sobradamente conocido, la calificación es provisional hasta que se emita la sentencia firme. Ya en la etapa de juicio, la situación es similar, (ver acta de debate de folio 187), pues se le dio lectura al Requerimiento de Elevación a Juicio, y posterior a ello, la defensa plantea la posibilidad de aplicar el Procedimiento Abreviado, concediéndosele la palabra a la representante del Ministerio Público, quien solicita una pena de cuatro años de prisión por cada uno de los delitos. Luego de tomarse el parecer de las madres de las niñas agraviadas, el tribunal acepta celebrar el proceso abreviado y al conceder nuevamente la palabra a la Fiscal, solicita en lo que interesa, imponer "el extremo mínimo de ley o sea cuatro años de prisión por cada delito y no la reducción de la pena". Por su parte la defensa gestionó, entre otras cosas, "una pena baja para mi defendido y de ser posible se le conceda el beneficio de Ejecución (sic) Condicional de la pena" y el imputado mostró arrepentimiento y solicitó el perdón del padre de una de las víctimas y la clemencia del tribunal. Como se aprecia, tampoco en esta etapa se causa indefensión al encartado, pues al leerse el requerimiento de Elevación a Juicio, queda enterado (como ya lo estaba anteriormente), de las circunstancias agravantes, lo que se reafirma con el dicho de la Fiscal de Juicio, al solicitar el extremo mínimo de cuatro años, que corresponde al delito de Abusos Deshonestos Agravados (Artículos 158 y 161 del Código Penal). Por lo expuesto, sin lugar la primera parte de la impugnación. III.- Respecto al segundo tema, la aceptación de hechos y calificación al aplicarse el procedimiento abreviado y si el tribunal puede recalificar la conducta, debe precisarse que, según los artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal, para

aplicar ese procedimiento, el imputado debe admitir el hecho que se le atribuye y consentir en su aplicación; el Ministerio o el querellante, en su caso, deben manifestar su conformidad; la acusación ya formulada o la que se establezca en ese momento, debe contener la descripción de la conducta atribuida, la calificación jurídica y la solicitud de la pena a imponer que puede ser inferior hasta en un tercio de la pena mínima prevista para el delito. Lo que interesa es que el imputado se allane a los hechos acusados y así permita aplicar ese procedimiento especial y exista acuerdo sobre la persona a imponer, pero no se aprecia ninguna razón para entender que la calificación dada en la acusación sea definitiva y obligatoria para los jueces, pues como ya se dijo, ese carácter de definitivo se adquiere con la firmeza de la sentencia. Debe insistirse que en el caso presente, la calificación dada por el tribunal no es sorpresiva ni imprevista para el imputado y su defensa, pues los hechos requeridos han sido similares tanto en la instrucción como en el debate, contemplando las circunstancias agravantes, como ya se expuso. Por ello no es de aplicación el artículo 346 *ibídem*, referente a la nueva calificación jurídica, y mucho menos el numeral siguiente (347), pues no se incluyó ningún nuevo hecho, ni ninguna nueva circunstancia no mencionada en la acusación. Por lo expuesto, sin lugar al reproche."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 726 de las 9.15 h del 31 de julio.

40. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN - Consideraciones sobre admisibilidad.

"Se pretende la revisión del fallo condenatorio dictado contra W.P.M., con base en dos causales: 1) cuando los hechos tenidos como fundamento de la condena resulten inconciliables con los establecidos por otra sentencia penal firme y 2) el quebranto al debido proceso, citándose como respaldo normativo los incisos 1) y 6) del artículo 490 del Código de Procedimientos Penales de 1973. Como ya entró en vigencia, en cuanto al procedimiento referido, el Código Procesal Penal (de 1996), debe entenderse que este es el cuerpo de leyes aplicable, principalmente en los incisos a) y g) del numeral 408, que en todo caso son similares. II.- Según el artículo 410 *ibídem*, el escrito en que se interpone la revisión, debe contener, bajo pena de inadmisibilidad, "la concreta referencia de los motivos en que se basa y las disposiciones legales aplicables". En cuanto al primer tema, en el caso en examen, ninguna sentencia se ha dictado y por supuesto tampoco se aporta o se hace referencia a ella, que establezca hechos que contradigan los tenidos por ciertos en el pronunciamiento impugnado. Respecto al segundo reclamo, tampoco se precisa cuál es la violación al debido proceso, limitándose el reclamo a una valoración personal de las pruebas que sirvieron de sustento a la decisión. No estándose en los casos en que pueda efectuarse prevención alguna, pues la demanda se presentó "sin observar las formalidades establecidas" (Artículo 411 *ejúsdem*), se declara su inadmisibilidad."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 573 de las 8.32 h del 19 de junio

41. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN - Existencia de dos sentencias inconciliables desde el punto de vista jurídico.

"Existencia de dos sentencias inconciliables. Con base en los artículos 1, 6, 142, 178, inciso a), 363, incisos b) y c), 367, 369, 408, incisos a), b), e) y g), 409 inciso a), 410 y 412 del Código Procesal Penal de 1996, en el único motivo que se admitió de la revisión planteada por el sentenciado, se reclama que el coimputado rebelde W.G.Z., por no haberse presentado al juicio señalado para el día cinco de octubre de 1994, donde el ahora impugnante fue sentenciado, fue juzgado en una fecha posterior. No obstante que se trataba de estos mismos hechos, el tribunal que juzgó a G. recalificó el cuadro fáctico acusado al delito de robo simple con fuerza en las cosas, imponiéndosele por dicha delincuencia el tanto de un año de prisión con suspensión de pena por tres años. Con esto, agrega el gestionante, resulta evidente que existen dos sentencias inconciliables entre sí, creándose una situación de desigualdad y discriminación, por cuanto —en su caso— los jueces calificaron el hecho como un robo agravado, condenándosele por ello a cinco años de prisión. En vista de lo anterior, el reo ofrece como nuevos elementos de prueba sobrevenidos después de la sentencia condenatoria dictada en su contra, las copias certificadas de los fallos que acusa de inconciliables, que en su criterio hacen evidente que el hecho encuadra en una norma más favorable. II.- El reclamo debe declararse con lugar. Según se colige de las dos sentencias de instancia que se han citado, la N° 156-B-94, dictada por el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, a las 16.20 horas del 10 de octubre de 1994 (folios 43 a 49 del expediente N° 98-000127-006-PE), y la N° 250-97, dictada por el Tribunal Superior Penal de Goicoechea a las 16.15 horas del 16 de setiembre de 1997, tanto el aquí gestionante como W.G.Z. fueron juzgados por participar de manera conjunta en un delito de robo en perjuicio de Y.R.G.A., ocurrido aproximadamente a las diecinueve horas cincuenta minutos del 13 de junio de 1993, en San Francisco de Calle Blancos, contiguo al puente negro. En el primero de estos fallos se tuvo por demostrado que a la hora y fecha arriba indicadas, ambos sujetos se presentaron a la referida casa donde, con un objeto no determinado, procedieron a hacer un boquete en la parte inferior de la puerta principal, ingresando ambos a la misma. Una vez conseguido lo anterior, se apoderaron de varios bienes y setenta dólares en efectivo. Cuando realizaban el hecho la ofendida los descubrió porque se hizo presente junto con sus hijos J.G. e I., y ambos sujetos optaron por salir del lugar, para lo cual despegaron una lámina del techo de la cocina. Cuando llegaron los policías los detuvieron al ir caminando por la parte posterior del inmueble. Lo sustraído fue valorado en la suma total de once mil colones (folio 44, línea 16 en adelante). Con base en este cuadro fáctico el encartado G.A.F. fue condenado al tanto de cinco años de prisión por el delito de robo agravado. No obstante que se trata exactamente del mismo acontecimiento histórico, en la segunda sentencia que se citó el hecho demostrado presenta algunas diferencias notables, a saber: a) Si bien los reos forzaron con un objeto no determinado el llavín de la puerta principal de la vivienda, no se pudo acreditar que hayan abierto un boquete en la misma; b) De igual forma, no se pudo tener

por demostrado que los referidos sujetos, a fin de huir del lugar, hayan despegado una lámina del techo de la cocina. En relación con este punto, la sentencia condenatoria dictada en contra de W.G. señala que los hechos que este cometió "... son constitutivos del delito de robo simple con fuerza sobre las cosas ... por cuanto existe una duda razonable en punto a si el acusado y su compinche fracturaron o perforaron la puerta que da acceso a la vivienda de los ofendidos. El testigo L.G. a folio diez refiere que en el momento que sorprenden a los imputados en el interior de la casa, llega un vecino a ayudarlos, por lo que hacen el hueco de la puerta un poco más grande para poder entrar él. La duda surge de hasta dónde pudo haber llegado el daño de los delincuentes y hasta dónde el daño del ofendido y los vecinos, y si efectivamente hubo fractura o perforación de la puerta en cuestión ..." (folio 74 frente, líneas 2 a 14). La existencia de estas graves diferencias en la fijación del hecho demostrado, las cuales incidieron directamente en la calificación jurídica que se adoptó (pues se condenó a W.G.Z. como coautor del delito de robo simple con fuerza en las cosas, imponiéndosele por tal ilicitud el tanto de un año de prisión y otorgándosele el beneficio de ejecución condicional de la pena), tiene una explicación muy sencilla: mientras en el primer debate que se celebró se contó con la presencia de los testigos, gracias a lo cual se pudo reconstruir el suceso de acuerdo con los principios acusatorios de oralidad e inmediación, en el segundo debate que se celebró contra el coencartado rebelde —debido a que habían transcurrido alrededor de cuatro años— aquellos no se presentaron, de tal modo que no quedó más remedio que resolver el fondo del asunto a partir de la prueba recibida durante la instrucción, misma que se incorporó mediante lectura. Resulta claro, entonces, que los hechos que se tuvieron por demostrados en el fallo aquí impugnado, y que sirvieron como fundamento a la condena del gestionante, fueron adecuadamente fijados por los juzgadores, logrando hacer una reconstrucción precisa del suceso, mientras que en el segundo debate —por la grave limitación probatoria que se presentó— tal reconstrucción tuvo que ser realizada de forma parcial e incluso —si se quiere— incompleta. La situación antes descrita, referida a los problemas que afrontó la administración de justicia al celebrar la segunda audiencia, acarrió el dictado de dos sentencias en las cuales los hechos probados que sirvieron de fundamento a ambas condenas resultan del todo inconciliables entre sí, pues las circunstancias que se echan de menos en el segundo pronunciamiento (la perforación de la puerta principal y del techo de la cocina) simplemente no se lograron acreditar, es decir, en este fallo no se estableció el mismo cuadro fáctico. En este sentido la doctrina ha insistido en que, a efectos de la causal de revisión que contempla en artículo 408, inciso a) del Código Procesal Penal de 1996 (que también recoge el 490, inciso 1) del Código de Procedimientos Penales de 1973) debe hacerse una clara distinción entre la inconciliabilidad lógica y la jurídica (aquella que surge del contenido de ambos fallos penales), pues esta última es la que debe existir para que la demanda resulte procedente: "... El criterio para determinar la inconciliabilidad, visto positivamente, es la posibilidad de que ambas declaraciones de culpabilidad contenidas en las sentencias, coexistan, y ello se determina no conforme a criterios lógicos, sino conforme a criterios jurídicos, de carácter valorativo. Por tanto, la afirmación o negación de la inconciliabilidad de los hechos de la sentencia condenatoria

con los hechos de otra sentencia penal debe hacerse conforme al contenido de ambas sentencias penales, y no conforme a las reglas propias del principio (lógico) de contradicción. Así, por ejemplo, si el autor presunto de un hurto es absuelto por falta de pruebas, mientras que el cómplice presunto es condenado en otra sentencia penal, no hay contradicción lógica entre los hechos de la sentencia condenatoria del cómplice y los hechos de la sentencia absolutoria del autor, porque esta última no afirma que el hecho imputado no existió, sino que no se pudo establecer. No hay, por tanto, contradicción entre dos constataciones de hecho (A y no A), sino una inconciliabilidad de tipo jurídico, explicable por la accesoriedad de la participación criminal ..."; Castillo González (Francisco), "EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIAL PENAL", Editado por el Colegio de Abogados, San José, 1ª edición, 1980, página 100. Según lo expuesto, en la especie sí existe una contradicción de tipo jurídico, pues incluso en el segundo juicio celebrado —debido a las diferencias fácticas que resultaron— se adoptó una calificación jurídica distinta, a tal punto que en el segundo pronunciamiento no se afirma que las perforaciones en la puerta principal de la vivienda así como en el techo de la cocina hayan existido, sino que —por insuficiencia probatoria— ninguno de estos extremos pudo ser acreditado. Esto significa que la descripción de hechos que contiene la sentencia aquí impugnada se ve esencialmente afectada con la que registra la segunda, siendo este vicio de tal gravedad que ambas decisiones no pueden coexistir. Por otra parte, y no obstante que se ha vertido una explicación en cuanto a las razones que mediaron para tal irregularidad, es lo cierto que las deficiencias en la administración de justicia no podrían redundar en un perjuicio para los administrados, por cuanto resultaría insostenible e injustificable el mantenimiento de dos decisiones abiertamente contrapuestas en su base fáctica invocando limitaciones y defectos del sistema penal en la investigación de delitos, ya que tal situación no le sería atribuible desde ningún punto de vista al ciudadano. Así las cosas, en vista de que en el presente asunto nos encontramos ante la hipótesis que contempla el numeral 408, inciso a) del Código Procesal Penal de 1996 como causal de revisión, el reclamo resulta procedente. Con base en ello, por economía procesal, con fundamento en criterios de justicia y en estricto apego al principio universal del *in dubio pro reo*, a fin de evitar la coexistencia de dos fallos jurisdiccionales firmes que describen hechos inconciliables entre sí, se recalifica la base fáctica de la sentencia impugnada (la N° 156-B-94, dictada por el Tribunal Superior Segundo Penal de San José, Sección Segunda, a las 16.20 horas del 10 de octubre de 1994, visible de folios 43 a 49), al delito de robo simple con fuerza en las cosas de menor cuantía, en virtud de lo cual se rebaja el monto de la pena impuesta a G.A.F.Z. al tanto de un año de prisión. Por existir un juzgamiento anterior (folio 28) que descarta la condición de delincuente primario del acusado, se deniega el beneficio de ejecución condicional de la pena. Se ordena al órgano de instancia que, conforme lo resuelto, verifique un nuevo cómputo de pena y remita las comunicaciones de rigor al Instituto Nacional de Criminología y al Registro Judicial de delincuentes, a fin de que se rectifique el respectivo asiento de inscripción."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1095 de las 10.00 h del 13 de noviembre.

42. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN - Improcedencia contra denegatoria de libertad condicional.

"El sentenciado H.C. interpone revisión contra el proveído dictado por el Tribunal del Primer Circuito Judicial de Alajuela, que mediante resolución 278-98, de las 15 horas del 24 de setiembre recién pasado, confirmó la denegatoria de libertad condicional emitida por el juez de ejecución de la pena. La gestión debe rechazarse. El trámite de revisión está previsto contra "sentencias firmes", según reza el artículo 408 del Código Procesal Penal de 1996, no contra autos (en este caso de ejecución), como es el proveído que causa la inconformidad, el cual ciertamente no es una sentencia. En consecuencia, debe declararse inadmisibile la revisión solicitada."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 1074 de las 8.30 h del 13 de noviembre.

43. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN - Improcedencia contra resoluciones de juzgados contravencionales.

"Mediante escrito de folios 1 a 5, el señor G.E.S. solicita la revisión de la sentencia dictada por la Alcaldía de Tránsito de Heredia, de las 10.30 horas del 20 de julio de 1996, en la que se le impuso una multa de dos mil colones, y se gravó el vehículo placas [...] y la licencia de conducir número [...], tipo B-1, y de igual forma, se le condenó al pago de los daños y perjuicios y las costas del juicio. El reclamo es manifiestamente improcedente, y por ello, debe rechazarse ad portas. Durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973, reiterada jurisprudencia de esta Sala señaló que contra las sentencias dictadas en materia contravencional, de acuerdo con el art. 426 del Código citado, no procedía interponer ningún recurso —inclusive, el de revisión— (confróntense los siguientes votos: V. 460-A a las nueve horas con veintidós minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y uno. V. 53-A-95 a las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y cinco). En su oportunidad, la constitucionalidad del citado numeral fue cuestionada ante la jurisdicción respectiva, la cual, en lo que interesa, señaló que: "...la Convención Americana establece la doble instancia como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, de recurrir del fallo ante un superior, y no indistintamente en todas las materias..." (Sala Constitucional, Voto número 1054-94 de las 15.34 h del 22 de febrero de 1994). En razón de ello, declaró sin lugar las acciones interpuestas. II.- En la actualidad, a la luz de la nueva ordenanza procesal, las sentencias dictadas por los juzgados contravencionales sí pueden ser apeladas por la víctima o por el imputado, ante el Tribunal del procedimiento intermedio (art. 407 del Código Procesal Penal). Debe aclararse que, por razones de política criminal, y atendiendo a la diversa gravedad de los asuntos que se conocen en el sistema punitivo, el legislador ha optado por darle un tratamiento diferenciado —pero no discriminatorio— a las diversas acciones de revisión; y para ello, le ha asignado la competencia a dos órganos: el Tribunal de Casación Penal y esta Sala. Para resolver la petición que se formula es indispensable analizar la normativa que distribuye la competencia para conocer de

los procedimientos de revisión entre ambos órganos, en los asuntos ya fenecidos, y en los que se dictaren a partir de la vigencia del nuevo código. De los primeros, conocerá el Tribunal de Casación, cuando el delito esté sancionado con prisión de hasta tres años o con pena no privativa de libertad, y esta Sala, los conocerá en los demás casos, es decir, en los que el extremo mayor de la pena es superior a esos tres años (Transitorio III de la Ley de Reorganización Judicial). Por su parte, la revisión contra las sentencias recaídas durante la vigencia de este código será tramitada por el Tribunal de Casación Penal, cuando el fallo fuera dictado por el Tribunal de Juicio unipersonal, sea en los juicios por delitos sancionados con penas no privativas de libertad o hasta con un máximo de cinco años de prisión; en los demás asuntos, será competente la Sala de Casación (arts. 56 inciso 1), 93 y 96 bis, inciso 4) de la Ley Orgánica del Poder Judicial; así reformados y adicionados por el art. 4 de la Ley de Reorganización Judicial Nº. 7728 de diciembre de 1997). El punto a dilucidar es si en esa "competencia residual" atribuida a esta Sala es dable o no incluir los fallos dictados por los juzgados contravencionales. Para ello debe interpretarse que a la luz de la normativa vigente las acciones de revisión procederán solamente respecto de las sentencias condenatorias por delitos, no por contravenciones. Ello es así porque no puede entenderse cómo, si a este Tribunal se le asigna el conocimiento de los recursos de casación y de los procedimientos de revisión respecto de los delitos de mayor gravedad, pueda, simultáneamente, encargársele la revisión de las infracciones de menor entidad. A efecto de salvaguardar el cabal cumplimiento del Debido Proceso, el recurso de apelación referido es el mecanismo procesal idóneo para reclamar los yerros de los fallos del juez contravencional. Este precepto es de aplicación en las causas tramitadas con el actual estatuto, y no en las dictadas conforme al Código anterior, porque, respecto a ellas rige aún el art. 426 citado. En cualquier caso, conviene aclarar que los diversos institutos que incorpora el Código Procesal Penal no pueden considerarse como una ley posterior más favorable (cfr. V-435-98 de esta Sala, de las ocho horas con treinta y cuatro minutos del quince de mayo de mil novecientos noventa y ocho)."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 724 de las 9.05 h del 31 de julio.

44. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN - Retracción de ofendidas que no logra desnaturalizar cuadro fáctico acreditado en el fallo.

"Existencia de nuevos elementos probatorios. De conformidad con los artículos 1, 148, y 408, inciso e) a 421 del Código Procesal Penal de 1996, el defensor particular del sentenciado interpone solicitud de revisión a favor de éste, al existir nuevos elementos probatorios sobrevenidos con posterioridad al dictado de la sentencia que determinan que el condenado no fue el autor del hecho investigado. La prueba nueva que aporta consiste en la siguiente: a) Declaración jurada rendida por la denunciante ante Notario Público, donde se retracta de su versión aportada en juicio. b) Casete de vídeo del programa televisivo "En

La Mira", donde la referida denunciante explica las razones por las cuales le atribuyó falsamente al imputado la comisión del delito. c) Copia de una sentencia de sobreseimiento dictada a favor del reo por el antiguo Juzgado Segundo de Instrucción de Cartago, dentro de la sumaria que a éste se le seguía por el delito de contagio venéreo, "... en donde se demuestra, con dictamen medicolegal, practicado en los laboratorios del OIJ, que mi defendido jamás apareció con sífilis, enfermedad venérea que sí padecieron ofendidas y su madre ..." (folio 206 vuelto, líneas 24 a 27). d) Se ofrecen, en calidad de prueba nueva, los testimonios de J.A.M.M., M.A.R.S. y F.S.A. II.- Por haberlo estimado indispensable, en vista de que la declaración jurada aportada por el gestionante no fue recibida en sede judicial, esta Sala comisionó al Juzgado Penal de Cartago a fin de que recibiera directamente la deposición de M.G., así como la de su hija M.A., y la de los testigos ofrecidos. El resultado de dicha evacuación es el siguiente: 1).- M.G.F. (folio 255): asegura que ella interpuso la denuncia en contra del encartado movida por los celos, pues éste mantenía relaciones con otra mujer, con la que tuvo un hijo. Todo lo planeó junto con su hija M.A. Ella explicó en el juicio que O. era inocente, lo que reitera en esta sede. No sabe si la menor padecía de una enfermedad venérea. Por estar con la conciencia intranquila, se presentó al programa "La Mira" (sic), donde explicó esta misma situación. M.A. le indicó que ella había tenido relaciones sexuales con un niño en la escuela, de lo cual ambas se valieron para plantear la denuncia, sin que aporte mayores datos que permitan identificar a esta persona. 2).- M.A.G.S. (folio 256): narra que cuando ella cursaba el tercer grado de la escuela conoció a un muchacho de sexto grado, que de manera imprecisa identifica como "F.", con quien en una única oportunidad mantuvo relaciones sexuales, sin que lo volviera a ver. Unos seis días después de esto, junto con su madre, culparon a su papá de que la había violado, porque él las había abandonado y tenía una querida, con la que había procreado un hijo. Todo lo dicho en la primera declaración era mentira. En la "medicatura forense" (sic) apareció con una enfermedad venérea, mientras su papá no padecía dicha enfermedad. 3).- F.S.A. (folio 251): Refiere que "en octubre" (no aclara de qué año) se encontró con M. en "Super Coop", donde ésta le contó que había enviado injustamente a O. a la cárcel, ya que el mismo era inocente, y que entre ella y "la chiquita" (quien había tenido relaciones sexuales con un muchacho en la escuela) planearon meterlo a él en ese problema, todo motivado por venganza y celos. Que la niña tenía una enfermedad venérea, mientras que O. no la padecía. 4).- M.A.R.S. (folio 252): Es la hermana del sentenciado. Su deposición es semejante a la anterior, en cuanto la denunciante también le refirió a ella la misma relación de hechos antes descrita. 5).- J.A.M.M. (folio 253): Al igual que los dos testigos anteriores, señala que la denunciante le contó la misma versión en torno al caso que nos ocupa. Explica además que M. le preguntó que cómo hacía para decir la verdad, pues a pesar de que ya lo había hecho no le creyeron. III.- La acción planteada no resultó atendible. Una vez analizados los elementos probatorios aportados por el abogado gestionante, así como la prueba directamente evacuada en sede jurisdiccional, esta Sala estima que la misma no hace evidente que el hecho no existió, o que el

condenado no lo cometió, en los términos del artículo 408 inciso e) del Código Procesal Penal de 1996. En este sentido debe tenerse claro, en primer término, que las retractaciones que en esta sede de revisión ha hecho la denunciante, en realidad no constituyen "nuevos hechos o nuevos elementos de prueba", por cuanto durante la audiencia del debate —aunque en términos un poco menos radicales— ya había insistido en que la menor ofendida le había confesado que todo "... había sido un sueño ..." (folio 162 frente, líneas 6 y 7), lo que incluso motivó que el tribunal de juicio incorporara por lectura la declaración que había rendido durante la instrucción. La existencia de esta retractación ante el tribunal de instancia es reafirmada por M. en la declaración que, con motivo de la presente revisión, prestó ante el Juzgado Penal de Cartago, donde señaló que "... yo en juicio indiqué que él era inocente ..." (folio 255 vuelto, líneas 2 y 3). Incluso el testigo nuevo J.A.M.M. confirma tal extremo, al explicar que M. le preguntó "... qué debo hacer para poder decir la verdad ... ya lo hice pero no me creyeron ..." (folio 253 vuelto, líneas 3 y 4). Lo anterior permite establecer, entonces, que la versión que ahora pretende introducir la señora G.F. no era desconocida al momento de dictarse el fallo de instancia, pues incluso las testigos A.I. y M. del M., ambas de apellidos G.S. e hijas de aquella y del encartado, también se retractaron en debate (sobre todo la segunda, quien aportó la misma historia que ahora sostiene su madre), lo que motivó que sus declaraciones de la instrucción fuesen incorporadas por lectura. Esta versión de los hechos a la que se ha hecho referencia, que como se dijo no es nueva, fue totalmente desechada por el órgano de instancia, quien más bien dio credibilidad y basó su decisión en la prueba testimonial evacuada durante la instrucción e incorporada mediante lectura al contradictorio: "... aun cuando en las testigos que declararon en la audiencia M., A.I. y M. del M.G.S. se notó una clara inclinación a favorecer al imputado mediante la negación de las declaraciones que habían rendido con anterioridad en la instrucción y a no recordar detalles de sus declaraciones que incriminaba (sic) al imputado, un análisis de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, permite llegar a un juicio de certeza en cuanto a que el imputado debe ser tenido como autor del delito ..." (folio 165 vuelto, líneas 14 a 21). Lo dicho hasta el momento hace que esta Sala estime, al igual que lo hicieron los jueces de mérito, que la versión que nuevamente pretende introducirse ahora en sede de revisión, no resulte creíble. Es muy común, tratándose de agresiones sexuales perpetradas en el seno familiar, una vez que la víctima advierte la difícil situación en la que se encuentra el agresor, sobre quien ha recaído una sanción penal, por múltiples razones trata de cambiar la versión real de los hechos a fin de que el mismo recupere su libertad. Entre estos factores que condicionan un comportamiento de tal naturaleza, suelen figurar —entre otros— los problemas económicos acarreados por el encarcelamiento del agente activo, quien muchas veces es el único que vela por la manutención del grupo; los sentimientos de culpabilidad en la persona agredida, la que se autoresponsabiliza de la situación del victimario; las presiones familiares; y la necesidad de recuperar la armonía y la estabilidad, destruidas por la conducta delictiva. Por lo anterior, conforme a las reglas del correcto entendimiento humano, cuando la base de un recurso de revisión la constituye

el simple cambio de la versión de los deponentes, esos cambios deben ser examinados con gran prudencia con el fin de verificar su exactitud y poder deducir la verdad para que resplandezca la justicia en el caso concreto. Estos elementos nuevos deben tener la virtud de destruir el juicio de certeza adquirido luego de realizado el juicio oral, con todas sus implicaciones, para que la revisión pueda prosperar. En el caso de autos, las versiones que en esta sede han brindado tanto la denunciante (incluyendo aquí la declaración jurada que suscribió ante un Notario Público, así como la entrevista concedida ante el programa televisivo "En La Mira") como la ofendida, no aportan datos reales y concretos a partir de los cuales pudiera —de algún modo— corroborarse su exactitud. Nótese que en cuanto a este punto ambas señalan que M.A. había sostenido relaciones sexuales con "un muchacho", a quien de manera imprecisa esta última simplemente identifica como "F.", sin que ninguna de las dos indique cuál es su nombre completo ni su dirección, y sin que aporten algún elemento probatorio adicional y confiable que avale la efectiva concurrencia de tal hecho. Contra esta prueba imprecisa y endeble, y según se colige del pronunciamiento de instancia, se cuenta con los siguientes elementos que sustentan el juicio de culpabilidad, los que fueron suficientes y coherentemente apreciados por el órgano de mérito: (i) La manifestación que durante la instrucción ofreció M. del M.G.S., en el sentido de que "... Ese sábado estábamos mi papá, mi hermana y yo acostados y cobijados, mi papá se nos encaramaba encima a las dos, pero él como es gordo y pesado y pesaba mucho le decíamos que se quitara ... Ese día yo dije que tenía sueño y jalé la cobija para cobijarme totalmente y puse (sic) ver cuando mi papá que se había puesto una pantaloneta de color rojo con blanco, ancha, se la había quitado y mi hermana A. no tenía puestos una enagua de mesclilla (sic) y los calzones. Mi papá estaba encima de ella y tenía la cosa "parada" (se hace constar que la declarante al decir "la cosa parada" se refiere al pene de su papá). También yo notaba y sentía que la cama se movía. Cuando nos íbamos a venir para la ña (sic) casa donde mamá, yo le vi a A. la enagua de mesclilla (sic) como con sangre ... luego me di cuenta que mi papá había abusado de mi hermana ..." (folio 165 frente, línea 17 en adelante). En cuanto a esta importante prueba testimonial, en el fallo se indica lo siguiente: "... La prueba pericial relacionada con la testimonial permite afirmar con certeza que el imputado fue quien mantuvo relaciones sexuales con M.A., lo que viene a ser confirmado con la declaración rendida por M. del M.G. en la audiencia ... estas afirmaciones (las que ofreció en la instrucción) las niega con argumentos poco verosímiles en la audiencia ... esa explicación ... no es válida y lo que debe ser tomado en cuenta es la declaración rendida en la instrucción ..." (folio 167 frente, línea 7 en adelante). (ii).- El dato objetivo de que al día siguiente de sucedido lo antes descrito, y sin que esta fuera su costumbre, el imputado le regaló a la ofendida una muñeca (folio 166 vuelto, línea 18 en adelante), lo que fue interpretado por los juzgadores como una conducta típica y usual en un abusador sexual, esto es, el dar regalos a su víctima. (iii).- El dato objetivo de que, según la pericia médica, la menor efectivamente presentó una lesión en el himen, esto es, una ruptura a las tres horas (folio 166 frente, línea 2 en adelante), lo que evidencia que efectivamente mantuvo una relación sexual. Tal circunstancia expresamente fue

establecida en la sentencia impugnada (folio 166 frente, líneas 19 y 20). A partir de las anteriores premisas, tal y como lo hizo el órgano de juicio, se hizo derivar con absoluta certeza y claridad la culpabilidad del agente. IV.- Asimismo, por tratarse de versiones indirectas en virtud de las cuales se reproduce lo que extrajudicialmente pudo haber indicado la señora M.G., sin que aporten ningún elemento importante que venga a desnaturalizar la relación fáctica que se tuvo por acreditada en el fallo impugnado (pues acerca de la acción delictiva investigada no tienen mayor conocimiento), las declaraciones que han rendido en esta sede F.S., M.A.R. y J.A.M., no tienen la fuerza necesaria para hacer creíble la relación de hechos que sostiene la defensa. Pero no sólo estas razones han influido para desestimar las pretensiones del impugnante. Merece especial análisis la circunstancia que éste valora como un elemento del cual —en su criterio— se deriva con absoluta seguridad la conclusión de que el encartado no fue el autor del hecho, esto es, que según la sentencia de sobreseimiento que aporta, como también se deduce de la discusión sostenida en el programa televisivo ya citado, a la menor ofendida se le dictaminó una enfermedad venérea (o de transmisión sexual) que aquél nunca ha padecido, de lo cual debe colegirse que el mismo nunca pudo haber mantenido relaciones íntimas con ésta. Tal argumentación parte de una premisa falsa, por lo cual arriba a conclusiones erróneas. Según se razonó de forma amplia y coherente en la decisión condenatoria, "... esta evidencia clínica de que la menor presentaba una enfermedad de transmisión sexual no pudo ser confirmada o desechada por el laboratorio, como puede verse a folio 21, porque las muestras no fueron tomadas en forma adecuada para su análisis ..." (folio 166 frente, líneas 6 a 9), de donde debe entenderse que el hecho de que el reo nunca se haya visto afectado por tal patología, no resulta relevante ni idóneo para deslegitimar el juicio de culpabilidad establecido en su contra. Según todas las razones antes expuestas y desarrolladas, en vista de que los elementos de prueba aportados por la defensa no tienen la virtud de evidenciar —en los términos del numeral 408 inciso e) citado— que el hecho no existió o que el condenado no lo cometió, se declara sin lugar en todos sus extremos la revisión planteada."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 906 de las 14.25 h del 29 de setiembre.

45. RECURSO DE CASACIÓN - Falta de legitimidad de actor civil para recurrir por monto de la pena.

"Recurso de casación interpuesto por el Licenciado C.G.S. como apoderado del actor civil, contra la sentencia número 311-98 dictada a las 11.00 horas del 22 de abril de 1998 por el Tribunal del Primer Circuito Judicial de Alajuela, que declaró con lugar la acción civil resarcitoria. Alega el impugnante en su único extremo, violación de los artículos 111 y 112 del Código punitivo, al fijar el Tribunal la pena imponible, así como incorrecta tipificación del delito, por estimar que debió recalificarse. Ahora bien, al analizar el reclamo presentado, esta Sala lo estima improcedente. En efecto, en la presente causa, el Tribunal no sólo acogió en pro de los intereses del recurrente la acción interpuesta por él, sino que fijó el rubro correspondiente acorde

con su pretensión. Así las cosas, en virtud del principio de taxatividad de los medios de impugnación, según el cual las resoluciones judiciales son recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos y además, que el derecho de recurrir corresponde tan sólo a quien le sea acordado expresamente, no es factible que el actor civil impugne la resolución en cuanto a lo que no es de su interés y sin que acorde al contenido de la sentencia, le resulte agravio alguno. Por eso, en el presente caso el actor civil carece de legitimidad para impugnar la sentencia, en virtud de los principios de taxatividad subjetiva y objetiva, pues la resolución que discute ni le agravia en manera alguna, ni guarda relación con la actividad emprendida por él —pues se manifestó conforme con lo dispuesto por el a quo—, sino que más bien se refiere a la sanción impuesta que se estableció en orden con el acuerdo que tomaron el representante del Ministerio Público, el defensor, el justiciable y el propio apoderado de la acción civil, interesados en que se concluyera el proceso mediante el Procedimiento Abreviado vigente (ver folios 171 frente y vuelto y 179 vuelto). Así las cosas, careciendo su reclamo de interés jurídico al no habersele ocasionado perjuicio alguno —no obstante las consideraciones subjetivas en las que sustenta su reclamo—, procede declarar erróneamente admitida la impugnación."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 675 de las 9.35 h del 17 de julio.

46. REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO - Consideraciones sobre el término "grave violencia sobre las personas".

"En un solo agravio, la representante del Ministerio Público acusa la inobservancia de los artículos 30, inciso j) del Código Procesal Penal, en relación con el 213 del Código Penal, pues el tribunal no valoró el requisito de "que la violencia ejercida no sea grave", dado que el ofendido fue "atacado por cuatro sujetos". En principio, pareciera que la sola circunstancia de que el hecho sea cometido por tres o más personas utilizando fuerza en las cosas o violencia sobre las personas, constituiría la violencia grave a que se refiere el mencionado artículo 30, inciso j). Pero la diversidad de situaciones que pueden presentarse, en cuanto a la actuación de los sujetos —piénsese en asuntos de dominio del hecho por división de funciones—, impiden sentar reglas generales, por lo que debe concluirse que la determinación del concepto "sin grave violencia sobre las personas", debe realizarse caso por caso. Ya esta Sala ha establecido (resoluciones 783-98 de 9.25 horas de 21 de agosto y 816-98 de 9.05 horas de 28 de agosto, ambas de 1998), que la sustracción con uso de armas (en un caso una cuchilla y en el otro un arma de fuego), sí constituye grave violencia sobre las personas, por lo que no opera la reparación integral. II.- Para establecer si en el asunto en estudio, se da la grave violencia en las personas, debe recurrirse a los hechos acusados por el Ministerio Público y a los que como demostrados tuvo el tribunal de mérito, siendo coincidentes ambos, en forma total. En resumen se estableció que los dos imputados en compañía de dos menores de edad, "actuando de común acuerdo, le interceptaron el paso al ofendido B.A.P.R., cuando éste conducía su bicicleta... Que acto seguido todos se le tiraron

encima y le sustrajeron su bicicleta..., un bolso que contenía una camisa, una pasta de dientes y una taza de aluminio. Que el ofendido al verse de esa manera atacado salió huyendo y en su huida pidió ayuda a una patrulla que se encontraba en su camino, cuyos oficiales... lograron recuperar los bienes sustraídos". Si bien falta precisión en cuanto a la conducta de los imputados y sus acompañantes menores, cuando se señala que interceptaron el paso y todos se le tiraron encima al ofendido, es lo cierto que se apunta que la víctima huyó "al verse de esa manera atacado", lo que nos indica que, aunque no se pueda establecer una grave violencia física sobre la humanidad del agraviado, por lo menos se produjo una grave intimidación sobre él, suficiente como para que saliera huyendo, dejando librados sus bienes a la voluntad de sus atacantes. Como es conocido, el término "grave violencia sobre las personas" que se utiliza en el mencionado artículo 30, comprende la violencia física como la violencia moral o intimidación. En virtud de lo expuesto, se anula la sentencia recurrida, debiendo proseguirse con los procedimientos. III.- No sobra agregar, que del fallo recurrido se desprende, que los juzgadores avalaron la reparación integral, únicamente porque el ofendido recibió una suma de dinero "a entera satisfacción", sin que se expresaran otras motivaciones. Pero a juicio de esta Sala y con base en las disposiciones legales respectivas, para aplicar esta medida sustitutiva debe tomarse en cuenta la satisfacción de la víctima con la suma recibida, pero también que se trate de delitos de contenido patrimonial y que no exista grave violencia sobre las personas, aspectos estos últimos que no se mencionan en el pronunciamiento, lo que permitiría decretar su nulidad, pues no se cumple con la obligación de fundamentar las resoluciones, expresamente dispuesta en los artículos 142 y 369, inciso d) de la misma normativa procesal."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 990 de las 8.55 h del 16 de octubre.

47. REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO - Imprudencia por uso de arma de fuego como amenaza para el despojo.

"En su único motivo, alega que el a quo aplicó erróneamente el artículo 30, inciso j) del Código Procesal Penal de 1996. Estima el recurrente que el Tribunal aceptó la petitoria de la defensa, instando se dictara una sentencia de sobreseimiento por haberse reparado integralmente el daño causado; sin embargo, reclama que dicha petición fue objetada por el Ministerio Público, en vista de que uno de los requisitos contenidos en la norma cuya aplicación se gestionó, es "... que no se esté en presencia de un delito de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas" y que en la especie el encartado mediante el uso de arma de fuego, amenazó al perjudicado y así logró desapoderarlo de sus bienes, por lo que se dan los dos supuestos excluyentes de la norma citada, a saber, se trata de un delito de contenido patrimonial y concomitantemente, se manifiesta con grave violencia sobre las personas. El reparo resulta atendible. El artículo 30 del Código Procesal Penal de 1996 dispone en su inciso j) como una de las hipótesis de extinción de la acción penal: "...la

reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público la admitan, según el caso..." Ahora bien, según consigna el Diccionario de la Real Academia Española, el término "patrimonio" en una de sus acepciones, constituye: "Bienes propios adquiridos por cualquier título", mientras que en sentido amplio, la voz "patrimonio" se define: "... como un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero" (Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia, Editorial TIRANT LO BLANCH, 9a. edición, 1993, pág. 214); sin embargo: "A los fines del Derecho Penal, forman parte del patrimonio no sólo los derechos reales, sino también las obligaciones. También es elemento integrante del patrimonio, al menos en sentido jurídico penal, la posesión, que es una relación fáctica que liga al sujeto con una cosa" (Muñoz Conde, Francisco. *Op. cit.*, pág. 213). "Por delito de contenido patrimonial se entiende aquél cuyo dolo directo de primer grado está dirigido a afectar patrimonio particular o estatal, comprendiendo no solamente los delitos de la delincuencia tradicional en contra de la propiedad (por ejemplo el hurto), sino también delitos como el de peculado y de defraudación fiscal. Importante es que quedan comprendidos los delitos de robo con fuerza sobre las cosas, incluso supuestos de robo agravado... Nótese que por "grave" se entiende "grande, de mucha entidad o importancia" (Real Academia Española. *Diccionario...*, I.I, p.1.057). El asunto debe ser resuelto caso por caso. Sin embargo pueden darse ciertos parámetros generales. Es claro que quedarían comprendidos los supuestos de arrebato, puesto que la misma legislación penal los considera como de violencia sobre las personas de poca gravedad, siempre que la incapacidad producida no sea superior a diez días (Art. 212, inciso 3) C.P. de 1970). El dilema es si el concepto de "sin grave violencia sobre las personas" llega más lejos que los supuestos de arrebato. Por otro lado los criterios del Código Penal llevan a incluir, en principio, a la utilización de armas en el robo como supuesto de "grave violencia sobre las personas", puesto que se prevé como un robo con violencia en las personas agravado (Art. 213, inciso 3) del C.P. de 1970). Con ello se logra hacer una distinción entre dos extremos: uno comprendido dentro de la causal del sobreseimiento explicada y el otro alejada de ella. Criterio importante, aunque insuficiente, es el propuesto por Henry Issa, cuando dice que deben estimarse como de violencia grave, cuando en la ejecución del delito patrimonial se produjeren lesiones graves (o gravísimas) al ofendido (Arts. 123-124 C.P. de 1970) (Issa. *La reparación...*, p.207). Es claro que en tales supuestos se excluye la posibilidad del sobreseimiento por reparación integral del daño. Sin embargo, el criterio resulta insuficiente, puesto que parte de los parámetros del delito de lesiones consumadas, pero la violencia física en los delitos de contenido patrimonial no necesariamente se expresa a través de la realización material de lesiones. Téngase en cuenta por ejemplo los supuestos del robo

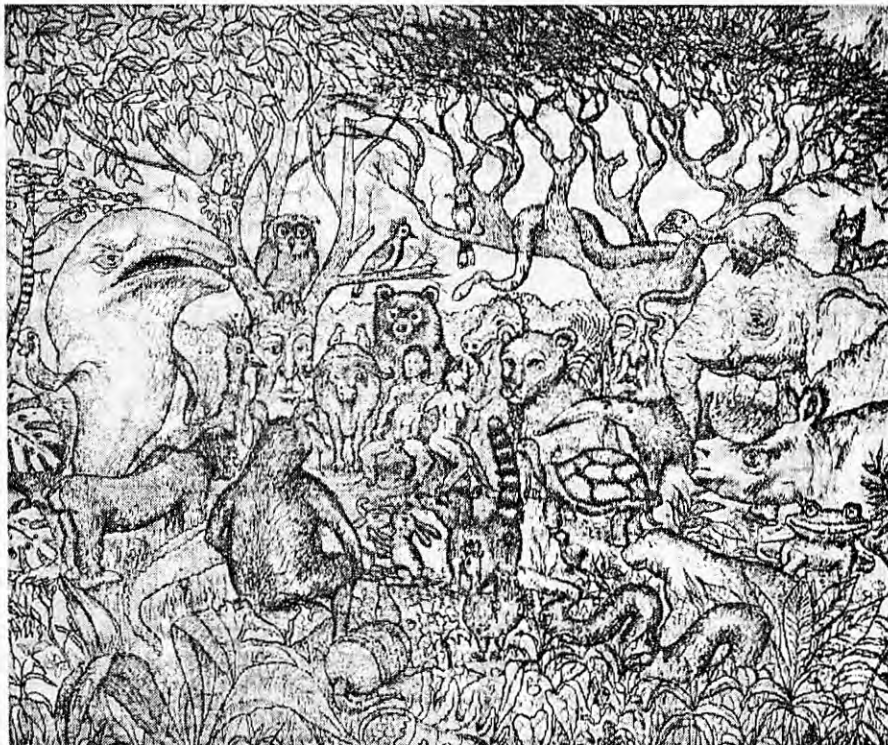
con intimidación, en el que la violencia moral no lleva a la producción de lesiones. En esos supuestos, la gravedad debe apreciarse en relación con la gravedad del mal amenazado" (Llobet Rodríguez, Javier. *Proceso Penal Comentado*. San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, pág. 196 y 197). Así las cosas, la norma citada excluye automáticamente su aplicación en cuanto se refiere a los delitos patrimoniales cometidos mediando grave violencia sobre las personas, tratándose del ilícito de robo agravado. En efecto, la sustracción —en principio— se agrava mediante una especial concurrencia de circunstancias, entre las cuales se aprecia el uso de cualquier tipo de arma (sea cortante, punzante, contundente o de fuego), en cuyo caso el motivo de agravación ha de entenderse en virtud del incremento del poder ofensivo del agente y el impacto emocional que causa sobre el afectado; sin embargo, ello no implica que en todos los casos, el ejercicio de violencia pueda catalogarse como grave, según señala el recurrente, al indicar él que tratándose del delito de robo agravado, debe excluirse dicha hipótesis de descarte de la acción penal, pues siempre se estaría en presencia de un delito ejecutado con grave violencia. Los suscritos Magistrados —si bien concuerdan en que el robo es un tipo penal cuya figura simple se agrava en razón de la concurrencia de otros factores— (entre ellos, el uso de armas o la participación en el suceso de tres o más personas con armas o sin ellas), no comparten la exclusión automática propuesta, sino que el factor de "grave violencia sobre las personas", debe ponderarse y analizarse en cada caso específico, para lo cual se ha de tomar en cuenta el ejercicio real de la violencia y la magnitud en que ella se dio, de manera que debe entenderse esa "grave violencia", como una acción importante que afecta física, moral o psicológicamente al ofendido, lo cual debe apreciar el criterio razonado y razonable de quien resuelva, empleando las reglas del correcto entendimiento humano. Así las cosas, la extinción de la acción penal no opera en aquellos casos en que prevaleciendo del ejercicio de violencia, se ocasionen lesiones de cualquier índole —aunque físicamente resulten invisibles—, pero que de todas maneras puedan demostrarse. Ahora en el presente asunto, independientemente de que el Tribunal contara con la aceptación de la víctima para que se aprobara una solución rápida al asunto —la que no consta en el acta de folio 90 ni en el sobreseimiento ordenado—, no se verifican los presupuestos incluidos en el numeral 30, inciso j) del Código Procesal Penal de 1996, pues en la especie el ejercicio de la violencia se cataloga como grave, por haberse hecho uso de un arma de fuego tipo revólver, medio idóneo a través del cual logró el justiciable intimidar a la víctima y despojarla de sus pertenencias. Conforme lo expuesto, al vulnerarse el debido proceso, se declara con lugar el reclamo. Se anula la sentencia de Sobreseimiento N° 18-98 dictada por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José. Remítase el asunto a la oficina de origen, para que se sirva continuar los procedimientos con arreglo a derecho."

48. TESTIGOS - Declaración sobre hechos propios en causa relacionada con otra anterior en que fueron imputados.

"En su reproche contra la absolutoria de V.Z. por el delito de Falso Testimonio, alega el representante del Ministerio Público que los argumentos del tribunal de mérito para ello son erróneos, pues confunde —al asimilarlos— el concepto de "imputado" con el de "condenado", ya que aunque aquél había sido sentenciado por un delito referido al ocultamiento de capitales provenientes del narcotráfico, nada impedía que luego declarara como testigo en otra causa relacionada con ella, "precisamente porque cualquier cosa que dijera atinente a los hechos ya no iba a hacer más gravosa su situación jurídica" (f. 766 fte.). Señala al respecto algunos criterios doctrinarios y de tribunales que aceptan la posibilidad de que un sujeto condenado asuma la condición de testigo en hechos de la misma causa (fs. 777 y ss.). No le asiste razón. Aunque el anterior Código de Procedimientos Penales permitía la incorporación al debate de declaraciones prestadas por coimputados absueltos, condenados o prófugos (art. 385), norma que mantiene el actual código de la materia para coimputados rebeldes o absueltos, pero no de condenados

(art. 334), sin que sea obstáculo que pudiesen —y puedan aún ahora— ser llamados a declarar de "viva voz", lo cierto es que tratándose de hechos propios en que intervinieron o participaron de algún modo (pese a haber sido juzgados) no se les puede considerar para todos los efectos como "testigos" en sentido técnico-jurídico, pues tal estimación podría vulnerar el artículo 36 de la Constitución Política y otras normas procesales (v. gr. art. 82, inc. e), entre ellas que garantizan que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, resguardando su derecho de no hacerlo si así se desea. Desde ese punto de vista, independientemente que se les juramente o no (lo que no es requisito del tipo penal para incurrir en el ilícito que aquí se investiga), si quienes se manifestaron con anterioridad lo hicieron respondiendo a cargos por delitos, no pueden luego resultar simples testigos a favor o en contra de otras personas involucradas en los mismos hechos por los cuales ya habían sido sentenciados, lo que no significa de ninguna forma que si declaran sus manifestaciones no puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica. De acuerdo con lo expuesto se desestima el reparo."

1998. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 840 de las 8.46 h del 4 de setiembre.



"Reunión" - Aguafuerte

José Alejandro Herrera

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

*Martín Rodríguez
Lucila Monge*

ÍNDICE

1. **ACTUACIONES.** El legajo paralelo también puede ser examinado por las partes.
2. **AUDIENCIA PRELIMINAR.** Resoluciones recurribles.
3. **AUTO DE APERTURA A JUICIO.** No es recurrible. Requisitos.
4. **CONCILIACIÓN.** Naturaleza jurídica y razones que la justifican.
5. **CONCILIACIÓN.** No procede cuando las víctimas del delito son menores.
6. **EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA.** Competencia para otorgar el beneficio.
7. **EJECUCIÓN DE LA PENA.** Órganos competentes para conocer.
8. **EXTRADICIÓN.** Requisitos de la promesa del estado requirente.
9. **EXTRADICIÓN.** Competencia de la Sala Constitucional.
10. **IMPUTACIÓN.** No constituye violación constitucional.
11. **JUEZ DE EJECUCIÓN DE LA PENA.** Funciones en el nuevo proceso.
12. **JUEZ DE EJECUCIÓN DE LA PENA.** Competencia después de la unificación de penas.
13. **JUSTICIA PENAL JUVENIL.** Procedencia, condiciones y efectos de la suspensión del proceso a prueba.
14. **JUSTICIA PENAL JUVENIL.** No constituye pena la medida de orientación o supervisión en la suspensión del proceso a prueba.
15. **JUSTICIA PENAL JUVENIL.** La suspensión del proceso a prueba no procede de oficio. Necesario consentimiento del menor.
16. **JUSTICIA PENAL JUVENIL.** Sistema de sanciones no resulta inconstitucional.
17. **MINISTERIO PÚBLICO.** Facultades de investigación.
18. **PECULADO.** Comunicabilidad de las calidades personales constitutivas de la infracción.
19. **PECULADO.** Los artículos 49 y 352 del Código Penal no violan el principio de igualdad.
20. **PENA.** Unificación y adecuación. Plazo máximo de cincuenta años.
21. **PRINCIPIO DE LESIVIDAD.** Función limitadora del bien jurídico.
22. **PRISIÓN PREVENTIVA.** Plazo máximo de quince meses. Normativa anterior.
23. **PRISIÓN PREVENTIVA.** Plazo máximo de la nueva normativa. Órgano facultado para prorrogarla.
24. **PRISIÓN PREVENTIVA.** Fines procesales y presunción de inocencia.
25. **PRISIÓN PREVENTIVA.** El Ministerio Público debe concretar las razones procesales para privar la libertad.
26. **PRIVACIÓN DE LIBERTAD.** La Sala Constitucional no es una instancia procesal más.
27. **PRIVADOS DE LIBERTAD.** Órgano competente para su ubicación.
28. **REBELDÍA.** Procedencia por desobediencia a citación.
29. **RECUSACIÓN.** Las causales no son taxativas. Parcialidad del juez.
30. **SECRETO DE ACTUACIONES.** Oportunidad para decretarse.
31. **SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA.** No viola el Derecho de Abstención.
32. **SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA.** El plazo para su procedencia no viola el derecho de defensa.

33. **SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA.** No viola el principio de igualdad el Transitorio IV de la Ley N° 7728.
34. **SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA.** Principio de proporcionalidad y ejecución condicional de la pena.
35. **TENTATIVA INIDÓNEA.** Diferencia con la tentativa idónea.
36. **TENTATIVA INIDÓNEA O DELITO IMPOSIBLE.** Inconstitucionalidad de medidas de seguridad.
37. **TENTATIVA INIDÓNEA O DELITO IMPOSIBLE.** Principio de legalidad y de ofensividad.

DESARROLLO

1. ACTUACIONES. El legajo paralelo también puede ser examinado por las partes.

"No está de más agregar, que el derecho que tienen las partes de examinar las actuaciones, abarca no sólo al legajo principal o de investigación (elaborado por el Ministerio Público con el fin de preparar su acusación, tal y como señala el artículo 275 del Código Procesal Penal), sino también al legajo paralelo que contiene todas las diligencias practicadas por el Fiscal a cargo del caso y que no son susceptibles de ser incorporadas como prueba válida al juicio."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 2200-98 de las 10.54 horas del 27 de marzo de 1998.

2. AUDIENCIA PRELIMINAR. Resoluciones recurribles.

"En primer término, no es cierto que lo decidido por el juez de la etapa intermedia a raíz de la celebración de la audiencia preliminar, no tenga recurso. Como se colige del texto de la norma cuestionada (319 CPP), el juez de la etapa intermedia debe pronunciarse sobre variadas solicitudes que se le pueden plantear, pues la ley ofrece diversas alternativas. Entre ellas, puede decidir sobre una solicitud de desistimiento, en cuyo caso, la resolución que admite la desestimación es apelable por la víctima, el querellante, el actor civil y el Ministerio Público (artículo 282), lo mismo que la resolución que decida el sobreseimiento definitivo (315); puede optar por la aplicación del procedimiento abreviado (artículos 373 y 375) en cuyo caso la sentencia que se dicte tiene recurso de casación (artículo 444), puede acordar la imposición de una medida cautelar, la cual puede ser apelada según lo dispone la ley (artículo 256), entre otros. De manera que no lleva razón el accionante al indicar que la resolución que se dicte con motivo de la celebración de la audiencia, prevista en el artículo 319 del Código Procesal Penal, no tiene recurso alguno."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 4727-98 de las 9.27 horas del 3 de julio de 1998.

3. AUTO DE APERTURA A JUICIO. No es recurrible. Requisitos.

"...si lo que se decide en la audiencia preliminar es que la acusación o querrela es procedente, tal resolución no tiene ulterior recurso; no obstante, eso no infringe en absoluto el

derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, porque la sentencia que se dicta como acto final de la celebración del juicio oral y público es susceptible de ser impugnada en Casación, sea que lo resuelto en el procedimiento intermedio, necesariamente, podrá ser discutido nuevamente mediante un recurso si produce infracción a garantías constitucionales, que es lo que interesa en el caso planteado, pues sólo con respeto absoluto a dichas garantías es que puede producirse un fallo condenatorio válido. El auto que decide la apertura a juicio, entre otros aspectos, se ocupa de delimitar el objeto del juicio, señalar en forma concreta los hechos de la acusación o de la querrela por los que se envía el asunto a juicio, identificar precisa y claramente al imputado, emplazar a las partes para que concurren ante el tribunal de juicio, admitir la prueba que se recibirá en el juicio, determinar qué tribunal es competente para el dictado de la sentencia."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 4727-98 de las 9.27 horas del 3 de julio de 1998.

4. CONCILIACIÓN. Naturaleza jurídica y razones que la justifican.

"La institución de la conciliación es de reciente data en nuestro Derecho Penal. Si bien, desde antes se contaba con figuras similares —tal como el perdón del ofendido— la conciliación, como medio de extinción de la acción penal se originó legislativamente en el Código Procesal Penal que empezó a regir en el mes de enero de este año. Se pretende con ella otorgar a la víctima un papel más activo y participativo dentro del proceso, esto es, permitirle que en algunos asuntos reasuma su papel protagónico en la búsqueda de la solución al conflicto. Por otra parte, también se pretende evitar que en algunas clases de delitos que se consideran de menor dañosidad social, los autores ingresen al sistema carcelario, considerando lo que ello implica no sólo para quien es prisionalizado, sino también para su familia y la sociedad en general. Amén de ello, existe la convicción generalizada de que el Estado no está capacitado ni facultado materialmente para investigar, acusar, juzgar y penalizar todos los delitos que se cometen. El Estado no es el poseedor de los bienes jurídicos de los ciudadanos, sino el garante; de ahí que la conciliación como un medio de solución del conflicto debe darse entre el imputado y el ofendido, actuando directamente. El acuerdo

conciliatorio debe originarse a partir de un diálogo libre entre las dos partes involucradas en el conflicto humano, debidamente asesoradas, que han de encontrarse en igualdad de condiciones para negociar y en pleno uso de sus facultades volitivas y cognoscitivas. Es la víctima, que sufrió personalmente el menoscabo de un bien jurídico, quien debe decidir si concilia o no y en qué términos, pues la idea es que la solución le satisfaga sus intereses a fin de que se restablezca la paz social perturbada con la comisión del delito. El derecho a conciliar en materia penal no tiene fundamento constitucional alguno, es una disposición de carácter legal, que puede preverse en los casos en que el legislador lo considere adecuado. En razón de ello es que sólo se contempla para las faltas y contravenciones, delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y para los delitos que admiten la suspensión condicional de la pena."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 7115-98 de las 16.33 horas del 6 de octubre de 1998.

5. CONCILIACIÓN. No procede cuando las víctimas del delito son menores.

"Los menores de edad son titulares de derechos y obligaciones; sin embargo, su capacidad jurídica no es plena, sino que debe ser entendida dentro de los límites de su especial condición de desarrollo y dentro del marco de protección reconocido por la Constitución Política... Se supera en el Código de la Niñez el presupuesto de la doctrina de la situación irregular en la que los menores eran concebidos como simples objetos de protección y se sustituye por la doctrina de los menores como sujetos activos de derechos y obligaciones. La normativa toma en cuenta que debido a la especial condición de personas en etapa de desarrollo, la exigibilidad de los derechos por parte de los titulares menores de edad tiene características particulares diferentes a la exigibilidad de los derechos de los adultos. En el Código de la Niñez y la Adolescencia se prevén mecanismos para que los menores ejerzan el derecho a opinar y se respete la obligación de consultarlos en la toma de decisiones que los afecten (artículo 114, inciso f) del Código). El derecho a la conciliación y mediación en los casos en que intervengan menores de edad es regulado expresamente en los artículos 154 y siguientes del Código de la Niñez y la Adolescencia. En el artículo 155 consultado se establecen los supuestos de impedimento para conciliar, entre los que figuran "los asuntos que puedan constituir delito". Esa disposición en modo alguno viola el principio de igualdad constitucional, pues el legislador ha decidido no establecer la conciliación para los casos en que los menores sean víctimas de un delito, forma en que el Estado costarricense estima cumple con su obligación de brindar una especial protección a los menores, según lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño, como en el artículo 51 de la Constitución Política."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 7115-98 de las 16.33 horas del 6 de octubre de 1998.

6. EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA. Competencia para otorgar el beneficio.

"Asimismo, cabe manifestar que al Instituto Nacional de Criminología no le compete otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena, pues ello corresponde —de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Penal— al juzgador que dictó la sentencia condenatoria, razón por la cual, mientras un juez de la república no haya ordenado la aplicación de ese beneficio a favor del amparado, el Instituto recurrido no puede ordenar la libertad de aquél, aunque con posterioridad al dictado de la sentencia condenatoria hayan variado algunas de las circunstancias que motivaron la denegatoria de ese beneficio."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 0048-98 de las 15.09 horas del 7 de enero de 1998.

7. EJECUCIÓN DE LA PENA. Órganos competentes para conocer.

"Las discrepancias que existan en cuanto a la ejecución y cumplimiento de la pena impuesta, son aspectos que deben ventilarse ante el Instituto Nacional de Criminología, o bien si se estima que las autoridades administrativas han actuado arbitrariamente o contraviniendo los derechos y garantías fundamentales de las personas condenadas, el conflicto deberá ser resuelto por el Tribunal de Ejecución de la Pena, órgano jurisdiccional al que le compete resolver todo lo relativo a la fijación, extinción, sustitución o modificación de la pena, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 453 del Código Procesal Penal; y dentro de cuyas atribuciones está la de resolver los incidentes de ejecución planteados, atinentes a peticiones o quejas de los internos en centros penitenciarios o especializados, así como pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos contra decisiones administrativas, que impongan todo tipo de sanciones disciplinarias (artículo 458, incisos c) y d) del Código Procesal Penal)."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 1918-98 de las 17.42 horas del 17 de marzo de 1998.

8. EXTRADICIÓN. Requisitos de la promesa del estado requirente.

"El recurrente reclama que en el caso de la amparada J. F., el Estado requirente no prometió —como debía hacerlo de manera inequívoca— que respetará la Constitución, las leyes y la sentencia de las diez horas del catorce de enero de mil novecientos noventa y ocho, mediante la cual se acordó la extradición de su representada, sino tan sólo que lo hará hasta donde se lo permita su propio ordenamiento jurídico, y que el juez que ordenó la extradición debe constatar que la promesa que se deposita, como antecedente para la ejecución de la sentencia, sea clara e incondicionada, pues de lo contrario equivaldría en el fondo a no suscribirse ningún compromiso formal, como lo ordenan la Carta Política y la Ley de Extradición... En cuanto a este punto se refiere, no lleva razón el recurrente al

afirmar que procede imposibilitar la ejecución del fallo citado, en que se concede la extradición de F. F. al Gobierno de..., en razón de que la promesa presentada a ese Despacho no es clara, toda vez que el Estado requirente cumplió con los términos, y presentó a satisfacción del Tribunal, un documento en el cual, el Embajador de... se compromete a cumplir con el compromiso formal solicitado por el despacho, dentro del marco de las atribuciones que la Constitución y las leyes otorgan a dicho Gobierno, y que quedó a entera satisfacción de ese órgano judicial (en este mismo sentido véase la sentencia número 6463-93 de las nueve horas con seis minutos del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y tres)."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 1011-98 de las 15.33 horas del 17 de febrero de 1998.

9. EXTRADICIÓN. Competencia de la Sala Constitucional.

"Nuevamente debe reiterarse aquí que el cumplimiento o no de los requisitos, la autenticidad de los documentos presentados por el Estado gestionante, y la procedencia o no de la extradición, son aspectos que compete valorar en exclusiva a la jurisdicción penal, que es la competente para conocer de los procedimientos y diligencias de extradición, y cuyas resoluciones finales son recurribles ante el Tribunal Superior de Casación, que es el órgano que, en última instancia, decidirá si los presupuestos sobre los cuales se ha concedido la extradición, son los procedentes o no, sin que sea esta una instancia más dentro de ese procedimiento, que pueda valorar la legalidad de las diligencias (en igual sentido la sentencia número 2799-96 de las catorce horas treinta y seis minutos del catorce de junio de mil novecientos noventa y seis). Por lo expuesto, el recurso es inadmisibles, y así debe ser declarado."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 1011-98 de las 15.33 horas del 17 de febrero de 1998.

10. IMPUTACIÓN. No constituye violación constitucional.

"Se señala que la imputación es un acto subjetivo de la autoridad pública, que infringe una norma constitucional y que no es susceptible del recurso de amparo o hábeas corpus. La simple imputación de hechos delictivos no tiene la virtud de producir quebrantos de derechos constitucionales. La atribución de la comisión de hechos punibles a las personas forma parte del derecho que tiene el Estado de investigar, perseguir y juzgar las acciones que causen daño o pongan en peligro bienes jurídicos así reconocidos en el ordenamiento y es parte del derecho de defensa, pues sólo conociendo las circunstancias del hecho que se atribuye, puede el imputado ejercer su defensa."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 6859-98 de las 16.33 horas del 24 de setiembre de 1998.

11. JUEZ DE EJECUCIÓN DE LA PENA. Funciones en el nuevo proceso.

"Es claro que el actual Código Procesal Penal deroga todas las disposiciones anteriores relacionadas con el tema de la ejecución de la pena, de manera expresa o tácita y el mismo confiere amplias facultades a los jueces de ejecución de la pena. Lo que el legislador plasmó en el Código Procesal Penal que nos rige, es una judicialización del proceso de ejecución, que es consecuencia con lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política, que establece que corresponde al Poder Judicial: "Conocer de las causas civiles, penales, comerciales... resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie." El juez de ejecución de la pena, en la nueva legislación, fue creado para ejercer controles tanto formales como sustanciales en la ejecución penitenciaria. En relación con la legislación anterior representa un salto cualitativo de gran importancia, pues otrora el juez ejecutor tenía funciones muy reducidas y limitadas. Con esta nueva concepción, el juez ejecutor formalmente debe ocuparse de todos aquellos aspectos que tienen que ver con el cómputo del plazo de la pena y sustancialmente debe controlar, entre otros, la eficacia de la pena en relación con sus finalidades, el respeto a los derechos fundamentales de los condenados, las sanciones disciplinarias que se imponen en el centro penal, etc. De ahí que el numeral 458 del Código Procesal Penal otorgue amplias atribuciones a los jueces de ejecución, quienes únicamente se encuentran sometidos a la ley, en sentido amplio, a los Tratados Internacionales y a la Constitución Política. Es obvio que en lo que atañe a la materia propia de la ejecución de la pena, las autoridades administrativas se encuentran supeditadas a lo que decidan los jueces de ejecución de la pena y no pueden oponerse en modo alguno, pues como se señaló, se trata de facultades que la misma Constitución otorga en forma exclusiva al Poder Judicial. El artículo 140, inciso 9) de la Constitución Política señala que corresponde al Poder Ejecutivo, "Ejecutar y hacer cumplir todo cuanto resuelvan o dispongan en los asuntos de su competencia los tribunales de justicia y los organismos electorales, a solicitud de los mismos". Esto es, por ser la facultad de hacer ejecutar lo resuelto, propia de la función jurisdiccional, el Poder Ejecutivo debe acatar lo que decida el Juez de ejecución de la pena en la materia que le compete y en ese sentido debe hacer cumplir lo resuelto, en este caso, lo decidido con autoridad de cosa juzgada."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 3390-98 de las 16.45 horas del 16 de mayo de 1998.

12. JUEZ DE EJECUCIÓN DE LA PENA. Competencia después de la unificación de penas.

"Ajustándonos a la nueva legislación procesal penal, aún y cuando se hayan unificado las penas, el Tribunal de Ejecución de la Pena (artículo 453 del Código Procesal Penal) es el competente para resolver sobre las incidencias que respecto de la fijación, sustitución, modificación o extinción de la pena,

e inclusive respecto del descuento a aplicarse, según lo estipulado por el artículo 55 del Código Penal se tenga, aspecto este último de especial relevancia, porque las penas han sido unificadas, han sido convertidas por imperio de ley en una sola, aunque hayan sido dictadas por tribunales diferentes, de modo que las solicitudes de autorización y aplicación del descuento respecto de penas, no deben dirigirse a cada Tribunal que las impuso, ni tampoco al que correspondió su unificación, sino ante Tribunal de Ejecución Penal, quien deberá partir de un único parámetro y una única fecha de inicio y de cumplimiento de la pena a efectos de calcular el descuento y en consecuencia, la fecha de cumplimiento de la condena con aplicación de dicho beneficio. La solicitud aislada y la aplicación del descuento en forma aislada a cada una de las penas impuestas, significa un desconocimiento de la unificación que ha operado de la totalidad y dificultad enormemente los cálculos, creándose una confusión tal que en muchos casos puede traducirse en una extensión del plazo de condena que legalmente le corresponde descontar a una persona determinada. Para ello, el Instituto Nacional de Criminología, debe velar por llevar en la forma más actualizada y completa posible, la información de las penas impuestas y de las unificaciones realizadas en favor de las personas recluidas, a fin de orientar en forma correcta las solicitudes de concesión y aprobación del descuento correspondiente."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO Nº 0533-98 de las 15.54 horas del 3 de febrero de 1998.

13. JUSTICIA PENAL JUVENIL. Procedencia, condiciones y efectos de la suspensión del proceso a prueba.

"El instituto de la suspensión del proceso a prueba se encuentra contemplado en los numerales 89 a 92 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Es una forma de extinción de la acción penal, ideada por el legislador, a fin de agilizar el sistema penal, que en la práctica, material y humanamente, no puede investigar, acusar y juzgar de manera eficiente todos los hechos que puedan constituir delito. Consiste en una solución alternativa que parte de la necesidad real de encontrar una respuesta satisfactoria para la víctima del delito y de canalizar los recursos del sistema judicial hacia la persecución de acciones que dañen en forma más grave los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico. Es por ello que uno de los requisitos para la aplicación de ese instituto es que sólo puede aplicarse a los asuntos en donde proceda eventualmente la ejecución condicional de la sanción. Para otorgar la ejecución condicional de la pena, según establece el numeral 132 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, se han de considerar aspectos tales como los esfuerzos del menor para reparar el daño causado, la falta de gravedad de los hechos cometidos, la conveniencia para el desarrollo educativo o laboral del menor, la situación familiar y social en que se desenvuelve, etc. Además de ello, la ejecución condicional de la pena opera sólo para las sanciones privativas de libertad, esto es, para el internamiento domiciliario, el internamiento durante tiempo libre y el internamiento en centros especializados (artículo 121, inciso c) de la Ley de Justicia Penal Juvenil). De manera que se restringe la utilización del instituto de la suspensión del

proceso a prueba sólo para las causas en donde proceda conceder el beneficio de ejecución condicional. Con la suspensión del proceso a prueba se detiene el ejercicio de la acción penal en favor del imputado, quien podrá ser sometido, si el Juez así lo decide, a las órdenes de orientación y supervisión que establece la misma Ley... Si el menor cumple adecuadamente con esas condiciones, la acción penal se extingue y el asunto se archiva (artículo 92); en caso contrario, el juez revoca la suspensión del proceso a prueba y ordena que se continúe con los procedimientos (artículo 91)."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO Nº 6857-98 de las 16.27 horas del 24 de setiembre de 1998.

14. JUSTICIA PENAL JUVENIL. No constituye pena la medida de orientación o supervisión en la suspensión del proceso a prueba.

"La jueza consultante refiere que con la suspensión del proceso a prueba se posibilita imponer una pena sin sentencia firme, lo cual no es de ningún modo cierto, pues la medida u orden de orientación y supervisión no es una pena, se trata de un requisito que en caso de ser cumplido genera la extinción de la acción penal. No constituye una respuesta de índole sancionatoria a la comprobación judicial de un hecho delictivo. La imposición de una pena implica que se realice un juicio previo y que se demuestre la culpabilidad y responsabilidad del acusado. En este caso, se renuncia al ejercicio de la acción penal, por ello, no puede hablarse de pena, ni la naturaleza de la medida permite darle esta connotación. En todo caso, la resolución en que se ordena suspender el proceso a prueba, debe estar debidamente fundamentada y ha de referirse a todos los aspectos que establece el artículo 90 de la Ley citada."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO Nº 6857-98 de las 16.27 horas del 24 de setiembre de 1998.

15. JUSTICIA PENAL JUVENIL. La suspensión del proceso a prueba no procede de oficio. Necesario consentimiento del menor.

"Indica la consultante que se impone una pena sin demostración de culpabilidad, pues a diferencia de la suspensión a prueba en el proceso de mayores, en donde es el imputado quien facultativamente solicita la suspensión, previa aceptación del hecho que se le atribuye (artículo 25 del Código Procesal Penal); en el caso de los menores, la medida puede acordarse de oficio o a solicitud de parte. En este aspecto, acordar de oficio la suspensión del proceso a prueba sí resulta violatorio del debido proceso y específicamente del derecho de defensa; pues, pese a que las reglas de conducta que pueden imponerse como medidas no son realmente penas o sanciones; sí implican una restricción de derechos, por lo que es indispensable que se exija una manifestación de voluntad de quien resulte afectado por esas reglas de conducta; esto es, que las asuma libremente y no en forma coactiva. Por otra parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 114, inciso f) es claro al señalar

que en todos los procesos administrativos o judiciales, relacionados con los derechos de los niños y adolescentes, se ha de escuchar su opinión. Razones que conllevan a estimar que la suspensión del proceso a prueba no es posible acordarla sin el consentimiento expreso del menor imputado, quien pese a que no debe necesariamente tener la iniciativa para proponer la aplicación del instituto, sí debe ser ampliamente informado sobre las consecuencias de la suspensión y obviamente debe estar de acuerdo con su aplicación. En razón de ello, procede declarar inconstitucional la frase "...de oficio..." contenida en el artículo 89 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Sin embargo, ha de aclararse que si bien, el menor debe manifestar libremente su voluntad para ser sometido a la suspensión del proceso a prueba; no es necesario que acepte su culpabilidad en los hechos, pues conforme se indicó, la medida no se impone como consecuencia de un juicio de reproche por los hechos cometidos, sino como una medida cautelar, que si es cumplida adecuadamente tiene la virtud de extinguir la acción penal."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 6857-98 de las 16.27 horas del 24 de setiembre de 1998.

16. JUSTICIA PENAL JUVENIL. Sistema de sanciones no resulta inconstitucional.

"La autoridad consultante plantea el tema del sistema de penas como un problema de violación al principio de igualdad, lo cual, debe desestimarse sin más, pues obviamente, cada persona a quien se compruebe la comisión de un ilícito penal, es una persona diferente, sea mayor o menor de edad, sus motivaciones son diferentes, la forma de realización del hecho también difiere. Se trata de hechos históricos irrepetibles, con circunstancias disímiles, que provocan que la reacción penal no pueda ser igual para todos los casos. En la Ley de Justicia Penal Juvenil, a diferencia de otros cuerpos normativos en donde se establece la conducta y la sanción en forma específica, sin ninguna opción para el juzgador, más que el límite temporal mínimo y máximo; se prevé un catálogo de sanciones de diversa índole; a saber, sanciones socioeducativas, órdenes de supervisión y orientación y sanciones privativas de libertad. No obstante, eso no quiere decir que el juez pueda imponer la sanción que se le antoje en forma arbitraria, sino que la misma Ley le exige tomar en cuenta varios aspectos, tales como la vida del menor antes de la comisión de la conducta punible, la comprobación del delito, la comprobación de la participación del menor, la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de la medida, la edad del menor y sus circunstancias personales, familiares y sociales y los esfuerzos del menor para reparar los daños (artículo 122 de la Ley). El artículo 25 de la Ley también ordena la actividad del juez al indicar que las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o delito cometido. Asimismo, se dispone que las sanciones deben responder a una finalidad educativa (artículo 123 *ibídem*). Las sanciones deben ser determinadas (artículo 26), la de internamiento es de carácter excepcional, tiene como límite máximo el de quince años para menores entre los quince y los dieciocho y de diez años para los menores entre los doce y quince años de edad y no puede

aplicarse como sanción cuando no proceda para un adulto, según el tipo penal. De manera que no existe, como dice la consultante, un amplio margen de discrecionalidad del juez, ni la pena está sujeta a una determinación subjetiva; pues debe atender a factores objetivamente considerados y ha de fundamentarse adecuadamente, pues es objeto de recurso ante el superior. En razón de lo expuesto, los artículos 121 a 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil no resultan inconstitucionales."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 6857-98 de las 16.27 horas del 24 de setiembre de 1998.

17. MINISTERIO PÚBLICO. Facultades de investigación.

"Es menester destacar que en el momento procesal en que se encuentra la causa seguida contra el amparado, la Fiscalía investiga con el fin de dar sustento a la actividad requirente, que debe desplegar frente al órgano jurisdiccional, con lo que NO se pretende sustituir la actividad probatoria del juicio, como ocurrió con las instrucciones sumaria y formal que regulaba el Código de Procedimientos Penales anterior; asimismo, es necesario entender que esta finalidad constituye un claro límite de la investigación, límite que no interesa superar porque los actos que realice el Ministerio Público no tendrán eficacia en otras etapas del procedimiento, salvo las limitadas excepciones que contempla el Código de Rito. Es así como la investigación permite al fiscal determinar los hechos que consignará en su acusación o en los que sustentará la solicitud de sobreseimiento; de igual forma, individualiza los elementos probatorios que habrá de ofrecerse al tribunal para ser recibidos durante el juicio, y que tienden a acreditar su acusación en la fase plenaria o de debate, momento procesal que brinda a plenitud las garantías que contempla el proceso penal, en protección de los derechos del imputado, por lo que no se perjudica la defensa del señor P. S. con el acto que se acusa, pues apenas se inicia la investigación."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 1383-98 de las 13.30 horas del 27 de febrero de 1998.

18. PECULADO. Comunicabilidad de las calidades personales constitutivas de la infracción.

"No resulta violatoria del principio de igualdad esa previsión legislativa (art. 49 C.P.); obedece a criterios de política criminal que consideran que tanto quien reúne las condiciones personales que exige el tipo penal en los delitos especiales, como quien no las reúne, pero tiene participación en los hechos con conocimiento de esas condiciones, debe tener la misma consecuencia jurídica penal. Estima el accionante que el legislador "no puede regular de manera desigual situaciones semejantes, como sucede con la comunicabilidad de las circunstancias, en donde se pretende sancionar por el delito de peculado a un ciudadano que no es servidor público, o bien establecer únicamente para efectos penales, la equiparación con un servidor público en las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración". No es atendible ese argumento. El legislador puede asignar las

consecuencias que considere convenientes para las diferentes conductas punibles; su límite lo constituye el contenido de las normas y principios establecidas tanto en la Constitución Política como en los Tratados Internacionales, a manera de ejemplo, el artículo 28 de la Constitución, los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la prohibición de penas perpetuas, etc. La comunicabilidad de las condiciones personales constitutivas de la infracción, efectivamente permite que se pueda atribuir la participación en el delito especial tanto al sujeto que ostenta la condición personal requerida por el tipo como a quien no la tiene, pero contribuye en la comisión del hecho punible, con conocimiento de la existencia de esa condición. Igual razonamiento procede en cuanto a la calificación de "públicos" que el artículo 112, inciso 4) de la Ley General de la Administración Pública, da a los servidores que sin reunir esa condición prestan sus servicios a la Administración y cometieren hechos delictivos en los que se prevalecen de su relación con el Estado para cometerlos. Esa es una decisión del legislador en el marco de sus competencias, en la que no se observa transgresión alguna al principio de igualdad... Por su parte, el delito de peculado que se encuentra establecido en el artículo 352 del Código Penal, por lo demás, tampoco tiene en sí mismo ninguna desigualdad que considerar. Por lo expuesto, en relación con el tema en análisis, procede rechazar por el fondo esta acción."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 6859-98 de las 16.33 horas del 24 de setiembre de 1998.

19. PECULADO. Los artículos 49 y 352 del Código Penal no violan el principio de igualdad.

"Señalan además que los artículos 49 y 352 del Código Penal son violatorios del principio de legalidad contenido en el artículo 39 de la Constitución Política y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto a que nadie puede ser condenado por acciones y omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito. Aduce que se viola el principio de tipicidad penal si se atribuye el delito de peculado a ciudadanos que no tienen la condición de funcionario público. El principio de legalidad establece que nadie puede ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. Tanto el delito de peculado como la "comunicabilidad de las circunstancias" se encuentran previstas en la ley, el primero en la parte especial del Código Penal y el segundo en la parte general. El tipo penal de peculado contiene una adecuada descripción de la conducta y de la pena, así como del sujeto activo y debe ser interpretado en forma integrada y armónica con las demás normas tanto del mismo cuerpo de leyes como del ordenamiento jurídico en general. El artículo 49 permite ampliar el radio de punibilidad de la conducta en los delitos especiales y otorga elementos para determinar la pena a imponer, según se conozcan o no las diferentes circunstancias y condiciones, por lo que no tiene en sí mismo ninguna violación al principio de legalidad. En consecuencia, procede rechazar por el fondo la acción en relación con ese aspecto."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 6859-98 de las 16.33 horas del 24 de setiembre de 1998.

20. PENA. Unificación y Adecuación. Plazo máximo.

"Tenemos entonces que existen dos parámetros para «ajustar» las penas de prisión, logrando que ésta no supere la duración efectiva de cincuenta años: 1) La primera es de índole penal estrictamente, en el sentido de que resulta de la existencia de un concurso real de delitos, sea actual o en su forma retrospectiva, de manera que no puede imponerse de la suma de todas las penas impuestas a los delitos que entran en concurso, penas que sobrepasen el triple de la mayor impuesta y, en ningún caso, superen el monto superior al señalado. Esta regla, proviene del numeral 76 del Código Penal y procesalmente hablando encuentra su regulación en el artículo 54 del Código Procesal Penal. 2) La segunda forma de lograr que la pena no sobrepase los cincuenta años, está constituida precisamente por la aplicación de la disposición legislativa que establece el límite máximo que ha de tener la pena de prisión que en un determinado momento deba cumplir una persona, y que se extrae de lo dispuesto por el numeral 51 del Código Penal, en relación con el artículo 40 de la Constitución Política, y en cuya aplicación, para «adecuar» las penas de que se trate, no nos encontramos frente a supuestos de concurso de delitos, sino de penas pendientes de descuento que convergen en un determinado momento y que significan entre todas que lo pendiente por descontar sobrepasa el límite máximo señalado por la ley. Ambos supuestos constituyen pues, un «doble ajuste», representan dos caminos distintos, frente a supuestos distintos, por los cuales se llega a la consecuencia de que la pena de prisión no supere los cincuenta años, en la primera en cuanto al monto total de pena impuesta, y en el segundo en cuanto al monto total de pena a descontar efectivamente, en un determinado momento de la vida del condenado. Ello podría implicar eventualmente, que ante la concurrencia de varias penas, respecto de algunas haya primero de procederse a su unificación, por encontrarse entre sí en concurso material, y una vez unificadas, haya de procederse a su «adecuación» en relación con otras sentencias pendientes de descontarse, o bien que se están descontando, tomando de estas últimas, lo que le resta al imputado por cumplir y no lo ha cumplido, porque el límite de duración de la pena de prisión se debe tomar de lo que efectivamente ha de descontar un sujeto en un determinado momento, marcado dicho momento por la existencia de sentencias pendientes de descuento y la imposición de nuevas penas de prisión, de modo que ha de tomarse en cuenta para el cálculo del límite máximo lo que falta por descontarse, más las penas nuevas impuestas. Con ello se pretende alcanzar el objetivo de política criminal adoptado por el legislador, de no permitir que una persona condenada a pena de prisión, puede estar en un momento determinado, obligada a cumplir más de cincuenta años de prisión."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 0533-98 de las 15.54 horas del 3 de febrero de 1998.

21. PRINCIPIO DE LESIVIDAD. Función limitadora del bien jurídico.

"En relación con este aspecto, en primer término ha de decirse que es hoy comúnmente admitido que una teoría del

delito sólo puede partir del interés de la protección del bien jurídico. Para poder declarar una conducta como delito, no basta que infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad. Ello encuentra fundamento en nuestro sistema jurídico en el artículo 28 de la Constitución Política, que establece que: "Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley". Ciertamente, la decisión de cuáles bienes jurídicos han de ser tutelados por el Derecho Penal, es una decisión de carácter político criminal; no obstante, dentro de un sistema democrático como el que consagra nuestra Constitución, en donde se pretende realizar el ideal de una sociedad libre e igualitaria, las intromisiones del Derecho Penal, han de ser las estrictamente necesarias y sobre todo, han de atender al principio de proporcionalidad. Lo anterior por cuanto, la existencia del Derecho Penal, actualmente, implica la existencia de la estructura carcelaria, que apareja la más grave restricción a la libertad humana; libertad, que el Estado debe paradójicamente, garantizar y proteger. Esto es, tal restricción, debería ser la mínima imprescindible para hacer efectivas las libertades de los demás ciudadanos. La intervención del Derecho Penal afecta siempre derechos fundamentales de la persona, priva de libertad de hacer o incluso física, y supone una muy grave injerencia del Estado en la vida y el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. Desde ese punto de vista, el bien jurídico tiene una función limitadora trascendental; no se justifica la existencia de una norma penal sin que sea inherente el objetivo de la protección de un bien."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 1588-98 de las 16.27 horas del 10 de marzo de 1998.

22. PRISIÓN PREVENTIVA. Plazo máximo de quince meses. Normativa anterior.

"IV. En el caso que nos ocupa la situación que se plantea es la de un proceso penal donde se ha dictado el auto de elevación a juicio, que no se encuentra firme por haber sido impugnado, de manera que el procedimiento a seguir es el contemplado en la normativa anterior —Código de Procedimientos Penales—. Ahora bien, a este respecto debe tenerse presente que por Ley N° 7337 del 5 de mayo de 1993 se reformó el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales, cuyo inciso 3) indica que debe cesar el encarcelamiento y ordenarse la inmediata libertad del imputado cuando "...su duración exceda de quince meses; pero si hubiera dictado sentencia condenatoria, podrá durar seis meses más..." Por otra parte, el Código Procesal Penal (Ley N° 7594) en su artículo 471 reformó los artículos 294 y 298 del Código de Procedimientos Penales, eliminando así el plazo máximo de la prisión preventiva y con ello la solicitud al Tribunal de Casación Penal para que se prorrogara dicho plazo; no obstante, esta reforma quedó limitada en el tiempo, puesto que el Transitorio V del Código Procesal Penal determina que la reforma de los artículos 294 y 298 del Código de Procedimientos Penales —antes citada— se mantendría en vigencia desde su publicación y hasta el 1° de enero de 1998. En este orden de ideas, debe interpretarse que la reforma

realizada en el artículo 471 del Código Procesal Penal tuvo vigencia durante el lapso comprendido entre la publicación del Código y el 1° de enero de 1998, de forma tal que luego de esta fecha recobra vigencia el texto de los artículos 294 y 298 del Código de Procedimientos Penales según la reforma introducida por Ley N° 7337 del 5 de mayo de 1993, para efecto de los asuntos que a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal (Ley N° 7594) se encontraran con auto o providencia de elevación a juicio, o con prórroga extraordinaria. V. Establecido que el presente asunto se rige por el Código de Procedimientos Penales de 1973 y conforme a la reforma introducida por Ley N° 7337 del 5 de mayo de 1993, al recibir el Juez Penal recurrido la solicitud de cese de la medida por parte de la recurrente, debió de inmediato —actuando como Juez de Instrucción, pues el Auto de Elevación a Juicio no se encuentra firme— verificar si el plazo de quince meses que señala la norma no se había cumplido, como en efecto ocurría, para de inmediato revisar la procedencia o no de mantener en prisión preventiva a los imputados, verificando si las circunstancias por las cuales se decretó se mantenían, y no diferir la resolución del asunto, emplazando al Ministerio Público para que solicitara la prórroga de la medida, ni declarándose incompetente, pasando los autos al Tribunal de Casación Penal, en razón de que así no lo prevé la normativa aplicable al caso concreto, por lo que estima esta Sala que se incurrió en un atraso indebido en la resolución acerca de la procedencia de continuar o cesar la medida cautelar impuesta a los imputados (amparados), con lo que se amenazó ilegítimamente su derecho a la libertad personal protegida constitucionalmente, procediendo entonces la estimación de este recurso, sin ordenar la libertad de los imputados, al estar sustentada aún en el Auto de Procesamiento y Prisión Preventiva decretado en su contra —que se encuentra firme—, siendo atribución del Juez recurrido determinar si el peligro procesal que originó la medida aún subsiste."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 1004-98 de las 15.12 horas de 17 de febrero de 1998.

23. PRISIÓN PREVENTIVA. Plazo máximo de la nueva normativa. Órgano facultado para prorrogarla.

"Con fundamento en lo expuesto en los considerandos precedentes, estima esta Sala que el recurso debe declararse con lugar, en virtud de que el amparado permaneció detenido preventivamente del 9 al 21 de abril inclusive sin existir orden de Juez competente que respaldara la medida, habida cuenta que la prórroga de la prisión preventiva fue dictada de oficio por el Juzgado Penal de..., cuando lo procedente era que el representante del Ministerio Público solicitara la prolongación de la misma al Tribunal Superior de Casación Penal, único competente para emitir criterio en ese sentido. De los autos se desprende que la petitoria del Ministerio Público al Juzgado Penal de... de fecha 20 de febrero del año en curso era que sustituyera la medida cautelar impuesta por otra menos gravosa para el imputado, lo cual le fue rechazado en el ejercicio de su competencia, pero se excedió en el mismo al prolongar la prisión preventiva por dos meses más en forma oficiosa, pues como se ha dicho, esa prórroga compete al Tribunal Superior de Casación Penal cuando se le pide por el

Ministerio Público con anterioridad a que se cumplan los doce meses de prisión preventiva, según indican los numerales 257 c) en relación con el 258 primer párrafo del Código Procesal Penal recién entrado en vigencia, el cual es de aplicación por tratarse de una causa si bien iniciada el año pasado, pero que no cuenta con Auto de Elevación a Juicio. En esta tesitura, procede acoger el presente recurso, sin ordenar la libertad del amparado por haberlo hecho ya el Juzgado Penal de Desamparados."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 2847-98 de las 15.54 horas del 29 de abril de 1998.

24. PRISIÓN PREVENTIVA. Fines procesales y presunción de inocencia.

"El Código Procesal Penal contempla la posibilidad de que a lo largo del proceso se dicte la prisión preventiva en contra del imputado, como medida cautelar tendiente a proteger los fines del proceso, pero no como sanción propiamente dicha, toda vez que mientras no se dicte sentencia condenatoria firme en contra del encartado se presume su inocencia, razón por la cual la privación de libertad en ese estadio del proceso es la excepción, y como tal no tiene por fundamento la plena certeza de la participación del imputado como autor del delito por el que se le acusa, sino que requiere únicamente la probabilidad de que así sea. Es por eso que en el caso que nos ocupa con el acto acusado no se conculca ningún derecho fundamental del amparado, ya que se ha dictado la prisión preventiva en su contra —resolución N° 0002-9 de las 10.30 horas del 8 de enero pasado— al encontrar indicios suficientes de su probable participación en los delitos que se le endilgan, y con la finalidad de que no interfiera en la prosecución de los fines del proceso la autoridad recurrida decretó la medida cautelar "por el término imprescindible para concluir la investigación" (sic), al presumir que en libertad el amparado obstaculizaría la acción de la justicia, motivo suficiente que evidencia el peligro procesal que hace necesaria la medida cautelar por el momento."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 1383-98 de las 13.30 horas del 27 de febrero de 1998.

25. PRISIÓN PREVENTIVA. El Ministerio Público debe concretar las razones procesales para privar la libertad.

"La Sala estima, efectivamente, que la Fiscalía está obligada a concretar los hechos que motivan la necesidad de restringir el estado de libertad de una persona, particularmente en un caso como el que aquí se examina, cuando lo que se solicita implica la imposición de una medida cautelar más rigurosa que la ya impuesta, puesto que el amparado venía gozando de libertad mediante caución real. En el mismo sentido, los jueces deben analizar en forma crítica las peticiones del Ministerio Público, es decir, están en la obligación de escrutar las razones y justificaciones invocadas para proceder a otorgar o no lo solicitado. Esto implica, entonces, que el Ministerio Público tiene que concretar o especificar

cuáles son las necesidades procesales, o hechos que motivan la imposición de la medida cautelar que piden, para que el Juez, garante de los derechos fundamentales, procesales y sustanciales del imputado, razonadamente acoja o deseche lo pedido. En este caso, se tiene que la petición del agravamiento de las medidas cautelares a prisión preventiva, se hace en forma abstracta, pues los hechos invocados para la detención inicial del recurrente vienen luego a ser repetidos por el Ministerio Público en su segunda solicitud de detención del amparado, con total prescindencia de que venía gozando de libertad mediante caución... tal como lo establece la doctrina desarrollada por la Sala con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal, no se puede indicar en abstracto que "existe una presunción razonable que éste no se someta al proceso, pretenda evadirse y por consiguiente afecte la averiguación real de los hechos o continúe con su actividad delictiva; además los ilícitos que se le imputan se encuentran reprimidos con penas privativas de libertad", si precisamente ya venía primero de un estado de prisión, luego a uno de libertad, incluso cumpliendo las obligaciones impuestas por el Juzgado Penal."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 3304-98 de las 15.24 horas del 20 de mayo de 1998.

26. PRIVACIÓN DE LIBERTAD. La Sala Constitucional no es una instancia procesal más.

"Esta Sala no es una instancia más dentro del proceso penal ordinario, ante la cual se pueda solicitar, como lo hace el recurrente, la revisión de la prisión preventiva, o la aplicación de otras medidas menos gravosas para el imputado; tampoco puede cuestionarse la regularidad de un proceso o la legalidad de las pruebas en él existentes, menos aún la valoración que de ellas hagan los juzgadores o las conclusiones que obtengan a partir del material probatorio, salvo la existencia de una violación a los derechos fundamentales del imputado en la recolección o producción de las pruebas que ponga en peligro su libertad, o que exista un grueso error en la valoración de las pruebas, que incida sobre la privación de libertad que sufre el acusado o que esté amenazado de sufrir, lo que no sucede en este caso. El ordenamiento procesal penal contempla las vías suficientes para canalizar las objeciones que, relacionadas con la regularidad del proceso, existan, y que finalmente pueden ser discutidas al inicio, durante y al final del juicio, quedando abierta la posibilidad de recurrir del fallo en Casación. Cuando el artículo 16 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala que la Sala valorará y analizará otras violaciones a derechos fundamentales ligadas con la libertad, permite la incursión dentro de la materia propia del proceso, cuando se constaten amenazas o lesiones a otros derechos fundamentales distintos a la libertad personal, pero en estricta relación e incidencia sobre ésta, su restricción efectiva, o la amenaza a su restricción. Esto es, no pueden analizarse en forma independiente de una concreta amenaza a la libertad o de una restricción actual de la misma, pues esas otras lesiones deben necesariamente haber tenido incidencia en la amenaza o restricción de la libertad, porque si este requisito no se da, se estaría permitiendo la injerencia en el ámbito propio de competencia de la jurisdicción penal,

que constitucionalmente está reservada a los jueces correspondientes."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO Nº 1405-98 de las 15.33 horas del 3 de marzo de 1998.

27. PRIVADOS DE LIBERTAD. Órgano competente para su ubicación.

"En atención a la normativa vigente en nuestro medio, existen una serie de institutos que afectan la ejecución de la pena privativa de libertad, para el caso en estudio procede es necesario (sic) referirse al régimen de confianza a nivel administrativo penitenciario, técnicamente denominado Nivel de Atención en Comunidad, que se aplica por la administración penitenciaria con fundamento en el Decreto Ejecutivo número 22198-J del veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y tres, en el que se señalan las condiciones que la administración penitenciaria debe aplicar a quienes son sometidos a esa forma de cumplimiento de la sanción penal impuesta. En el caso en estudio al recurrente se le dio un beneficio para que pudiera pasar el fin de año con su familia, con la obligación de volver al Centro en que cumplía en una determinada fecha, obligación que no cumplió y así lo reconoce. Ello motivó que la administración válidamente le reubicara en el Sistema Penitenciario, ahora si pretende discutir las razones que desde su óptica justifican su actuación, debe hacerlo en primera instancia ante la propia administración penitenciaria y luego —si lo resuelto no le satisface— ante el juez de ejecución de la pena, según lo dispuesto en los artículos 452, 454 y 485 del Código Procesal Penal."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO Nº 1915-98 de las 17.33 horas del 17 de marzo de 1998.

28. REBELDÍA. Procedencia por desobediencia a citación.

"El recurrente alega que el Tribunal de Juicio de... ha actuado de manera arbitraria e ilegal, pues aunque la amparada desobedeció la orden de citación que se le hizo mediante un telegrama, esta comunicación —al no ser una resolución judicial— no sirve de sustento para decretar la rebeldía de su defendida. El reproche no es de recibo. El artículo 135 del Código de Procedimientos Penales, al igual que el numeral 165 de la normativa procesal penal vigente, establece la facultad del Juez de ordenar la citación del imputado que se encuentra en libertad por diversos medios, entre los cuales se encuentra la citación por telegrama con aviso de entrega. La citación es el llamamiento al imputado, para que comparezca ante el Tribunal, consecuentemente su no presentación tiene efectos procesales tales como su inmediata detención, o —como sucedió en este caso— su declaratoria de rebeldía (en este sentido puede consultarse la sentencia número 0695-91 de las dieciséis horas con treinta minutos del nueve de abril de mil novecientos noventa y uno)... En el caso de examen, la imputada fue citada por medio de telegrama, el que —según se desprende del dicho del recurrente— recibió oportunamente, pero obviando su obligación,

se negó a comparecer al Despacho, y provocó una obstaculización en el proceso que se sigue en su contra. La declaratoria de rebeldía por los motivos indicados, no resulta ilegítima, ya que lo que se pretende con esa medida es salvaguardar los fines del proceso penal, asegurando así la no evasión de la imputada y por consiguiente su disponibilidad a los intereses del proceso (artículo 51 del Código de Procedimientos Penales, y 89 del Código Procesal Penal)."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO Nº 4392-98 de las 13.48 horas del 19 de junio de 1998.

29. RECUSACIÓN. Las causales no son taxativas. Parcialidad del juez.

"...por constituir la garantía de ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial, un derecho fundamental de toda persona, la jurisprudencia impugnada resulta inconstitucional y así debe declararse. Todo juez, se encuentra supeditado, a lo dispuesto por la Constitución Política y por los Tratados Internacionales vigentes en la República, de ahí que sea su obligación primordial aplicar directamente lo establecido en esos cuerpos legales, máxime si se trata del ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos. De manera que si la Convención Americana de Derechos Humanos, consagra como derecho fundamental el de ser oído por un juez independiente e imparcial, quien se sienta agraviado por la infracción a ese derecho, puede legítimamente reclamarlo. El régimen de las inhabiliciones, recusaciones y excusas tiene su razón de ser en la consecución de una justicia objetiva, imparcial, independiente y cristalina, propia de regímenes democráticos y de derecho y conforme se señaló, el listado que la ley contempla no agota las posibilidades por las que puede hacerse uso de esos institutos, esto es, no tiene carácter excluyente. En razón de lo expuesto, por oponerse a lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, procede declarar inconstitucional la jurisprudencia cuestionada."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO Nº 4727-98 de las 9.27 horas del 3 de julio de 1998.

30. SECRETO DE ACTUACIONES. Oportunidad para decretarse.

"El artículo 296 del Código Procesal Penal, faculta al Ministerio Público para disponer, sólo por una vez, el secreto total o parcial de las actuaciones. Dicha medida debe ser tomada mediante resolución debidamente fundamentada y por un plazo que no puede exceder de diez días consecutivos, debe explicar de forma razonada y objetiva los motivos por los que el Fiscal considera que en el caso de que las actuaciones puedan ser de conocimiento de las partes, ello puede entorpecer la investigación. Es necesario también, que el imputado se encuentre en libertad, pues en el caso de que el imputado se encuentre privado de su libertad, el Ministerio Público se encuentra imposibilitado para decretar una medida en tal sentido. Sobre la privacidad de las actuaciones en el procedimiento preparatorio, vale hacer mención

al hecho de que por regla general, el proceso no es público para terceros, y las actuaciones sólo pueden ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes (artículo 295 del mismo Código). Con una interpretación lógico-sistemática de ambos numerales, se entiende que el secreto parcial o total del sumario es una medida que se dicta con el fin de que sean las partes las que no tengan acceso a las actuaciones del procedimiento preparatorio. Una interpretación contraria, o sea, que el secreto es para terceras personas, resultaría fuera de toda lógica, pues el artículo 295 dispone que por regla general las personas que no sean parte del procedimiento o sus representantes, no tienen acceso a las actuaciones. A nivel práctico, es obvio que en el momento en que el Fiscal deniega el acceso de las actuaciones a las partes, debe haber dictado con anterioridad, una resolución que respalde su actuación, y dicha resolución debe exponer en forma clara los motivos por los que restringe de manera temporal el acceso a las actuaciones. Posteriormente, la medida debe ser comunicada a las partes, con el fin de que puedan ejercer los controles que estime oportunos ante el Tribunal del Procedimiento Preparatorio... Tales medidas deben ser siempre motivadas, razonadas, fundamentadas con base en las circunstancias que rodean el hecho y los elementos probatorios con los que cuenta el Fiscal en esa etapa del proceso. En el caso que nos ocupa, y sin que el análisis que pueda hacer la Sala prejuzgue sobre la procedencia o no de la medida adoptada, es evidente que la actuación de la Fiscal fue total y absolutamente irregular. Nótese que en el momento en que la Fiscal deniega al defensor tener acceso a las actuaciones, no existía aún resolución que la legitimara a actuar en tal sentido, lo que violenta a todas luces el derecho de defensa... En otras palabras, en el momento en que la Fiscal denegó al abogado defensor la posibilidad de examinar las actuaciones, aún no existía resolución alguna en tal sentido y que pudiera respaldar en forma legítima su actuación."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 2200-98 de las 10.54 horas del 27 de marzo de 1998.

31. SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA. No viola el Derecho de Abstención.

"Al confrontar con tal garantía la norma impugnada (art. 25 CPP), se concluye que no hay violación alguna porque, en primer término, no se establece a cargo del imputado una ineludible obligación de declarar, sino más bien una posibilidad para hacerlo si lo cree conveniente a sus intereses, es decir, al amparo de dicha regla ninguna autoridad puede conminarlo a declarar; en segundo término, la negativa de declarar no puede causarle perjuicio alguno, si la única consecuencia de desatender las previsiones del artículo 25 cuestionado, será que el proceso penal sigue su curso normal, sin que el imputado pierda ni una sola de las garantías fundamentales que recoge nuestra Constitución Política en su favor y en caso de que decida aceptar su responsabilidad en el hecho, ello sólo tiene consecuencias respecto a la concesión del beneficio, pues caso de incumplimiento —lo que conlleva la prosecución del proceso— el reconocimiento otorgado no tiene mayores consecuencias, pues no puede ser tenido como un reconocimiento de culpabilidad.

Estos razonamientos son suficientes para afirmar que la norma impugnada no infringe el artículo 36 Constitucional, en tanto no se obliga al imputado a perjudicarse a sí mismo con su declaración, sino que se trata solamente de un requisito para el otorgamiento de la suspensión del procedimiento a prueba, sin ninguna trascendencia jurídica fuera del estricto contexto de esa gestión. Claro está que el imputado tiene que reconocer la comisión del ilícito si desea acogerse a la suspensión del proceso a prueba, pero se trata para él de un trámite opcional, adicional y prescindible del proceso penal, diferente de las bases constitucionales que conforman este último y necesario solamente para fundamentar las circunstancias en que el juez acuerda la suspensión y sus consecuencias. Es más bien —claramente— una creación legislativa que no atañe al ejercicio de los derechos fundamentales del imputado y, en concreto, del fijado en el artículo 36 constitucional por el que puede abstenerse de declarar en el proceso en su contra sin daño alguno."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 2404-98 de las 18.18 horas del 1° de abril de 1998.

32. SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA. El plazo para su procedencia no viola el derecho de defensa.

"Debe observarse, en fin, que se trata de un trámite optativo, dependiente de la voluntad del mismo acusado, que, de no concretarse, no produce más consecuencias jurídicas que la normal continuación del proceso, de modo que no puede decirse que una simple particularidad de su ejercicio, (como es la fijación de un plazo dentro del que debe ser planteada) contradiga por sí misma el ámbito de derechos y facultades constitucionalmente garantizados al ciudadano bajo la denominación del principio de defensa. Se reclama lo ilógico de que la solicitud de suspensión del procedimiento a prueba —junto con la confesión del imputado— deba hacerse antes de que el Juez valore la acusación y decida si sobreesee provisionalmente o eleva a juicio la causa, pero debe señalarse al respecto que esa valoración no resulta relevante para la suspensión del procedimiento a prueba porque esta última parte de otros presupuestos, en tanto que —al menos originalmente— no se concibe como una opción para que quien se considera inocente, sopesa las posibles ventajas o inconveniencias de sufrir un proceso penal (tal y como lo plantea el accionante), sino como una vía procesalmente expedita para que quien se estima culpable, repare el daño causado y solvente el conflicto social originado con la comisión del delito. Además, no es cierto, como lo deja entrever el recurrente, que la situación procesal pueda cambiar por el reconocimiento de la comisión del delito hecha por imputado dentro de una solicitud de suspensión del procedimiento a prueba, porque ésta tiene un alcance limitado y en caso de rechazo de la gestión, pierde cualquier valor jurídico."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 2404-98 de las 18.18 horas del 1° de abril de 1998.

33. SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA. No viola el principio de igualdad el Transitorio IV de la Ley N° 7728.

"El reclamo tampoco es procedente, primero porque la categorización y mediante ella la diferenciación establecida, no radica en el artículo 25 cuestionado, sino en el transitorio IV de la Ley número 7728 del veintiséis de diciembre del año pasado, que no ha sido cuestionado aquí. A esto se agrega que dicha categorización está plenamente justificada porque el transitorio recién mencionado hace referencia a los juicios "que se deban tramitar de conformidad con las reglas del Código de Procedimientos Penales de mil novecientos setenta y tres y sus reformas" que son, precisamente, aquéllos en los que está precluida la etapa de elevación a juicio empleada como referencia en el artículo 25 del Código Procesal Penal actual. Resulta por ello aceptable permitir (en los casos ya elevados a juicio cuando entró a regir el nuevo Código Procesal Penal) que la aprobación de la suspensión del procedimiento a prueba pueda darse hasta antes de la declaratoria del imputado en el debate, porque de lo contrario se dejaría al procesado sin ninguna posibilidad legal de pedirla por haber transcurrido el momento procesal fijado. Por lo expuesto, no hay infracción del principio de igualdad, dado que —como se explicó— la diferenciación es razonable y adecuada."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 2404-98 de las 18.18 horas del 1° de abril de 1998.

34. SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA. Principio de proporcionalidad y ejecución condicional de la pena.

"El reclamo planteado en esta acción se resuelve si absolvemos la cuestión de si es absurdo —por irracional o desproporcionado— que la suspensión del procedimiento a prueba solo proceda en caso de delitos donde la posible pena a imponer no exceda de tres años. Evidentemente no hay ninguna razón para entender que la condición fijada es inadecuada por restringida como para ameritar la intervención de la Sala. Por el contrario, se encuentra dentro de los límites de competencia del legislador, quien —como diseñador de la política criminal que ha de regir el país— tiene una gama de posibilidades para elegir, y eso es lo que ha hecho. Además, la regla cuestionada resulta acorde con el fin buscado con la creación de la figura de la suspensión del procedimiento a prueba, cual es resolver de forma rápida y sencilla ciertas infracciones cuyo grado de lesividad no sea muy alto. Así, no hay ninguna razón para decretar la inconstitucionalidad del artículo 25 del Código Procesal Penal, en cuanto exige para su otorgamiento los mismos requisitos del beneficio de ejecución condicional de la pena. Finalmente, debe indicarse que no se analiza la cuestión de si la intención del legislador era o no la promulgación conjunta de la reforma al Código Penal y el aumento del límite de aplicación del beneficio a penas de hasta cinco años de prisión, porque ello no pasa de ser una suposición y como tal no tiene ningún valor jurídico, de modo que resulta ocioso referirse a ella."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 2404-98 de las 18.18 horas del 1° de abril de 1998.

35. TENTATIVA INIDÓNEA. Diferencia con la tentativa idónea.

"Tanto en la tentativa idónea como en la inidónea existe un desvalor de la acción y un ánimo de cometer un hecho punible; el agente utiliza los medios que cree idóneos para la consumación, cree que sus actos son adecuados para consumir el ilícito y que el objeto es idóneo para la realización del tipo del injusto. Esto es, si se realiza un análisis meramente subjetivo no existe diferencia alguna entre la tentativa idónea e inidónea; sin embargo, mientras en la tentativa idónea los medios utilizados para consumir el delito sí son adecuados, en la tentativa inidónea esos medios no lo son y eso es lo que genera la no producción del resultado querido; en la tentativa inidónea lo que se da es un error de tipo al revés, que recae sobre el elemento intelectual del dolo, en donde el agente cree que el medio empleado es eficiente para la consumación del hecho, pero en realidad no lo es."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 1588-98 de las 16.27 horas del 10 de marzo de 1998.

36. TENTATIVA INIDÓNEA O DELITO IMPOSIBLE. Inconstitucionalidad de medidas de seguridad.

"En ese orden de ideas, los artículos 24 última frase, 98 inciso 5) y 102, inciso b) del Código Penal resultan inconstitucionales al prever la imposición de una medida de seguridad a un sujeto imputable, a quien lo que correspondería sería reprocharle la conducta de acuerdo con su culpabilidad en el hecho. Las medidas de seguridad están destinadas, no al tratamiento del delincuente como retribución de acuerdo con la gravedad y culpabilidad de su acción, sino a la peligrosidad social que represente. El surgimiento y razón de ser de las medidas de seguridad previstas para los imputables radica en el concepto de peligrosidad, atendiendo a un derecho penal de autor y tiene como fin la prevención de la comisión de delitos. No atienden a un criterio de culpabilidad por el hecho, sino a la calificación de una persona como "peligrosa", con probabilidad de cometer cualquier delito en el futuro. Históricamente el mayor impulso que se dio a las medidas de seguridad lo fue por la Escuela Positiva o Antropológica del Derecho Penal, que sustituyó la responsabilidad por la peligrosidad y consideró al delito como síntoma de patología psicossomática, que en cuanto tal debe ser tratado y prevenido, más que reprimido, con medidas pedagógicas y terapéuticas dirigidas a neutralizar su etiología. Esa es la doctrina que se encuentra en la base de la punibilidad de la tentativa inidónea, por cuanto, se considera que si bien la persona no llevó a cabo una conducta adecuada para producir el resultado, sí existió una intención de cometer el delito, con lo cual, el sujeto se torna "peligroso" para el ordenamiento jurídico; lo cual, a todas luces es impropio de un sistema penal que pretende ser respetuoso de las garantías y derechos básicos de las personas... En definitiva, se declara inconstitucional la frase "en tal caso se impondrá una medida de seguridad" contenida en el artículo 24 párrafo segundo del Código Penal, y los artículos 98, inciso 5) y 102, inciso b) del Código Penal por violación a los artículos 28 y 39 de la Constitución Política."

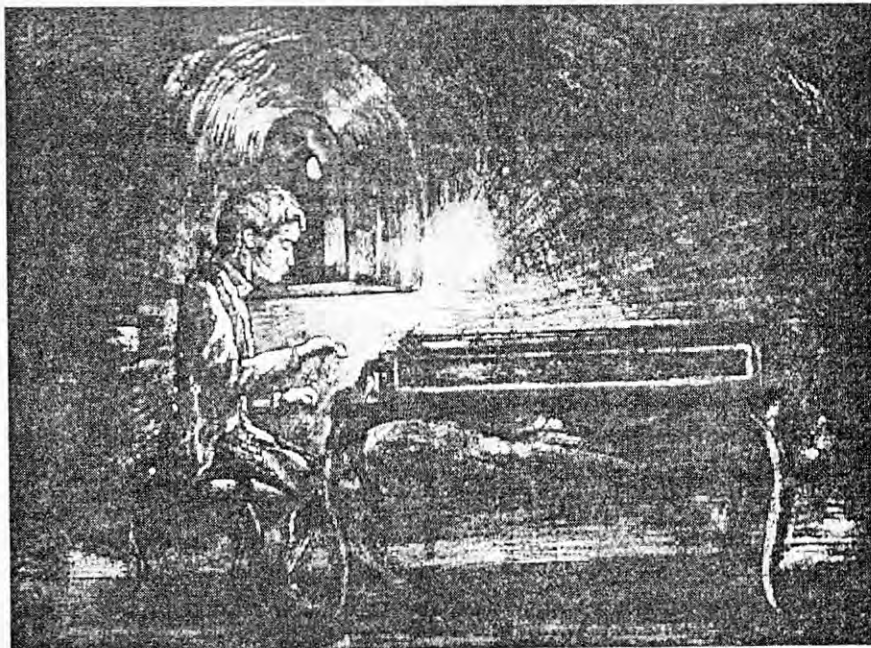
SALA CONSTITUCIONAL. VOTO N° 1588-98 de las 16.27 horas del 10 de marzo de 1998.

37. TENTATIVA INIDÓNEA O DELITO IMPOSIBLE. Principio de legalidad y de ofensividad.

"En relación con el tercer argumento formulado por el Tribunal consultante, en el que señala que tiene dudas sobre si la reacción estatal frente a la tentativa inidónea o delito imposible quebranta el principio de legalidad, por cuanto "no puede ejecutarse algo que es imposible de ser llevado a cabo"; considera esta Sala que en el caso del delito imposible, no se está ante un caso de atipicidad, por cuanto, el delito imposible o error de tipo al revés constituye, al igual que la tentativa idónea, un dispositivo amplificador del tipo que a juicio de este Tribunal no resulta inconstitucional. De hecho, figuras como la participación, la tentativa, la acción por omisión, son comportamientos que no están comprendidos en los tipos penales de la parte especial del Código; sino, que el legislador las prevé en la parte general, refiriéndolas a todas las hipótesis delictivas, introduciendo así un mecanismo o dispositivo que permite ampliar el radio de acción o el alcance de los diversos supuestos de hecho. De esa forma, los dispositivos amplificadores del tipo permiten cubrir o extender la punición a

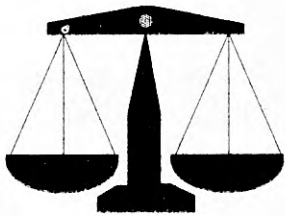
tales manifestaciones del quehacer humano, sin violentar el principio de tipicidad ni de legalidad, pues las conductas sí se encuentran descritas en la ley. Si bien es cierto, para una parte de la doctrina, la inexistencia o inidoneidad del objeto, medio, etc., determina la ausencia de tipicidad del comportamiento; tanto la tentativa idónea como inidónea constituyen formas imperfectas de ejecución a las que se les extiende la amenaza de la pena prevista para los tipos delictivos consumados. En ambos casos sí se da un comienzo en los actos de ejecución, pues, si sólo se dieran actos preparatorios, obviamente, se estaría ante supuestos de impunidad absoluta. La misma naturaleza y esencia del delito imposible implica que obviamente el tipo penal no se perfeccione por imposibilidad, de ahí que sería un contrasentido decir que no se puede ejecutar lo imposible. El problema de la reacción penal frente al delito imposible o tentativa absolutamente inidónea es de vulneración al principio de ofensividad —conforme se indicó— y no de violación al principio de legalidad."

SALA CONSTITUCIONAL. VOTO Nº 1588-98 de las 16.27 horas del 10 de marzo de 1998.



"Tocandito" - Aguainta

José Alejandro Herrera



LIBRERÍA BARRABÁS E.I.R.L.

***Especialidad en libros sobre Derecho.
Importadora de España, Argentina, Colombia y México.
Además ofrecemos todos los Códigos y Leyes nacionales.
Librería Barrabás, 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 ceste del Restaurante Alpino***

Precio ¢ 1.500



Esta Revista se edita con la colaboración del Colegio de Abogados de Costa Rica