

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

AGOSTO, 2001

AÑO 13, N° 19

DOCTRINA EXTRANJERA

Ingeniería de la verdad procedimiento penal comparado
Alberto Bovino

Aproximación al estudio de la criminalidad mediante
computadoras
Luis Miguel Reyna Alfaro

La reforma procesal penal en Centroamérica
César Crisóstomo Barrientos Pellecer

DOCTRINA NACIONAL

El concepto de "ley anterior" del artículo 39 de la
Constitución: la exigencia de la tipicidad
Henry Issa El Khoury

Mala praxis médica y sus consecuencias penales
Carlos Tiffer

El mérito –especie fáctica– de la sentencia penal
en el recurso de casación
Alonso Salazar

Derecho y proceso penal garantista y la
Revolución Francesa
Ricardo Salas

Más ley, menos derecho: comentarios sobre la
Ley contra la Explotación Sexual de las Personas
Menores de Edad
Alexánder Rodríguez C.

La acción civil resarcitoria en el proceso abreviado
Rosaura Chinchilla Calderón

¿Desdibujar sujetos o derribar los dogmas? El desafío
de construir un Derecho Penal Juvenil sustantivo
Gustavo Chan Mora

Los derechos indígenas y su situación frente al
Derecho Penal (el caso del error culturalmente
condicionado)
J. Federico Campos Calderón

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de casación penal
Martín Rodríguez Miranda



CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica
AGOSTO 2001

AÑO 13, N° 19

Junta Directiva

| | |
|------------------------------|----------------|
| Cecilia Sánchez Romero | Presidente |
| Roberto Madrigal Zamora | Vicepresidente |
| Roy Murillo Rodríguez | Secretario |
| Rafael Sanabria Rojas | Tesorero |
| Douglas Durán Chavarría | Fiscal |
| Carolina Leitón Rodríguez | Vocal |

Consejo Editorial

Daniel González Álvarez -
Director
Henry Issa El Khoury
Jacob
Francisco Dall'Anese Ruiz
Roberto Madrigal Zamora

INDICE

EDITORIAL

DOCTRINA EXTRANJERA

Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado. **Alberto Bovino**

Aproximación al estudio de la criminalidad mediante computadoras. **Luis Miguel Reyna Alfaro**

La reforma procesal penal en Centroamérica. **César Crisóstomo Barrientos Pellecer**

DOCTRINA NACIONAL

El concepto de "ley anterior" del artículo 39 de la Constitución: la exigencia de la tipicidad. **Henry Issa El Khoury Jacob**

Mala praxis médica y sus consecuencias penales. **Carlos Tiffer Sotomayor**

El mérito -especie fáctica- de la sentencia penal en el recurso de casación. **Alonso Salazar**

Derecho y proceso penal garantista y la Revolución Francesa. **Ricardo Salas**

Más ley, menos derecho: comentarios sobre la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad. **Alexánder Rodríguez.**

La acción civil resarcitoria en el proceso abreviado. **Rosaura Chinchilla Calderón**

¿Desdibujar sujetos o derribar dogmas? El desafío de construir un Derecho Penal Juvenil sustantivo. **Gustavo Chan Mora**

Los derechos indígenas y su situación frente al Derecho Penal (el caso del error culturalmente condicionado). **J. Federico Campos Calderón**

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de casación penal. **Martín Rodríguez Miranda**

El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de su

autor y no necesariamente refleja la opinión del Director, del Consejo Editorial o la Asociación

Ingeniería de la verdad

Procedimiento penal comparado

Por Alberto Bovino

Este enfoque historiográfico de tipo retrospectivo representa el rasgo más característico de la inquisición. La inquisición no es sólo instrucción secreta, ausencia de defensa y exclusión del contradictorio. Es, antes que eso, un método de investigación, una lógica, una teoría del conocimiento. El método consiste precisamente en la formulación y en la fundamentación autoreflexiva de las acusaciones o de las hipótesis historiográficas, que no sigue, sino que precede a la investigación, la orientan y son, ellas mismas, guía y clave de la lectura de los hechos. La forma lógica y argumentativa es aquella del razonamiento circular y de la petición de principios. El resultado es la infalseabilidad preordenada de las acusaciones. En fin, dada su base tautológica no disponible ni a la verificación ni a la refutación empírica, la inquisición se configura como un modelo investigativo marcado por un específico objeto procesal: no los delitos sino el reo, no los hechos concretos sino la personalidad mismo -moral, intelectual- del imputado.

De esta base epistemológica, en la que coinciden la historiografía idealista-conspirativa y la lógica procesal inquisitiva, descende la tendencia a considerar como falsas, o inatendibles, o multisignificativas, todas las fuentes de prueba que contradigan las acusaciones y a volver a buscar, entonces, los elementos que le resultan concordantes.

Luigi Ferrajoli, II caso '7 de aprile. Lineamenti di un proceso inquisitorio.

I. Introducción

Un modelo de procedimiento penal puede ser estudiado, entre otras maneras, como un método de construcción de la verdad. Para ello, analizaremos la estructura del procedimiento, los actores que intervienen en él y sus atribuciones. No intentamos un análisis detallado de algún código o de las cláusulas del código procesal penal que fuera responsable de traer a Buenos Aires la costumbre de pronunciar las condenas penales a viva voz. Analizaremos, en cambio, ciertas características de dos modelos de procedimientos penal que confiesan un objetivo común como instrumentos realizadores de la búsqueda de la verdad.

Ambos modelos presentan profundas diferencias. Las razones de estas diferencias pueden ser halladas en la tradición jurídica propia de cada sistema y en las circunstancias históricas, políticas y sociales que les dieron origen y que actualmente conforman su sentido cultural. Sin embargo, estas razones serán dejadas de lado, para indagar, hoy, acerca de una lectura posible de dos modelos considerados antagónicos.

El primer modelo es el procedimiento estadounidense, modelo acusatorio formal de la tradición jurídica anglo-sajona. El segundo, el procedimiento federal de nuestro país, muestra del sistema inquisitivo reformado de la tradición jurídica continental europea del siglo XIX.

Antes de señalar diferencias, es preciso destacar similitudes. La literatura perteneciente a la tradición continental repite, casi al unísono, que la averiguación de la verdad es el objetivo del procedimiento penal. Si bien la meta última del procedimiento penal consiste en la realización del derecho penal, en la aplicación del derecho penal sustantivo, esa meta sólo puede ser alcanzada si, a través del procedimiento, se determina la verdad del acontecimiento histórico que funda la imputación de responsabilidad y, a la vez, torna necesaria la respuesta punitiva. En el contexto anglo-sajón y, más particularmente, en el ámbito estadounidense, también se consolida la misma afirmación: la búsqueda de la verdad es el objetivo del procedimiento, aun cuando esta afirmación puede resultar extraña por diversas razones¹[1].

Frente a estas similitudes, podríamos creer que la única diferencia entre ambos modelos es instrumental, esto es, que sólo existe en la medida en que a través de distintos métodos se persigue un objetivo común. Sin embargo, a pesar de esa similitud de objetivos, es posible indagar diferencias en el significado de los distintos presupuestos que fundan cada uno de los modelos de construcción de la verdad considerados. Pasemos, ahora, a esas diferencias.

II. The American way of punishment

Llama la atención, al leer doctrina y jurisprudencia estadounidenses, que su particular sistema de enjuiciamiento penal es considerado sólo como *uno* de los métodos posibles para averiguar la verdad, y no el único²[2]. Si tuviéramos que describir las particularidades del procedimiento estadounidense que más interesan en esta discusión, deberíamos destacar dos de ellas:

- a) La estructura del procedimiento: todas las reglas del proceso están diseñadas para que un juzgador profesional inactivo -el juez- escuche cómo lo abogados de ambas partes -fiscal y defensor- presentan su propia versión de los hechos discutidos de la mejor manera posible para el interés que representan. El tema a discutir es aquel que las partes presentan ante el juzgador, es decir, aquel en el cual las partes no están de acuerdo.
 - b) El juzgador no profesional: las decisiones principales -el veredicto de culpabilidad en el juicio, la aplicación de la pena de muerte, la decisión inicial que permite al fiscal dar comienzo formal a la persecución- son tomadas por
-

personas que no sólo no son profesionales del derecho sino que, además ni siquiera son jueces permanentes³[3].

En el derecho continental, en cambio, se otorga facultades inquisitivas al tribunal, que van más allá de las tareas decisorias, y se destaca que tales facultades son necesarias por ser, precisamente, la búsqueda de la verdad el objetivo del procedimiento penal. A través de este mecanismo justificatorio se autoriza al tribunal a desempeñar una actividad que excede, ampliamente, el papel estrictamente decisorio propio del Poder Judicial. Así, se presume que al otorgarle a dos órganos diferentes la obligación de descubrir la verdad -ministerio público y tribunal-, el objetivo resulta alcanzable más fácilmente, y también que el tribunal, por ocupar un lugar considerado "neutral", se halla en mejor posición que las partes para alcanzar la verdad. A esta consideración se agrega que -en nuestro país- el tribunal está integrado, exclusivamente, por jueces permanentes y profesionales, esto es, por personas que se ocupan profesionalmente de estos menesteres y que han sido entrenadas en un saber específico: el saber jurídico.

El primer modelo asume que hay diferentes maneras de presentar, apreciar o evaluar las circunstancias de hecho y los principios normativos aplicables a cada caso y que hay dos partes con intereses diferentes. Esas *partes* actúan como *representantes de un interés* que configura una interpretación determinada del caso. El interés por la persecución penal es considerado un interés más, como la expresión de ciertos valores, y al mismo tiempo, es equiparado -puesto al mismo nivel- al interés individual que resiste la persecución estatal.

En la lucha por la construcción de la verdad que tiene lugar en el proceso penal estadounidense cada parte ofrece la prueba como propia. Existen los testigos de la acusación y los testigos de la defensa. Hay dos partes que pugnan por la construcción de la verdad que servirá de fundamento a la decisión del caso. No sólo se trata de una pugna cuyo fin busca la mejor manera de establecer frente al juzgador la verdad jurídica posible, sino que además, el mismo método tiene como fundamento un concepto de verdad fundamentalmente comprensivo de los intereses que intentan configurarla.

Se podría sostener que esta configuración del procedimiento se debe a la necesidad de dar entrada a otros valores de rango superior o similar a la averiguación de la verdad. El derecho de contrainterrogar a los testigos de la otra parte se podría considerar, para el imputado, una consecuencia del derecho de defensa⁴[4], y no un problema conceptual sobre el método para alcanzar la verdad jurídica. Pero el derecho existe para ambas partes y no sólo para el defensor. Los estadounidenses consideran este derecho como una de las facultades básicas que deben tener ambas partes para que el procedimiento pueda servir a su fin: la averiguación de la verdad.

Es cierto que las garantías que operan en el ámbito de la persecución penal constituyen *límites al interés que la actividad del fiscal y la policía representan* en su misión de exposición y construcción de la verdad interesada en la persecución penal. Sin embargo, al reconocer que las dos partes se enfrentan con una actividad expresiva de intereses concretos y opuestos en la solución del caso, y que este es el mejor modo de estructurar la participación de los actores para la búsqueda de la verdad que se construirá judicialmente, las garantías procesales no representan sólo aquellos otros valores que deben ser considerados, sino que, también, son un presupuesto básico del sistema de construcción de la verdad que requiere de la actividad de las partes. La limitación, entonces, no existe únicamente para relativizar la necesidad de averiguar la verdad sino, precisamente, para estructurar un método que permitirá construirla a través de la actividad de las partes.

Cuando el fiscal estadounidense, en el curso de la investigación preparatoria para el juicio, obtiene prueba que puede beneficiar al imputado, no tiene la obligación de producir esta prueba en el juicio. Pero la jurisprudencia ha establecido que el fiscal debe notificar al defensor sobre la existencia de esta prueba si no desea correr el riesgo de anulación de la eventual condena⁵[5]. La decisión jurisprudencial entiende, simplemente, que no puede existir una persecución "objetiva" por parte de quien es, precisamente, encargado de perseguir. En cambio, envía una señal clara al fiscal, como mecanismo preventivo: si oculta ese tipo de prueba, la condena puede ser revocada, porque se impidió al imputado presentar el caso del modo más conveniente para él. Pero lo más importante que la decisión expresa es que no puede imponerse al fiscal una tarea imposible: no puede esperarse que quien representa al interés persecutorio actúe objetivamente, de modo neutral, tratando de conciliar ese interés con el del imputado que resiste la imputación⁶[6].

El procedimiento regula la actividad de dos partes que, representando intereses contrapuestos, intentan obtener una construcción de la verdad acorde con esos intereses. Ambas partes, por ser tales, están interesadas en la solución del caso y deben ser controladas. El tribunal y el jurado no participan en la actividad que pretende formular una interpretación determinada de la verdad jurídica aplicable al caso.

El jurado presencia la producción de la prueba, escucha los alegatos y recibe las instrucciones del juez respecto de los cargos y el derecho aplicable. Discute luego, en secreto y no da razones sobre su veredicto. La imposibilidad de controlar su veredicto unida al significado político de la participación ciudadana en asuntos penales explica el poder del jurado de no aplicar la ley en el caso concreto *-nullification-*, aun en aquellos casos en los cuales la prueba, según criterios continentales tradicionales, indica de modo manifiesto la responsabilidad del acusado⁷[7].

III. El procedimiento federal argentino

Pasemos, ahora sí, al procedimiento vernáculo. El sistema prevé que un juez de instrucción desarrolle una investigación, considerada imparcial y objetiva, sobre un hecho eventualmente punible. Este personaje lleva adelante la pesquisa y decide la situación de los posibles responsables.

El fiscal, luego de requerir que se investigue el hecho -requerimiento que se limita al hecho y no a los imputados-, habilita a este buen señor, paradigma de la aplicación imparcial de la ley, a perseguir a quienes considere involucrados. El diseño federal, al conceder la suma de las facultades persecutorias al tribunal -de modo mucho más acentuado durante la instrucción, pero también durante el debate y su preparación-, convierte al fiscal en una figura secundaria.

El modelo federal, como otro modelo posible, adopta un esquema que construye la verdad de un modo diferente a la del ejemplo estadounidense.

Las decisiones estarán a cargo de personas especialmente entrenadas en el campo del saber jurídico. Para alcanzar la verdad jurídica que resuelve el caso, el prisma de la formación difundida en las facultades de derecho resultará imprescindible: la verdad sólo puede alcanzada por los iniciados. Esta sola circunstancia ya indica que aquí la verdad se construye de un modo diferente. Pero esta no es la única señal, la actividad de los intervinientes agrega diferencias respecto del modelo anterior.

La posición activa del tribunal, a cargo de la representación de intereses contradictorios -persecutorios y defensas, con el triunfo inevitable de los primeros-, permite afirmar que la verdad puede ser definida de una sola manera, en términos supuestamente neutrales⁸[8]. Se parte de la negación de los diversos intereses que intervienen en el proceso de construcción de la verdad judicial.

Si el tribunal puede reemplazar al fiscal, o en otras ocasiones, colaborar con él, es, entre otros motivos, por el deber objetivo que pesa sobre el fiscal. Si aceptamos la ficción que postula que el fiscal, interesado en la persecución, puede obrar objetivamente, con mucha más razón esta tarea puede resultar posible para el tribunal y, por ello, no parece irrazonable que este último ejerza funciones investigativas y requirentes. Y si afirmamos que quien investiga y persigue no puede ser imparcial para decidir situaciones tales como el *procesamiento* o la *detención preventiva*, no por una cuestión personal sino por su posición investigativa y persecutoria, la afirmación es rechazada porque se trata de jueces, personas que, especialmente según la particular cultura jurídica, son imparciales por definición.

Respecto a este tipo de cuestiones, el sistema de jurados clásico presenta la gran ventaja de que permite una discusión franca sobre las normas que regulan la producción de la prueba y sobre la admisibilidad de la prueba en el caso.

La información sobre los antecedentes del imputado, como regla, no resulta admisible en un juicio penal estadounidense, porque se presume que esta información

puede desviar la atención del jurado a cuestión que no tiene relación alguna con la imputación⁹[9]. Si argumentamos sobre el peligro de la introducción de estos datos, no ofenderemos a ningún miembro del tribunal si argumentamos sobre el peligro que genera la introducción de estos datos. La regla trata de evitar que los jurados supongan -como muchos de nosotros, jueces o no, legos o abogados- que porque el imputado una vez cometió un delito, esta vez también lo ha hecho, cuando la condena, por un principio normativo, debe fundarse exclusivamente en la prueba producida en el juicio y referida al hecho objeto de la imputación.

Sin embargo, resulta difícil, sino imposible, que los adeptos a la cultura inquisitiva comprendan que, por jueces que sean, el conocimiento de los antecedentes del imputado o, para agregar otro ejemplo, del expediente resultado de la instrucción, influye, necesariamente, sobre su percepción del caso¹⁰[10].

El modelo federal descansa sobre una piedra basal: un concepto de *verdad objetiva*. Se asume que la determinación del hecho y -más insólito aún- la interpretación de datos fácticos a la luz de principios normativos de los que resultan inescindibles, es una apreciación objetiva, realizada de modo aséptico. Se justifica la realización de una tarea imposible: la construcción judicial de una verdad desinteresada, en ejercicio de una actividad investigativa, requirente y decisoria que obliga a la representación de *intereses contradictorios*. Mientras todo el ordenamiento jurídico reconoce como uno de sus *principios generales* la imposibilidad de que un sujeto represente intereses de partes que se hallen en conflicto, este principio es ignorado completamente por ciertos sujetos -los jueces penales- llamados a decidir sobre cuestiones relativas a la aplicación del castigo.

Todo el procedimiento federal es el reflejo de esta creencia. El papel procesal del fiscal y las funciones del juez de instrucción y del tribunal de juicio, no son más que la expresión clara y detallada de esta noción de que resulta posible, a través del procedimiento penal, que estos actores construyan objetivamente la verdad condenatoria del acusado.

El procedimiento inquisitivo histórico estuvo informado por este particular método de construcción de verdad judicial. Cuando el inquisidor negaba la defensa del imputado, no negaba un derecho, sino que utilizaba el único método que creía posible para averiguar la verdad. La actividad defensiva, formulada la hipótesis persecutoria, sólo podía actuar como impedimento de la verificación de esa hipótesis. Iniciada la persecución, la hipótesis originaria se alimentaba a sí misma y, al mismo tiempo, orientaba la actividad destinada a su confirmación.

Hoy la noción de delito, definida en términos de infracción de una norma estatal, reemplaza a la vieja idea de pecado. Sin embargo, así como antes el inquisidor era el único funcionario idóneo para alcanzar la verdad, hoy son los jueces los constructores exclusivos

de la verdad judicial. El ilícito penal continúa fundándose en el quebrantamiento de una norma antes que en la producción concreta de un daño a un tercero.

La intervención del imputado sigue reflejando la desconfianza hacia su versión de los hechos una vez que un miembro del poder judicial decide que él puede ser culpable. Un buen ejemplo de esta concepción es la declaración indagatoria. El imputado no puede ver el expediente antes de su declaración, sólo tiene derecho a confiar en la versión del caso que le brinda el juez de instrucción, que es, precisamente, *quien lo está persiguiendo*..

IV. Las palabras de la ley.

El lenguaje del texto legal ayuda a comprender los presupuestos del modelo. Cuando el juez de instrucción cita al imputado no lo escucha, lo "indaga". La carga de sospecha del término sugiere el valor que se dará a sus explicaciones. La construcción de la verdad condenatoria se realiza por etapas sucesivas que agregan porciones de culpabilidad, del mismo modo que en el procedimiento inquisitivo histórico.

El término "imputado", a su vez, diluye a la figura del acusador y destaca la existencias de una imputación, de la atribución de un hecho. La persecución se objetiviza, se dirige a la discusión sobre un hecho, y desaparece la atención sobre quien realiza la persecución. La objetivación, paradójicamente, viene acompañada por un proceso de subjetivización. Así, el término "imputado" trae consigo un aspecto objetivo -el hecho supuestamente cometido- y, además, un aspecto subjetivo que apunta directamente hacia la persona perseguida penalmente. Sólo permanecen, en la escena del procedimiento, dos elementos: el hecho -el delito, estereotipo del disvalor- y la persona sometida a persecución.

En el ámbito estadounidense, las palabras también brindan señales significativas. El equivalente al "imputado" es el "*defendant*": quien se defiende. Una causa federal se llamará, por ejemplo, "*United States versus Smith*". La idea de oposición de intereses es inequívoca; también lo es la identificación de los enfrentados¹¹[11]. Quien se defiende, lo hace porque está siendo atacado, agredido. La expresión no destaca la realización de un hecho sino que la circunstancia inequívoca de que alguien persigue (se opone) a quien se defiende. Se relativiza el hecho y, consecuentemente, la posibilidad de la construcción objetiva de la imputación. El conflicto de intereses, las pretensiones opuestas, son el centro de atención en el ámbito del proceso. Por otra parte, en este escenario el juzgador sólo se ve obligado a formular una hipótesis sobre la cuestión que debe decidir luego de que ambas partes completan toda su actividad probatoria y argumentativa. Cada interviniente tiene clara su función; la verdad condenatoria no se asume, debe ser construida a través de la actividad "dialógica" de las partes, y decida por quienes entran en contacto con el caso sólo cuando comienza el juicio.

Nuestro procedimiento, en cambio, representa una suma de pasos y etapas tendientes a confirmar la hipótesis persecutoria original. Su modelo de construcción de la

verdad orienta la actividad que, de modo circular y tautológico -como señala Ferrajoli- conduce a la confirmación y autojustificación del proceso iniciado.

Si el procedimiento anglo-sajón -efectivamente contradictorio- significa un diálogo entre las partes, el procedimiento federal podría, en ciertos casos, ser definido como un monólogo del tribunal inquisidor –aun cuando en muchos casos el procedimiento no sea un monólogo, también es cierto que con seguridad ño parecerá un diálogo-.

V. La confesión

Las reglas referidas a la declaración del imputado representan, en ambos sistemas, un buen indicio de sus presupuestos valorativos. Veamos, primero, cómo funciona el juramento de decir verdad del imputado en el proceso de los EE.UU.

Iniciada la persecución formal, el juez describe al imputado el hecho que el fiscal le atribuye y le pregunta cómo se declara. La pregunta, que no es un pedido de explicaciones, sólo significa, aproximadamente: “¿cómo reacciona usted frente a la imputación?”. Las únicas respuestas posibles son: “me considero culpable”, con lo cual se evita la realización del juicio y se avanza sin escalas a la etapa siguiente, la audiencia de determinación de la pena; o “considero no culpable”, con lo cual el fiscal, para lograr una condena, debe probar la imputación en el juicio.

En ningún momento, durante el juicio, el imputado recibe preguntas o pedidos de explicación; él puede decidir si declara o no lo hace. El fiscal y el defensor abren el juicio con un breve alegato sobre el caso y, a continuación, el fiscal debe presentar toda la prueba que intenta verificar la imputación. El defensor recién interviene cuando el fiscal termina, y puede introducir prueba o no hacerlo, si considera que la prueba de cargo no alcanza para un veredicto condenatorio. Si produce prueba, el imputado puede declarar, pero lo hará bajo juramento.

La pregunta del juez, al principio del procedimiento, no es un interrogatorio al imputado, sino sólo una pregunta sobre actitud del imputado frente a la imputación, para determinar si la resistirá (en el juicio) o prefiere no hacerlo. La última opción es posible a través de un *guilty plea* (reconocimiento formal de su responsabilidad penal). El significado y la función de este acto procesal se aprecia más precisamente cuando el imputado, a través de un *plea de nolo contendere*, acepta la imposición de la pena y, a la vez, rechaza su responsabilidad personal por el hecho 12[12].

En cuanto al juicio, el imputado es considerado un testigo más y, como tal, sometido al mismo juramento. El declara del mismo modo que un testigo del fiscal y su testimonio es considerado, en abstracto, en términos idénticos. Por otra, parte, nadie lo interroga ni le pide explicaciones, y su decisión de no declarar no puede ser mencionada frente al jurado;

tampoco manifiesta expresamente su decisión de no declarar en ejercicio de sus derechos. Aun cuando el jurado conoce la decisión del imputado de no declarar, es posible que ella sea considerada como una decisión estratégica más del defensor, especialmente si el caso indica –como es usual – que las partes sólo seleccionaron las pruebas más importantes.

Más importante aun es el momento en el cual el imputado toma su decisión. Él decide si declara después de que el fiscal presentó el caso, es decir, sólo después de que esta hipótesis ha sido demostrada en cierta medida, y no antes.

En nuestro procedimiento, cada vez que se interroga al imputado, se pide alguna explicación sobre la imputación. Pedir explicaciones supone, necesariamente, asumir que la imputación puede ser cierta o, también, que tiene algo de cierta. En el debate, antes de que el fiscal haya demostrado nada, el juzgador pide explicaciones al imputado. La pregunta, previa a toda actividad probatoria, supone hasta cierto punto, la responsabilidad del imputado. Las reglas sobre declaración de varios imputados indican la misma suposición: sin presumir su culpabilidad, no tiene sentido excluir de la audiencia a aquellos que declaren últimos. Por otra parte, las reglas sobre el orden de producción de la prueba- del proceso y no de las partes-, no sólo admiten que el orden sea dispuesto por el tribunal, sino también que se produzca prueba exculpatoria antes de introducir prueba incriminatoria. Antes de incorporar prueba condenatoria que indique, al menos en cierta medida, la responsabilidad del imputado no tiene sentido –a menos que asumamos la responsabilidad del imputado- producir prueba que lo desincrimina, y mucho menos aún cuando se supone que la regla de inocencia anticipada deposita el onus probandi en la parte acusadora.

VI. Para acabar

Las cuestiones tratadas, aunque escasas, sirven para sugerir y destacar algunos de los presupuestos que fundan cada uno de los modelos.

En el modelo estadounidense las facultades de los intervinientes- fiscal, imputado, Tribunal y jurado- están claramente diferenciadas y limitada, y existe una descentralización del poder decisorio. En nuestro modelo, el tribunal representa la máxima concentración de poder.

La participación de jurados en el primer modelo, por otra parte, produce consecuencias que exceden el sentido político que se puede otorgar a esa participación 13[13]. Al mismo tiempo, la persecución penal articulada en el proceso reconoce la existencia de intereses diversos y opuestos y, además, que la persecución, como hipótesis interesada en la construcción de la verdad, debe ser diferencia de la tarea decisoria. El proceso que culmina en la decisión posibilita la consideración de los diversos intereses y, también, la no imposición de consecuencias jurídicas consideradas injustas.

El modelo estadounidense reconoce al imputado como titular de derechos, y lo coloca, al enfrentarlo, en pie de igualdad con su acusador. Nuestro procedimiento, en ñcambio, coloca al perseguido en una posición difícil. Sus reglas presumen la verdad sobre la imputación en la misma medida en que el procedimiento avanza. El imputado se enfrenta, durante todo el procedimiento, con dos acusadores: el tribunal y el fiscal. La necesidad de averiguar la verdad inclina la balanza en su perjuicio y limita su posibilidad de ejercer efectivamente sus derechos. El es, en todo caso, una víctima del método de indagación elegido para la construcción de la verdad.

Aunque suene paradójico, no hemos intentado aquí glorificar el procedimiento estadounidense o denostar el propio. El juicio estadounidense no es, hoy, el principal método de atribución de responsabilidad penal en ese país: sólo el 10% de las condenas son resultado de un juicio¹⁴[14]. Por otra parte, nuestro procedimiento y nuestra organización judicial, en aras de la obtención de la verdad que pretende alcanzar, establece un método y una distribución de esfuerzos altamente ineficientes para obtener pronunciamientos condenatorios.

Nuestro modelo procesal actúa, para quienes no resultan perseguidos por la ineficiencia del sistema, *como garantía*¹⁵[15]. Resulta imposible obtener un alto índice de sentencias condenatorias con un procedimiento tan formalizado y burocrático, aun cuando la participación e iniciativa de los jueces, en tareas persecutorias impropias de su función, se suma a los esfuerzos de los fiscales¹⁶[16]. A pesar de la voluntad inquisitiva de sus operadores, la ineficiencia del modelo de construcción de la verdad resulta, hasta cierto punto y paradójicamente, un límite a la persecución obligatoria de todos los hechos punibles que dispone el art. 71 de nuestro Código Penal.

Ello no significa que nuestros jueces sean ineficientes o que no estén de acuerdo con la posibilidad de aumentar la capacidad represiva del sistema. Significa, simplemente, que han sido llamados a cumplir una tarea que, debido al texto legal, resulta imposible de cumplir.

171] Nos referimos a la ausencia del principio de legalidad procesal (contenido, en nuestro derecho, en el CP, 71), a la posibilidad de respuestas no penales aun para los casos en los cuales se intenta dar respuesta a ciertos conflictos a través de la justicia penal *-diversión-*, a la facultad del fiscal de negociar los cargos que constituirán, finalmente, la imputación formal. Sin embargo, cuando el caso llega a juicio, se debe demostrar ante el jurado la verdad de la imputación formulada por el fiscal; la misma obligación de determinar la verdad de la imputación existe, si bien mucho más limitadamente por el carácter propio de la práctica del *plea bargaining*, cuando el imputado se declara culpable a través de un *guilty plea* -con o sin *plea bargaining*, puesto que, si bien esto es lo que sucede en la gran mayoría de los casos, no todas las declaraciones de culpabilidad implican la existencia de un *plea bargaining*- antes del juicio. Es un requisito, en el orden

federal, que el juez compruebe de algún modo la probabilidad de que sea cierto el hecho que el imputado reconoce como propio. Por otra parte, en este trabajo el análisis comparativo se realiza a partir de los dos modelos de juicios que ambos sistemas regulan, con lo cual deberíamos dejar de lado el sistema de *plea bargaining*, que permite las condenas sin juicio. Si bien cualquier intento de estudio *serio* del procedimiento estadounidense debería dedicarse extensamente a la práctica del *plea bargaining*, por ser este el método a través del cual se resuelven más del 90% de los casos penales en los EE.UU., en este trabajo nos dedicaremos a analizar ciertos aspectos del juicio de ese país por el significado de sus reglas, que resulta interesante contrastar con las de nuestro procedimiento.

18[2] Los estadounidenses no sólo reconocen a su sistema de enjuiciamiento como uno de varios métodos posibles para averiguar la verdad, sino que también afirman que es el mejor. Sin embargo, ello no les impide, como le sucede a los juristas continentales, caer en la confusión de creer que su procedimiento sea el *único método posible* para averiguar la verdad. En nuestro medio, en cambio, se asumen, sin discusión, que el tribunal inquisitivo es la única forma existente de averiguar la verdad, sin reconocer que el que el mismo objetivo puede alcanzarse a través de otras formas de organización del procedimiento.

19[3] La decisión inicial de permitir la persecución penal sólo está en manos de legos, necesariamente, en el sistema federal, pues la Corte Suprema ha establecido que esta garantía no se aplica a los Estados; ver *Hurtado v. California* (1884).

20[4] Así, para el modelo continental, Maier, Derecho procesal penal, 2ª ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, & 6, D.

21[5] Las principales decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU. que impusieron este deber al fiscal, de avisar al defensor sobre la existencia de prueba exculpatoria, so *Mooney v. Holohan*, 294 US 103 (1935); *Brady v. Maryland*, 373 US 83 (1963) y *United States v. Agurs*, 427 US 97 (1976).

22[6] El fiscal sólo debe trasladar la información al defensor. Él se ocupará de valorar ese elemento y determinará le conviene utilizarlo: se respeta el interés del imputado y, al mismo tiempo, se evita el ingreso autoritario al procedimiento de aquello que el estado, sin consulta, considera favorable para el interés de su contraparte.

23[7] Esta facultad puede complicar la tarea del fiscal en cierto tipo de casos. Ello sucedía, por ejemplo, durante la vigencia de la "ley seca".

24[8] Sólo intentamos sugerir aquí, sin entrar en mayores desarrollos, que los conceptos de verdad que presuponen ambos modelos de procedimiento son diferentes. El concepto de verdad que sustenta y da forma a ambos modelos de enjuiciamiento sólo coincide en su significante y no en su significado.

No discutimos aquí si es la forma (el procedimiento y sus reglas) la que determina el concepto de verdad de cada modelo o si, por el contrario, es el procedimiento el que resulta determinado por el concepto de verdad que se pretende alcanzar a través de sus reglas.

25[9] "Es un principio de larga trayectoria en nuestro derecho que la prueba sobre la comisión anterior de un delito es inadmisibile para probar la *disposición* para cometer delitos, de la cual el jurado pueda inferir que el acusado ha cometido el delito que se le imputa. Dada que esta probabilidad es alta, los tribunales presumen el perjuicio y excluyen las pruebas sobre otros delitos, a menos que ellas resulten admisibles para otros propósitos sustanciales y legítimos...". *Drew v. US*, 331 F. 2d. 85, 88 (D.C. Cir. 1988).

26[10] Un caso particular de esta situación es el de los jueces correccionales -que instruyen y juzgan-. El código federal también permite, ahora, que quien intervino como camarista confirmando el procesamiento o la prisión preventiva del imputado durante la instrucción integre el tribunal de juicio durante la preparación del debate o sus facultades inquisitivas ya en el debate.

27[11] Compárese con nuestra forma de mencionar las causas, por ejemplo: "Pérez por estafa".

28[12] La manera usual de declararse culpable es a través de un *guilty plea*. Pero en ocasiones, el imputado usa el *plea de nolo contendere*, que, generalmente, no acarrea el reconocimiento de la responsabilidad civil por el hecho.

29[13] Toda la estructura del juicio está condicionada por el jurado. La necesidad de que toda la actividad probatoria se realice durante el juicio, el contenido de las reglas sobre la actividad probatoria, el lenguaje comprensible utilizado por abogados y peritos, son, entre otras, consecuencias de la presencia y función del jurado. Piénsese, por ejemplo, que los jurados ni siquiera se enteran de la existencia de prueba que ha sido declarada inadmisibile, a diferencia de nuestros jueces.

30[14] Alrededor del 90% de las condenas son el resultado de un guilty plea, principalmente por la práctica de *plea bargaining* entre fiscal y defensor, es decir, se impone condena sin juicio. CF. Lmagbein, John H. *Torture and plea-bargaining*, en *The University of Chicago Law Review*, 1978-1979, vol. 46, ps. 3-22.

31[15] Sólo como límite cuantitativo al poder de persecución penal efectivo del Estado, aunque es claro que no este el sentido de las garantías del procedimiento penal.

32[16] Esta incapacidad del sistema explica su necesidad de acudir a la "pena de proceso" para regular la imposición de castigo, especialmente a través de la detención preventiva, que se asemeja inconfundiblemente a la vieja "pena de sospecha" de la Inquisición.

APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA CRIMINALIDAD MEDIANTE COMPUTADORAS*

Luis Miguel Reyna Alfaro**

SUMARIO: 1. Aproximación histórica al fenómeno informático. 2. Reflexiones sobre Internet y su influencia en las sociedades contemporáneas: la llamada “Sociedad de la Información”. 3. El Fenómeno Informático ante el Derecho Penal. Reflexiones Preliminares. 4. Concepto de Delito Informático. ¿Existe un Delito Informático?. 5. Conclusiones.

1. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL FENÓMENO INFORMÁTICO.

El hombre desde la antigüedad buscó simplificar sus actividades, perfeccionando progresivamente sus métodos y técnicas para conseguirlo, para ello resultaba necesario manejar abundante información, surgiendo el problema del tratamiento y manejo adecuado de aquella.

Ya en el siglo XVII el sabio francés PASCAL ideó la primera calculadora, obviamente de composición mecánica, aunque por lo primitivo de sus componentes sus operaciones resultaban ser básicas (sumas y restas). Posteriormente, en 1694, el notable científico alemán LEIBNITZ, elabora otro modelo de máquina, aunque con ella era posible realizar operaciones más complejas que con el modelo de PASCAL, su celeridad seguía siendo bastante cuestionable.

Luego, en 1835, el británico Charles BABBAGE con la ayuda moral y económica de Ada BYRON, elabora una compleja máquina capaz de realizar operaciones de carácter analítico, constituyendo el antecedente más lejano del trabajo con computadoras en el mundo³³[1].

Es recién en 1890 que aparece la informática en los Estados Unidos de América, cuando ante la necesidad del manejo adecuado de la información estadística propia del censo de

población en ese país, Hans HOLLERITH elabora una computadora aunque su capacidad era en extremo limitada.

El siguiente proyecto fue desarrollado por Vannevar BUSH, en 1925, quien bajo el auspicio del Instituto de Tecnología de Massachussets, diseña las denominadas "*computadoras analógicas*", con gran aceptación en el incipiente mercado de la informática Norteamericana³⁴[2].

Sin embargo es a Konrad ZUSE a quien se le atribuye la creación del primer ordenador capaz de realizar cálculos matemáticos, logrando éxito sorprendente en la Exposición de Berlín de 1941 con su máquina denominada "Z3".

En 1939, la IBM, una de las más grandes empresas transnacionales en el mercado informático, elabora la primera computadora digital bajo el nombre de "MARK I". Luego, la Universidad de Pennsylvania construye la computadora "ENIAC", desafortunadamente, ambos aparatos poseían dimensiones excesivas por lo que no fue posible su comercialización.

El avance y desarrollo era extremadamente acelerado, así en 1951 aparece la primera computadora comercial denominada "UNIVAC I", cuya celeridad motivo su amplia aceptación, constituyendo la primera generación en este tipo de máquinas. Poco después, a partir de la década del sesenta, aparecen innovaciones que aceleran su desarrollo, surgen los circuitos integrados o "*chips*" que indudablemente permiten un manejo sintético de la información.

Aunque parezca contradictorio, es recién en los últimos años que se produce el más vertiginoso desarrollo de esta ciencia. En 1970 surge el primer microprocesador, se busca a partir de ese entonces, mayor velocidad en las unidades y la miniaturización de las mismas, aparece en consecuencia un nuevo mercado a explotar: APPLE, COMMODORE, RADIO SHACK, MICROSOFT, entre otras empresas, inician su conquista³⁵[3].

A partir de 1980, la meta es el perfeccionamiento, se diseñan herramientas que hoy en día resultan indispensables para quien quiera hacer uso adecuado de un ordenador (discos flexibles, discos duros, ratones, lápices ópticos, módems, etc.). Lo demás es historia reciente, surgen los sistemas de interconexión, las redes que permiten la comunicación entre diversas unidades de información, sin importar distancia ni obstáculos.

En el punto subsiguiente analizaremos la evolución de la red que ha revolucionado gran cantidad de los conceptos jurídicos actualmente existentes, nos referimos a Internet, cuya influencia en la moderna sociedad ha motivado que le denomine: “Sociedad de la Información”.

2. REFLEXIONES SOBRE INTERNET Y SU INFLUENCIA EN LAS SOCIEDADES CONTEMPORÁNEAS: LA LLAMADA “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN”.

2.1. Aproximación Histórica.

Los primeros rastros de Internet se hayan en los trabajos de J.C.R. LICKLIDER, quien en Agosto de 1962 propuso el concepto de “red galáctica”, que comprendía un conjunto de ordenadores interconectados a través de los cuales se podía compartir recursos (datos y programas). LICKLIDER se convirtió en el primer jefe del programa de ordenadores del *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA)³⁶[4], programa que inició sus labores en Octubre de 1962.

Ya en DARPA, LICKLIDER influenció en quienes serían sus sucesores Ivan SUTHERLAND y Lorenzo ROBERTS, convenciéndolos de la importancia de la idea. Paralelamente, Leonard KLEINROCK bosquejaba la “*teoría de la conmutación de conjunto de bits*”, publicando un libro sobre dicha materia en 1964, aunque ya venía trabajando en la cuestión desde 1961.

KLEINROCK llega a convencer a ROBERTS sobre la validez de su formulación y la posibilidad de conectar computadoras, así es que en 1965 ROBERTS conecta el ordenador TX-2 a la computadora Q-32, empleando una línea telefónica de marcado manual, lo que funcionó correctamente, no obstante, el sistema de teléfono con conmutador de circuito resultaba inadecuado, confirmándose la pretensión inicial de KLEINROCK en el sentido que la conmutación debía realizarse a través de conjuntos de bits.

Al año siguiente ROBERTS, tras elaborar y desarrollar en DARPA el concepto de redes, presenta el proyecto “ARPANET”, haciéndolo público en 1967. Durante ese año y a lo largo de 1968, ROBERTS y KLEINROCK trabajaron intensamente en la preparación del ARPANET, eligiéndose a la UCLA como el primer nodo del ARPANET, en donde se instaló el primer ordenador huésped en Setiembre de 1969. El segundo nodo, en mérito al proyecto de Doug ENGELBART, se instaló en el Institución de Investigaciones de Stanford, en unos pocos meses se conectaron la Universidad de Santa Barbara y la

Universidad de Utah, de ésta forma ya en 1969 habían 4 ordenadores conectados a ARPANET.

Lo que siguió fue la constante incorporación a la red de nuevos huéspedes, destinándose el trabajo científico a elaborar el protocolo de funcionamiento, éste fue conocido como NCP, el cual fue utilizado durante el período 1971-1972. Al año siguiente, en la Conferencia Mundial de la Comunicación de Ordenadores (International Computer Communication Conference)³⁷[5], se hizo una demostración del ARPANET y de sus utilidades, esto es el “*electronic mail*” (correo electrónico), que ese mismo año había aparecido.

Posteriormente, ante las insuficiencias mostradas por el protocolo NCP, se comenzó a trabajar en una nueva versión del protocolo, surgiendo el conocido actualmente como “*Transmission Control Protocol/ Internet Protocol*” (TCP/IP) que es el que actualmente se utiliza para la comunicación entre los ordenadores, aunque para llegar al estado actual se efectuó una serie de mejoras al trabajo inicial de KAHN y CERF, empero, fue recién en 1982 que se decidió que todo el sistema de ARPANET se convirtiera del protocolo NCP al TCP/IP, de allí hasta 1985 se vivió un período de consolidación³⁸[6].

En el desarrollo del Internet cabe mencionar la labor de la *National Science Foundation* (Fundación Nacional de Ciencias- NSF), una agencia del Gobierno de los Estados Unidos que al final de la década del ochenta tenía creados cinco grandes centros de cómputo en las universidades más importantes de dicho país, sin embargo, dicha cantidad resultaba insuficiente y ante la imposibilidad de implementar otros nuevos centros debido a los excesivos costos que ello implicaba, se planteó la posibilidad de conectarse a ARPANET, no obstante, por trabas burocráticas ello no se concretó, por lo que la NSF optó por elaborar su propia red, la que entró en funcionamiento a partir de 1986, basada en la tecnología IP de ARPANET, la que denomino NFSNet. A través de dicha red se buscaba que los centros de cómputo se conectaran entre si a través de enlaces telefónicos, no obstante, esto también planteaba problemas de costos, toda vez que por la distancia se requería de muchos kilómetros de líneas telefónicas, razón por la cual se crearon redes de alcance regional, a través de las cuales las escuelas podían conectarse a su punto más cercano, todo esto propició un aumento importante de usuarios de la NFSNet, en lo que sin duda tenía gran importancia el acceso libre que estos tenían³⁹[7]. El mayor crecimiento de Internet se produce a partir de la aparición de la NFSNet, pues cuando se produce el cambio del protocolo NCP al TCP/IP en 1983 tan sólo unos cuantos cientos de computadoras estaban conectadas a la red, con lo que se inició la transición al estado actual de cosas, en donde los

estándares iniciales serían luego trasladados a la "*Internet Society*" (ISOC) que ahora la regenta a nivel mundial⁸.

La "*Internet Society*" (ISOC), fue creada en Enero de 1992 bajo los auspicios de la Corporación KAHN y la dirección de Vinton CERF⁹, se trata de una sociedad de índole profesional sin fines de lucro, constituida por organizaciones y personas relacionadas a la elaboración del Internet, su objetivo es fomentar el desarrollo de dicha red.

El crecimiento de ésta red es, en realidad, extraordinario, aunque los estudios al respecto no son coincidentes, las cifras más prudentes señalan que en Julio de 1996, estaban conectados a Internet un aproximado de 13 millones de computadoras, desde ese entonces su crecimiento se ha estimado que es del doble, cada 12 o 15 meses, si el ritmo de crecimiento continúa a ese ritmo, se calcula que a Enero del 2001, los ordenadores conectados a Internet llegaran a los 200 millones¹⁰.

Estos datos, se ven en gran medida confirmados con la estimación hecha por las Naciones Unidas¹¹, que calcula, al año 2000, en 200 millones el número de usuarios de Internet, de los cuales 112 millones se encuentran en los Estados Unidos, 47 millones en Europa y 33 millones en Asia y la región Pacífico.

Internet no es sino un conjunto de redes que se conectan a través de un protocolo común de comunicación que es el TCP/IP (*Transfer Control Protocol/ Internet Protocol*). Dentro de Internet se comprende a la *World Wide Web* (www o web) que permite que la información de cualquier red interconectada a Internet pueda ser localizada sin importar su ubicación física.

El punto de inicio del funcionamiento de Internet radica en que cada computadora resulta identificada a través del número IP. Los protocolos se expresan a través de números binarios por conveniencia expresados en forma decimal, sin embargo, esta forma de expresión sólo resulta adecuada para los técnicos, más no para el usuario, creándose así los nombres de dominio ("domain names")⁴⁰[8].

Los nombres de dominio no son otra cosa que la dirección de Internet consignada en palabras, de forma tal que resulta fácilmente comprensible para el usuario. El funcionamiento de éste sistema de nombres de dominio ("*domain names system*"- DNS) es a través de bases de datos con listas de los nombres de dominio y sus respectivas direcciones IP.

El "domain name" se compone de dos elementos, uno identificador (ejemplos conocidos hay muchos: "yahoo", "terra", etc.) y otro que sirve para hacer referencial al nivel al que pertenecen ("com.", "edu." "gob.", entre otros).

La asignación de los nombres de dominio corresponden hoy en día⁴¹[9] a "*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*" o ICANN, entidad que se encarga de la administración del sistema de nombres de dominio.

Los dominios se clasifican en: dominio de nivel superior ("*Top Level Domains*" o TLD) y dominios de segundo, tercer o cuarto nivel. Los TLD se subclasifican a su vez en: dominios genéricos ("com" para actividades comerciales, "org" para organizaciones, etc.), dominios especiales – para entidades que cumplen con ciertos requerimientos - ("edu" para entidades educativas, "gov-int" para entidades internacionales, etc.) y dominios internacionales o territoriales ("cr" para Costa Rica, "es" para España, "ar" para Argentina, entre otros). La administración de estos últimos ha recaído sobre las entidades que resultaron ser las primeras en cada país en conectarse a Internet.

2.2. Informática, Derecho y Derecho Informático.

Desde que las computadoras surgieron, el Derecho ha tenido la necesidad de adaptarse a los cambios generados por el surgimiento de la Informática, a continuación buscaremos graficar los cambios operados en el Derecho a partir de ese entonces.

En 1949, Lee LOEVINGER utilizó el término "*Jurimetrics*" (Jurimetría), con el cual proponía que los ordenadores sean utilizados para realizar cálculos para la aplicación de leyes y contratos¹². Sin embargo, para RONDINEL SOSA el antecedente más claro del uso de ordenadores en el Derecho data de la obra de Norbert WIENER en 1948: "*Cybernetics, or control and communication in the animal and the machine*", en la cual, según dicha autora, aparecen las primeras referencias a la

Informática Jurídica¹³. La idea de Loevinger fue sistematizada posteriormente por Hans BAADE, quien propuso utilizar modelos lógicos en las normas jurídicas¹⁴.

En el año 1962, Philippe DREYFUS emplea el término “*Informatique*” para unificar dos conceptos: “información”- “automática”, con lo que se nace una nueva disciplina, esto es, la informática¹⁵.

Luego, en 1968, el italiano Mario LOSANO formula el término “*Giuscibernética*” (Juscibernética), cuyo origen se encontraría en la palabra griega “*Kybernetike*”, que significa “timonel”¹⁶, más que un cambio de etiquetas, LOSANO reformuló los planteamientos de la Jurimetría en la medida que proponía una aproximación de la cibernética al Derecho¹⁷, esto es, la informática se convertiría en el método que iba a servir para afrontar las cuestiones propias del Derecho¹⁸. Desde entonces se ha conocido a la Informática Jurídica como la disciplina que estudia la aplicación de la informática al Derecho¹⁹.

En cuanto a su conceptualización, nos parece bastante acertada la definición planteada por PÉREZ LUÑO, para quien la Informática Jurídica: “estudia el tratamiento automatizado de las fuentes del conocimiento jurídico”²⁰, por lo que su objeto será “la aplicación de la tecnología de la información al derecho” ²¹.

Sin embargo, la tecnología informática tiene implicancias que van más allá de la mera aplicación en el Derecho y que se encontraban relacionadas a su propia regulación, es así como surge el Derecho Informático como la materia jurídica que comprende al conjunto de disposiciones que regulan las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, esto es, la informática y la

telemática²². De todo lo cual es posible apreciar claras divergencias entre la Informática Jurídica y el Derecho Informático, lo que hace posible asentar las bases del trabajo que a continuación desarrollaremos.

2.3. La Actual “Sociedad de la Información” y la “desmaterialización” del Derecho.

La aparición de éstas nuevas tecnologías ha propiciado en la sociedad un verdadero “cambio de paradigmas”²³, el antiguo paradigma de la escritura sobre papel se ha transformado en el paradigma de la información digital.

Los avances de las ciencias ha traído consigo, como es lógico, un cúmulo de información, esta información, que antes de la aparición de la informática y las redes de interconexión se encontraba confinada en bibliotecas, con la aparición del fenómeno informático ha sido trasvasada, de las bibliotecas oscuras y húmedas ha sido trasladada a las computadoras y luego a las redes y el Internet, generándose un fenómeno realmente impresionante. El acceso a la información, que antes estaba limitado generalmente a quienes concurrían a las bibliotecas, hoy es de fácil acceso a todos los ciudadanos. Antes, quien deseaba obtener información, debía concurrir a la biblioteca, lo que como es evidente, en algunos casos producía serios inconvenientes relacionados a la ubicación geográfica de las mismas, pues, por ejemplo, un latinoamericano difícilmente podrá visitar una biblioteca en España, debido a las distancias geográficas y los costos que ello genera, sin embargo, ello en la actualidad es perfectamente posible con el uso de ordenadores. Tal ha sido la repercusión que ha provocado el fenómeno cibernético en el manejo de la información de nuestras sociedades que se ha optado por denominar a nuestra era como la “era de la información” (“information age” o “age of the information”) y a nuestra moderna sociedad como la “Sociedad de la Información”.

Esto, en el ámbito del Derecho, tiene repercusiones bastante evidentes y que se relacionan con la denominada “desmaterialización del Derecho”²⁴. El materialismo, como aquí se entiende, tiene una acepción bastante lega, lo material es aquello que “constituye el cuerpo de las cosas”²⁵. Esta “desmaterialización del Derecho”, como bien apunta el profesor TRAZEGNIES GRANDA, tiene su

más antiguo hito en la aparición del dinero, que en realidad no tiene un valor en si mismo, es solo papel pero que simboliza un valor económico, es decir, tiene un poder evocador²⁶.

La aparición de las redes de interconexión y el Internet han acelerado dicha desmaterialización, lo que guarda íntima relación con la propia naturaleza del entorno digital, citemos, por ejemplo, el caso de Internet, que sin ser un “lugar” es un “lugar”, por ella circulan grandes cantidades de información digitalizada, de allí que se le conozca como “super carretera de la información” (“information superhighway”), que en muchos casos no hace sino simbolizar actos, conductas, acuerdos, etc., propios del mundo “material”, conforme a la acepción lega ya expuesta.

Sin embargo, cabe preguntarse a que “lugar” nos referimos, con lo que surge a la discusión el término “ciberespacio” (“Cyberspace”), acuñado originalmente por William GIBSON²⁷ y con el cual se conoce a este “mundo virtual” (“virtual world”). Este “mundo virtual” puede ser entendida de dos maneras, a través de una primera acepción se considera que no debe tenérsele como una ubicación geográfica²⁸, mientras que un segundo significado implica recurrir a una analogía “geoespacial”, por la cual sería posible visualizar una ubicación física del “ciberespacio”.

En esto debo remarcar que aunque alguna terminología propia del entorno digital, como indica ROWLAND: “*evoque the notion of geographical location*” (“evoque la noción de locación geográfica”)²⁹, en cuya virtud la Internet sería tan sólo “*a part of Cyberspace*” (“una parte del Ciberespacio”)³⁰ y por ende se trataría de un lugar divisible en regiones³¹, ésta concepción sin embargo tiene serias limitaciones y sólo puede servir a los efectos de comparar lo físico y lo virtual³².

En este entendimiento, resulta por demás evidente que aplicar analógicamente los conceptos propios del plano material al virtual nos puede llevar a serios problemas de índole jurídico, de allí

que se deba entender que el término “ciberespacio” o “mundo virtual” no debe servir para otra cosa que la de graficar el fenómeno de interacción social que ocurre en las redes y sistemas de información y que sólo refleja actos que ocurren en éste único “mundo real” en el cual vivimos.

El uso generalizado de la red Internet se debe a sus propias características, las mismas que Christine MAYEWSKI³³ ha descrito de una manera bastante didáctica, estas son: la facilidad de su uso, su bajo costo, su velocidad, sus capacidades y la ausencia de límites geográficos.

La facilidad de su uso se deriva de su presentación gráfica que permite la fácil comprensión de los contenidos, además, para el acceso a la Internet se requiere de un solo programa de ordenador. A todo esto se aúna el hecho que en ésta red existen muchas herramientas de búsqueda que asisten a los usuarios en la búsqueda de información, de allí que estos no requieran ser unos expertos en informática ni tener a la mano literatura sobre dicha materia³⁴.

Por otro lado, tenemos que el uso de la Internet genera costos relativamente bajos, más aún si tenemos en cuenta que las computadoras de última generación son vendidas listas para acceder a la Web, por lo que no se necesitara de ningún aditamento adicional³⁵. En nuestro país, los costos se han abaratado con la aparición de las cabinas públicas de Internet que permiten el acceso a dicha red por el término de una hora por un valor menor a un dólar. Esta característica, para usos penales, tiene repercusiones vitales pues, como ADAMSKI ha señalado: “The level of computer crime appears to be strongly related to the availability of computer” (“El nivel de la criminalidad informática aparece fuertemente relacionada con la disponibilidad de las computadoras”)³⁶.

Las múltiples capacidades que posee Internet es otra de sus principales características, es evidente que los usuarios de la red pueden observar información en texto y gráfica, así como apreciar documentos de carácter interactivo, que suelen denominarse "sites" ("sitios") o "page" ("páginas"). Los textos pueden ser utilizados como material de lectura o pueden servir para "saltar" a otro sitio, sólo basta apuntar y hacer "click" en el documento al que se quiere llegar³⁷. A esto se agrega que el contenido de la Internet puede consistir adicionalmente en vídeo clips, grabaciones de audio o imágenes fotográfica, esto hace que "navegar" por la referida red resulte,

en potencia, más interesante y entretenido que leer una revista o un diario e incluso que escuchar la radio o ver la televisión, en el caso de los dos últimos medios, las preferencias a favor de la Internet se deben al alto grado de control que poseen los usuarios de la red para seleccionar la información a la que desean acceder³⁸.

Debemos mencionar también el carácter transnacional de la red Internet, solo es necesario que ubiquemos la dirección de un web site alojado en Londres, Australia o Argentina y accederemos a la información por allí propalada, de manera inmediata, asimismo es posible, y esto guarda cercana relación con la funcionalidad de éste medio, que estando en un sitio ubicado en Indonesia podamos trasladarnos, en sólo segundo y con un solo movimiento del "mouse" de la computadora y un rápido doble toque o "click" en el botón izquierdo del mismo, a una página web ubicada en Africa.

3. EL FENÓMENO INFORMÁTICO ANTE EL DERECHO PENAL. REFLEXIONES PRELIMINARES.

Antes de iniciar la discusión que nos convoca, quisiera dejar en claro el radio de acción y las pretensiones del presente apartado, nuestra intención es modesta y se limita a responder una cuestión básica: determinar si detrás del llamado delito informático existe algún bien jurídico propio, es decir, autónomo y, por ende, diferenciable de los ya existentes.

El Derecho Penal, en los últimos treinta años, ha variado en gran medida sus formas y ámbitos de intervención, en algunos casos – con base en los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y mínima intervención, según los cuales el *ius puniendi* estatal deberá ejercerse tan sólo ante las más graves vulneraciones de los intereses sociales más importantes y siempre que no existan formas de control social menos gravosas que el control penal³⁹– el derecho punitivo ha retrocedido en su espacio de acción, descriminalizando algunas conductas punibles y, en algunos otros, ha creído conveniente la represión de nuevas conductas consideradas socialmente dañosas⁴⁰.

Este proceso dual ⁴¹ no implica una contradicción al principio del Derecho Penal como ultima ratio, pues el fenómeno de nueva incriminación se origina como consecuencia de la normal y obligada evolución social, hecho que debe necesariamente reflejarse en el ordenamiento jurídico-

penal, pues como señala HURTADO POZO: "el cambio es un elemento propio de todo grupo social"⁴², que origina la sustitución de los intereses protegidos, las nuevas conductas típicas reemplazan a los comportamientos descriminalizados en tanto estos, por variación temporal de las necesidades político-criminales, se convirtieron en poco dignos de protección penal⁴³, de allí que resulte conciliable con un Derecho Penal de mínima intervención la protección de intereses colectivos, la misma que resultará legítima en la medida que estos (los intereses) resulten vitales para el funcionamiento del grupo social y que no exista otro recurso, además del penal, que pueda evitar su lesión o puesta en peligro⁴⁴.

El cambio social operado en las últimas décadas, resulta íntimamente vinculado a la evolución tecnológica operada en ese transcurso de tiempo, generándose problemas para la protección de intereses sociales no convencionales y para la represión de las conductas delictivas realizadas a través de medios no convencionales, pues como bien precisa ZAFFARONI: "el impacto de la explosión tecnológica es un problema que la política criminal conoce sobradamente. La técnica siempre es un arma y cada avance fue explotado criminalmente, en forma tal que siempre el criminal está más tecnificado que la prevención del crimen"⁴⁵, lo que resulta más dramático en las sociedades informatizadas, en la medida que estas resultan tecnológicamente vulnerables⁴⁶.

Dentro de este fenómeno de nueva incriminación aparecen conductas que vulneran bienes jurídicos no convencionales y a su vez comportamientos que se realizan empleando medios no convencionales para lesionar bienes jurídicos convencionales⁴⁷. Ambos, por lo general, tienen intrínsecas connotaciones tecnológicas, debido a la incidencia que la evolución tecnológica a tenido en el cambio social, tal como hemos afirmado.

Los bienes jurídicos que tienen contenido relacionado a las nuevas tecnologías suelen ser reconocidos como tales, de manera primigenia, en los ordenamientos penales de aquellas sociedades de alto desarrollo industrial y comercial⁴⁸, al ser los primeros en contar con

necesidades de protección jurídico-penal, es así como en el ámbito internacional se produjeron diversas reacciones legislativas, las primeras surgieron en los 70 relacionadas al ámbito de la intimidad, en los 80 delitos de contenido económico y referidos a la protección de la propiedad intelectual de los programas (Software) y en los 90 el desarrollo de nuevos paradigmas reguladores del derecho a la información.

Así los países desarrollados orientaron sus esfuerzos dogmáticos y político-criminales, por un lado, a la lucha contra el delito cometido a través de medios informáticos y, por otro lado, a conferir protección jurídica a la información, atendiendo al nuevo significado que ella posee⁵⁰.

Tal necesidad, generada desde comienzos de década en sociedades altamente informatizadas, se ha trasladado a sociedades como la nuestra, el reflejo de los avances tecnológicos ha tenido gran influjo en el campo de la criminalidad en tanto este nuevo "modus operandi" permite captar vacíos en el Derecho penal tradicional, quedando indefensos los contenidos de orden inmaterial del sistema informático, su integridad, su disponibilidad o su exclusividad.

Esta "computer dependency" (dependencia a la computadora), en la que —como puntualiza GUTIÉRREZ FRANCÉS— "todas las sociedades modernas están involucradas"⁵², ha originado a su vez la posibilidad de utilizar las modernas tecnologías con fines delictivos, a continuación, explicaré las causas que han generado que la informática se convierta en un fenómeno social trascendente incluso al ámbito criminal. Desde nuestra óptica consideramos cuatro las causas coadyuvantes a que la informática constituya un fenómeno social y adquiera importancia vital en el campo del Derecho Criminal, ya sea como objeto de protección o como medio actual e idóneo para la comisión de ilícitos penales; estas causas son: el desarrollo tecnológico, la globalización de mercados y economías, la masificación de la informática, las debilidades propias de los sistemas de información y la dificultad probatoria, las mismas que a continuación analizaremos:

a) Desarrollo Tecnológico.- El avance en este aspecto permite el alcance cada vez mayor de esta disciplina, un mayor desarrollo que se manifiesta en la modernidad de sus componentes, lo cual permite unidades Hardware y Software más eficientes y veloces en el manejo de la información.

Tan sólo basta con ver la enorme evolución operada en unos pocos años; de los ordenadores de dimensiones macroscópicas a los ordenadores portátiles que hoy en día operamos (Personal

Computers o PC's), ello nos permite apreciar la importancia del referido avance que estamos seguros no se detendrá, generando mayores perspectivas en esta disciplina.

b) Globalización de Mercados y Economías.- Causa que ha permitido el intercambio mercantil y económico fluido y constante entre naciones geográficamente lejanas y modelos económicos dispares, en virtud del aporte de elementos como las redes de interconexión que permiten que dicho intercambio comercial sea adecuado.

La Economía es, sin duda alguna, el bastión del actual modelo social, la existencia de bloques económicos en tenaz competencia en su afán de acaparar el mercado hacen que se requiera de elementos que favorezcan la obtención del lucro requerido, la Informática se convierte así en un elemento vital para sus aspiraciones⁵³.

Asimismo, tal fenómeno de globalización permite el ingreso fluido y constante de material informático, tanto Hardware como Software, a los países de Latinoamérica, lo que genera la reducción de sus costos y en consecuencia posibilita su mayor empleo en nuestras sociedades, lo que genera intrínsecas repercusiones en el campo del Derecho.

c) Masificación de la Informática.- Como respuesta a la situación concreta planteada con anterioridad como es la globalización de mercados y economías, que hace necesaria la aplicación de la informática para obtener eficientes resultados en materia financiera y teniendo en cuenta además que el avance tecnológico permite adquirir unidades Hardware y Software a precios cada vez menores, encontramos que esta disciplina se viene convirtiendo más que en un lujo, un elemento accesorio, en una herramienta necesaria, un elemento de trabajo; lo que implica su mayor utilización y por ende su masificación, como muestra de ello podemos apreciar que se ha convertido en un importante elemento logístico de ayuda al aparato jurisdiccional, función plasmada en las actuales reformas.

Es por ello que hoy en día nos es común ver un sinnúmero de establecimientos comerciales, de servicios, profesionales, estudiantes, etc., que hacen uso de la Informática como elemento de producción, de trabajo.

d) Las Debilidades Propias de los Sistemas de Información.- Las debilidades de las redes de información y en especial de Internet se pueden simplificar en el hecho que sus mecanismos de operación permiten la intrusión de terceros en sus sistemas, así como la interceptación de los

mensajes de sus usuarios, ésta indefensión, desde luego, provoca un sinnúmero de posibilidades en el ámbito de la criminalidad.

Es por este motivo que uno de los problemas de mayor análisis en el presente momento es la seguridad en las redes de información, de allí que la eficiencia y solidez de una empresa, entidad u organismo se mida actualmente en función a la seguridad que ofrecen sus sistemas de información.

e) Dificultad Probatoria.- El empleo de este medio acarrea un singular problema para el investigador, para el Juez Penal, debido a la dificultad probatoria que su empleo para tales fines produce, es de observar con ello que la tecnificación de medios analizada no está aparejada con la capacitación necesaria en los órganos jurisdiccionales existiendo la posibilidad de que el delito cometido bajo tales circunstancias quede impune⁵⁸.

A ello se aúna la falta de control efectivo que existe en estos sistemas de interconexión, situación de la que algunas personas abusan, ya sea creando páginas lesivas a determinados bienes jurídicos, interfiriendo en la información ajena, concertando voluntades o suprimiéndolas, es decir, determinando su uso para fines delictivos, tal como más adelante veremos.

No obstante, cabe aclarar que ninguna de las razones expuestas precedentemente pretende ser causa única e impostergable, consideramos que la conjunción de las mismas produce el efecto materia de estudio, creando las condiciones necesarias para hacer de los medios informáticos un instrumento atractivo en el ámbito criminal.

4. CONCEPTO DE DELITO INFORMÁTICO. ¿EXISTE UN DELITO INFORMÁTICO?

Muchas discusiones se han planteado en torno al concepto del delito informático - computer crime ó computer kriminalitat -, para algunos autores éste no es más que el delito cometido bajo el empleo de medios informáticos, es decir, constituyen nuevas formas de comisión de conductas ya descritas en sede penal, rechazando la existencia de un bien jurídico autónomo para esta clase de delitos. Para otro sector de la doctrina el delito informático tiene un contenido propio, afectando así un nuevo interés social cuyo reconocimiento legislativo urge, diferenciando

así entre delitos computacionales - como nuevas formas comisivas de delitos - y delitos informáticos, aquellos que afectan el novísimo bien jurídico penal propuesto. Finalmente, existe una tercera vertiente, defendida por la doctrina de habla inglesa, que hace una diferencia tripartita en que la informática aparece como medio para cometer delitos tradicionales, como fin en si misma y como medio de prueba.

Dentro del primer sector podemos citar, en la doctrina extranjera, a GUIBOURG/ ALENDE/ CAMPANELLA, PARKER, VIEGA RODRÍGUEZ, BRAMONT-ARIAS TORRES, NUÑEZ PONCE e, implícitamente, BLOSSIERS MAZZINI/ CALDERÓN GARCÍA y GARCÍA CANTIZANO.

Según GUIBOURG, ALENDE y CAMPANELLA: "El llamado delito informático no constituye una nueva categoría delictiva. Los hechos ilícitos que se cometen (o se facilitan) mediante el empleo del ordenador son, en principio, los mismos que desde hace milenios las sociedades han castigado de una forma o de otra"⁵⁹.

PARKER señala que el delito informático es: "cualquier acto criminoso relacionado con la tecnología informática, por el cual una víctima ha sufrido una pérdida y un autor ha obtenido intencionalmente una ganancia"⁶⁰, este autor, al hacer referencia al aspecto estrictamente patrimonial (una ganancia y una pérdida), entiende que el bien jurídico lesionado con el delito informático es el Patrimonio.

A entender de María José VIEGA RODRÍGUEZ: "Los llamados delitos informáticos no constituyen una nueva categoría delictiva, sino que son los mismos delitos que ya se vienen castigando: delitos contra las personas, contra el honor, la libertad, la seguridad pública o la Nación"⁶¹.

En la doctrina nacional ha sido BRAMONT- ARIAS TORRES el único penalista que ha analizado con cierto detenimiento el tema en estudio, el referido autor indica: "en realidad no existe un bien jurídico protegido en el delito informático, porque en verdad no hay como tal un 'delito' informático. Este no es más que una forma o método de ejecución de conductas delictivas que afectan a bienes jurídicos que ya gozan de una específica protección por el Derecho Penal"⁶², afiliándose así a la postura antes referida.

NUÑEZ PONCE, especialista en Derecho Informático, se afilia también a ésta postura al precisar: “En el plano de la Dogmática Jurídico-Penal, la criminalidad informática puede suponer una nueva versión de delitos tradicionales”⁶³.

La postura de BLOSSIERS MAZZINI y CALDERÓN GARCÍA resulta bastante singular al expresar: “Parece ser que lo que en realidad vulnera ésta novedosa tipología es una *violación mixta de valores jurídicos*, que en algunos casos compromete tanto al patrimonio como la libertad de las personas o el sistema informático y la protección de datos”⁶⁴, es decir, identifican los intereses afectados con el delito informático con valores que ya gozan de determinada tutela penal (patrimonio, intimidad, etc.), con el añadido de la pluriofensividad de la conducta, así las cosas, no identifican realmente un nuevo bien jurídico, sino que se limitan a subrayar un probable concurso de delitos. Sin embargo, entran en contradicciones al afirmar más adelante: “esta clase de ilícitos atentan contra la intimidad de las personas e inclusive puede darse el caso de que la misma vea violada su intimidad, sino que su identidad puede ser sustituida”⁶⁵.

Recientemente la profesora GARCÍA CANTIZANO ha ingresado al debate, considerando que si bien en el Derecho penal no existe un concepto unánime sobre lo que es la delincuencia informática, considera que el delito informático puede definirse, en términos generales, como: “aquél en el que para su comisión se emplea un sistema automático de procesamiento de datos o de transmisión de datos”⁶⁶, con lo que excluye la existencia de un nuevo interés social.

Un segundo sector diferencia entre ambas situaciones, esto es, en primer lugar, el uso de la informática como medio novedoso para afectar bienes jurídicos ya resguardados en clave penal, lo que se ha dado por llamar “delito computacional”, en tanto que en segundo lugar cataloga aquellas conductas que afectan un nuevo interés social.

El delito computacional es aquella conducta que empleando tecnología de la información vulnera bienes jurídicos reconocidos penalmente⁶⁷ - por ejemplo, las ofensas a través de redes de interconexión como el internet afectan el bien jurídico tradicionalmente conocido como Honor, sin embargo, debe subrayarse que dentro de este rubro sólo debe

comprenderse a las conductas que utilicen los componentes informáticos (software y hardware) en su propia función, por lo cual, no cabría considerar como delito computacional, por ejemplo, las lesiones causadas empleando como objeto contundente un monitor de computadora, pues, como resulta evidente, el elemento material denominado Hardware no ha sido empleado en la función que tiene asignada.

Por otra parte aparece el delito informático en sentido estricto y que sería más bien aquella conducta que afecta un nuevo interés social, íntimamente ligado al tratamiento de la información.

En principio, resulta evidente que existe una diferencia entre ambos conceptos (delito computacional e informático), sin embargo, lo cierto es que ambos forman parte de un mismo fenómeno criminal, que deberá denominarse "criminalidad mediante computadoras"⁶⁹. En éste sentido se han pronunciado autores como PÉREZ LUÑO, JIJENA LEIVA, LIMA, TELLEZ VALDEZ, DAVARA RODRÍGUEZ, BAON RAMÍREZ, HERRERA BRAVO/ ZAVALE/ BELTRAMONE, GUTIÉRREZ FRANCÉS, GONZÁLEZ RUS, ADAMSKI y TIEDEMANN, entre otros.

Es en el concepto de PÉREZ LUÑO donde se observa con mayor claridad esa diferenciación al indicar que la criminalidad mediante computadoras comprende "aquel conjunto de conductas criminales que se realizan a través del ordenador electrónico, o que afectan al funcionamiento de los sistemas informáticos"⁷⁰.

Para JIJENA LEIVA la "criminalidad mediante computadores" se puede definir como: "...toda acción típica, antijurídica y culpable, para cuya consumación se usa la tecnología computacional o se afecta a la información contenida en los sistemas de tratamiento automatizado de la misma (delito informático propiamente tal)"⁷¹, aunque incurra - según creo - en el error de no comprender a las conductas aún no tipificadas como delitos en el ordenamiento penal.

María de la Luz LIMA define el crimen mediante computadoras como "cualquier acto ilícito penal en el que las computadoras, sus técnicas y funciones desempeñen un papel ya sea como método, medio o fin"⁷².

Por su parte, Julián TELLEZ VALDEZ, en una línea bastante cercana a la de la profesora María De la Luz LIMA, emite una definición bastante elemental y acertada a su vez, en la medida que considera delito informático a aquellas conductas, típicas o no, en las que se tiene a la computadora como instrumento o fin⁷³.

DAVARA RODRÍGUEZ⁷⁴ y BAON RAMÍREZ⁷⁵, parten de similar línea de argumentación, pues califican como delito informático aquellas acciones que reuniendo las características del delito, sean realizadas empleando un elemento informático o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático⁴²[10], sin embargo, el primero de los nombrados considera que si bien dicha categoría de delito, de lege lata, no existe, admite la conveniencia de su utilización.

HERRERA BRAVO/ ZABALE/ BELTRAMONE, definen el delito informático como: “toda conducta que revista características delictivas, es decir, sea típica, antijurídica y culpable, y atente contra el soporte lógico de un sistema de procesamiento de información, sea sobre programas o datos relevantes, a través del empleo de las tecnologías de la información y el cual se distingue de los delitos computacionales o tradicionales informatizados”⁷⁶, sin embargo, al igual que Jijena Leiva, excluyen las conductas aún no tipificadas, lo que me parece incorrecto.

La profesora salmantina Mariluz GUTIÉRREZ FRANCÉS, ha remarcado también la diferencia entre el delito informático y el delito computacional, al indicar: “El computador es un factor criminógeno de primera magnitud que aporta a la conducta criminal, unas veces, un nuevo objeto (la información misma, potenciada y revaluada por los nuevos sistemas de procesamiento de datos y los programas), y otras, un nuevo instrumento”⁷⁷.

En la misma línea el Prof. Juan José GONZÁLEZ RUS, diferencia entre los hechos en los que el sistema informático o sus elementos son el objeto material del delito y los actos en los que estos son el instrumento del delito⁷⁸. En el primer grupo se ubican los hechos en

los cuales los componentes informáticos – Hardware y Software – resulten ser el objeto material de la conducta ilícita, ya sea porque son objetos específicos de protección (terminales de comunicación, programas de ordenador, datos, documentos electrónicos) o porque pueden servir de soporte a elementos protegidos genéricamente, pero con la aparición de implicancias informáticas puede originar peculiaridades propias de atención (secretos de empresa, obras literarias protegidas, etc.). En el segundo sector se encuentran los delitos cometidos por medio del sistema informático o empleando elementos de naturaleza informática como instrumentos para la realización de delitos patrimoniales o socio económicos.

El polaco ADAMSKI considera que los delitos relacionados a los sistemas de información se pueden clasificar en: a) Crímenes destinados directamente contra las redes de información y relacionados a los sistemas de procesamiento de datos y b) delitos en los cuales las redes de información generan nuevas oportunidades para la comisión de delitos tradicionales⁷⁹.

Mucho más amplio en el concepto, TIEDEMANN precisa que por criminalidad mediante computadoras debe entenderse "a todos los comportamientos antijurídicos según la ley vigente (o socialmente perjudiciales y por eso punibles en el futuro) realizados merced al empleo de un equipo automático de procesamiento de datos"⁸⁰, sin embargo, resulta conveniente aclarar que el concepto debe restringirse a aquellos comportamientos realizados mediante el empleo de equipos de procesamiento de datos en su propia función, conforme a lo anteriormente expuesto. Aunque en el concepto esbozado por TIEDEMANN no se denota muy claramente la diferenciación entre ambos aspectos (la informática como medio y la información como bien jurídico) resulta claro que la realización de comportamientos delictivos a través de sistemas destinados al tratamiento de datos puede repercutir en ambas esferas.

Existe un tercer sector, minoritario también, postulado por la doctrina norteamericana y británica, que considera que el uso de computadoras se puede manifestar de tres maneras: en la primera, el ordenador puede ser el objeto de la ofensa, en la segunda, la computadora puede ser la "herramienta" del delito, esto ocurre, según indican los autores que se afilian a ésta postura, cuando el sujeto activo utiliza el ordenador para facilitar la comisión de delitos tradicionales, finalmente, en la tercera exteriorización, las computadoras resultan incidentales en los delitos, en la medida que contienen evidencias de los delitos, CHARNEY y ALEXANDER⁸¹ citan como ejemplo el caso de las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas, en donde las computadoras almacenan toda la información relacionada al delito, en la misma línea se han pronunciado, además de

CHARNEY y ALEXANDER, STEELE⁸², PARKER⁸³ y HOLDER⁸⁴. Empero, como es fácil de distinguir, ésta postura guarda bastante similitud con la postura mayoritaria, diferenciándose en el contenido probatorio adicional que otorgan al delito informático.

5. CONCLUSIONES.

A modo de conclusión provisional observamos que desde su aparición hasta la actualidad, Internet ha dejado de ser - en sentido metafórico - un ambiente inexplorado, para convertirse en la más grande fuente de información mundial, no obstante, así como esto trae beneficios lógicos para los componentes de la sociedad, el fenómeno informático trae consigo también efectos negativos, en la medida que se ha convertido en un terreno vasto para la delincuencia, de allí que haya sido calificado por HOWARD como un “scary place” (“lugar tenebroso”)⁸⁵, esto debido a que sus ventajas cualitativas, vista de manera genérica en el presente capítulo, son también extensivas al ámbito criminal.

Un estudio realizado por John HOWARD respecto a los incidentes de seguridad en Internet durante el periodo de 1989 a 1995, llevó a la conclusión que durante dicho periodo se produjeron 4567 incidentes de seguridad informática, de los cuales 268 (5.9%) resultaron ser falsas alarmas, todo lo cual hace suponer que la seguridad en Internet no resulta ser tan mala como algunos autores sugieren⁸⁶. Las razones de esta afirmación, siguiendo a HOWARD, se basan en el hecho que, si en términos cuantitativos tenemos que el crecimiento de los incidentes de seguridad informática en Internet guarda cercana relación con el propio crecimiento de dicha red, siendo esto así, tendremos que un host cualquiera en Internet se verá envuelto en esta clase de incidentes no mas de una vez cada 45 años⁸⁷, sin embargo, esta afirmación admite algunos matices, pues resulta claro que algunos sitios web resultan ser más atractivos que otros, por lo que pueden verse afectados por intrusiones varias veces al año⁸⁸.

El concepto de los denominados “delitos informáticos” viene siendo uno de los puntos en mayor debate dentro del estudio de la Criminalidad Informática, así han podido apreciarse tres sectores bien diferenciados, el primero de ellos rechaza la existencia de un delito informático, en la medida que tras estos no existe bien jurídico autónomo, considerándolos sólo como una nueva forma de delitos que afectan a bienes jurídicos ya reconocidos por el ordenamiento punitivo. Un segundo sector considera en cambio que el delito informático es aquel que afecta un nuevo bien jurídico, cuyo reconocimiento legislativo resulta necesario, diferenciando así entre los delitos computacionales, que se caracterizan por ser conductas que valiéndose de medios informáticos afectan bienes jurídicos ya tutelados en sede penal, y delitos informáticos propiamente dichos, como aquellas conductas que lesionan el novísimo bien jurídico. Finalmente aparece un tercer sector, bastante similar a la anterior postura, pues considera que el delito mediante computadoras se manifiesta en una triple dimensión, en la primera de ellas la computadora aparece como medio para cometer delitos, en la segunda, la información contenida en los sistemas informáticos resulta ser el objeto del delito, en tanto que en su tercera dimensión los ordenadores tendrán una trascendencia probatoria

Es en el segundo sector, esto es, en el que diferencia entre delitos computacionales y delitos informáticos, que mi pensamiento se ubica, conforme más adelante se apreciará en la fundamentación del contenido material del bien jurídico “información”.

No obstante lo expuesto, resulta evidente que si bien existen diferencias claras entre ambos conceptos – delitos computacionales y delitos informáticos-, ambos forman parte de un mismo fenómeno criminal cuya denominación correcta sería la de “criminalidad mediante computadoras” y por la cual debe entenderse a todas las conductas criminales para cuya comisión se emplee los ordenadores o en las cuales resulte afectada la información contenida en los sistemas informáticos.

* A esa persona tan especial.

** Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Director de la Revista Electrónica de Derecho penal (<http://vlex.com/pe/redp>).

43[1] **Bedoya, Alejandro G.** *Cibergrafía: Charles Babbage*, en: Usuario- Revista Electrónica (disponible en: <http://www.usuario.com.mx/articulos/990110.htm>).

44[2] **Diebold, John.** *Man & the Computer. Technology as an Agent of Social Change*, pág. 16, Avon, Chicago, 1971.

45[3] El desarrollo en el campo informático ha sido, cabe remarcarlo, vertiginoso desde su aparición, así lo explica Diebold: “From 1945 to 1951 – desde 1945 a 1951 -, it increased one hundred times again – este se incremento en cien veces -, and from until now – y desde entonces hasta ahora (esto es, en 1970) -, it has increased one thousand times again – ha tenido un incremento de mil por ciento”, en: **Diebold, John.** ob. cit., pág. 29. Igualmente resulta sumamente pedagógico lo afirmado por Millé en 1999: “...para llegar a tener 50 millones de usuarios en USA, la radio tardó 38 años, el teléfono 25 años, la PC 16 años, la TV 13 años, el Cable 10 años y el acceso a Internet 4 años...”; citado por: **Mercuriali, Carlos.** *El Desafío de las Marcas en Internet*, en: La Ley, año LXIV, n° 128, pág. 1, nota 1, Buenos Aires, 6 de Julio de 2000.

46[4] La DARPA originalmente se denominó Advanced Research Projects Agency (ARPA), optando por la denominación DARPA en 1971, ARPA en 1993 y nuevamente DARPA a partir de 1996; al detalle: **Leiner, Barry M./ Cerf, Vinton G./ Clark, David D./ Kahn, Roberto E./ Kleinrock, Leonard/ Lynch, Daniel C./ Postel, Jon/ Roberts, Larry G./ Wolff, Stephen** (en adelante: Leiner, Barry M. y otros). *A Brief History of the Internet* (disponible en: <http://www.isoc.org/internet/history/brief.htm>).

47[5] **Cerf, Vinton.** *How the Internet Came to be*, en: Aboba, Bernard. *The Online User's Encyclopedia*, Addison-Wesley, 1993.

48[6] **Ibid.**

49[7] Con mayor detalle: *Conéctate al Mundo de Internet. Guía y Catálogo*, pág. 15 a 22, Ed. Kroll, Mc. Graw Hill, Segunda Edición.

8 **Ibid.**, pág. 15- 22.

9 **Leiner, Barry M. y otros.** *A Brief History of the Internet*; **Cerf, Vinton.** *How the Internet Came to be*.

10 **Howard, John D.** *An Analysis of Security Incidents in the Internet 1989-1995*, pág. 16, Tesis, inédita, Carnegie Institute of Technology, Pittsburgh; también: *The Froehlich/ Kent Encyclopedia of Telecommunications*, vol. 15, pág. 231 y ss., New York, 1997. Sin embargo, otros estudios han llegado a cifras mayores, por ejemplo: West- Brown, Stikvoort y Kossakowski, indican que en 1988 existían en Internet 60,000 host, en tanto que una década después dicha cifra se elevó a 36 millones de host en la red; al respecto: **West- Brown, Moira/ Stikvoort, Don/ Kossakowski, Klaus- Peter.** *Handbook for Computer Security*

Incident Response Teams (CSIRTs), pág. 2, Carnegie Mellon Software Engineering Institute, Pittsburgh, 1998; igualmente, hablan de 30 millones de ordenadores individuales suscritos a servicios de acceso a Internet al año 1995: **LaFuze, William L. & Friedrich, Valerie**. *Aggressive Enforcement of Rights Involving Internet Abuses*, en: Computer Law Review and Technology Journal, pág. 1, Spring- 1997; por su parte Adamski calcula en 40 millones los usuarios de la red al año 1995: **Adamski, Andrzej**. *Crimes Related to the Computer Network. Threats and Opportunities: A Criminological Perspectives*, en: European Institute for Crime Prevention and Control (HEUNI), Five Issues in European Criminal Justice: Corruption, Women in the Criminal Justice System, Criminal Policy Indicators, Community Crime Preventor and Computer Crime, pág. 215, Helsinki, 1999.

11 *Crimes related to computer networks, Background paper for the workshop United Nations crimes related to computer network*, pág. 4, Tenth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Vienna, 2000 (disponible en <http://www.un.org>).

50[8] Al respecto: **Mercuriali, Carlos**. art. cit., pág. 2 y ss.

51[9] ICANN ha venido a sustituir a la *Internet Assigned Number Authority (IANA)*; al respecto: **Barriuso Ruiz, Carlos**. *Nombres de Dominio (DNS), en Internet*, en: Libro de Ponencias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, pág. 32, Edit. Perú. Lima, 2000; **Jijena Leiva, Renato Javier**. *Dominios y Marcas en Internet. El reglamento del NIC.CL*, en: Libro de Ponencias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, pág. 73, Edit. Perú. Lima, 2000; **Iriarte Ahon, Erick**. *Informe Nombres de Dominio*, en: Libro de Ponencias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, pág. 162 y ss., Edit. Perú. Lima, 2000 .

12 **Lara Márquez, Jaime**. *Derecho y Tecnología. Una visión prospectiva del Derecho*, en: REDI, n° 18, Enero-2000.

13 **Rondinel Sosa, Rocío**. *Informática Jurídica. De la Teoría a la Práctica*, pág. 29, Lima, 1995.

14 **Ibid.**

15 **Lara Márquez, Jaime**. art. cit.; **Rondinel Sosa, Rocío**. ob. cit., pág. 25 a 29.

16 **Rondinel Sosa, Rocío**. ob. cit., pág. 17.

17 **Lara Márquez, Jaime**. art. cit.

18 **Rondinel Sosa, Rocío**. ob. cit., pág. 30.

19 **Lara Márquez, Jaime**. art. cit.; **Pérez Luño, Antonio Enrique**. *Manual de Informática y Derecho*, pág. 22, Edit. Ariel, Barcelona, 1996; **el mismo**. *Juscibernética y Metodología Jurídica*, pág. 783.

20 **Pérez Luño, Antonio Enrique.** *Manual de Informática y Derecho*, pág. 22.

21 **Ibid.**

22 **Ibid.**, pág. 18.

23 **Calderón Rodríguez, Cristian.** *El Impacto de la Era Digital en el Derecho*, en: REDI, n° 21, Abril-2000.

24 **De Trazegnies Granda, Fernando.** *La Desmaterialización del Derecho. Del derecho de parada al Internet*, en: Themis, n° 38, pág. 7 y ss., Lima, 1998.

25 **Ibid.**, pág. 9.

26 **Ibid.**

27 **Rowland, Diane.** *Cyberspace: A World Apart?*, en: Ponencias de la 13° Conferencia de la British & Irish Legal Education Technology Association: "The Changing Jurisdiction", Dublin, 1998.

28 **Ibid.**

29 **Ibid.**

30 **Trotter, Hardy.** *The Proper Legal Regime in Cyberspace*, en: University of Pittsburgh Law Review, n° 55, 1994.

31 Otros autores como LaFuze y Friedrich hablan del "Internet Environment" ("Ambiente Internet"); en: **LaFuze, William L. & Friedrich, Valerie.** art. cit., pág. 1-2.

32 **Rowland, Diane.** art. cit.

33 **Mayewski, Christine E.** *The Presence of as Web Site as a Constitutionally Permissible Basis for Personal Jurisdiction*, en: Indiana Law Journal, Vol. 73, n° 1, Bloomington, 1997.

34**Ibid.**

35**Ibid.**

36**Adamski, Andrzej.** art. cit., pág. 230.

37**Ibid.**

38 **Ibid.**

39Pérez Pinzón constata el hecho que las corrientes jurídico-criminológicas contemporáneas se pueden dividir en dos sectores, el primero de orientación abolicionista o reduccionista del Sistema Penal (Perspectiva abolicionista, criminología crítica, Derecho Penal mínimo y el Derecho Penal de garantías) y, el segundo, de orientación mantenedora y amplificadora (criminología clínica, el nuevo realismo, protección de intereses difusos). Analizando al detalle el discurso del Derecho Penal mínimo: **Pérez Pinzón, Alvaro Orlando.** *Derecho Penal mínimo y Derecho Penal garantizador*, en: A.A.V.V. *Derecho Penal - Libro Homenaje a Raúl Peña Cabrera*, pág. 489 y ss., Ediciones Jurídicas, Lima, 1990.

40Al respecto véase: **Abanto Vásquez, Manuel.** *Derecho Penal Económico. Consideraciones Jurídicas y Económicas*, pág. 25 y ss., primera edición, Edit. San Marcos, Lima, 1997.

41Sobre el proceso dual en referencia Jescheck señala: "El inventario de bienes protegidos jurídico penalmente varía. En el Derecho Penal reciente se da tanto la nueva incriminación como la descriminalización. Las alteraciones en la valoración de los bienes jurídicos se expresan asimismo a través de los cambios en la aplicación de las sanciones"; en: **Jescheck, Hans-Heinrich.** *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, pág. 6.

42**Hurtado Pozo, José.** *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pág. 91, Eddili, Lima.

43Jean Pinatel, en 1971, remarcaba dicha evolución, por la cual el foco de atención de la disciplina penal se traslada del ámbito individualista, predominante desde comienzos del siglo XIX, al ámbito de lo público o colectivo, predominante durante el presente siglo; al detalle véase: **Pinatel, Jean.** *La Sociedad Criminógena*, trad. de Luis Rodríguez Ramos, pág. 194, primera edición, Madrid, 1979.

44**Caro Coria, Dino Carlos.** *La Protección Penal del Ambiente*, pág. 66-68, primera edición, Benites, Mercado y Ugaz Abogados, Colección Tesis Seleccionadas n° 2, Lima, 1995.

45 **Zaffaroni, Raúl Eugenio**. *Consideraciones Político-Criminales sobre la Tutela de los Derechos de Autor*, en: el mismo. *Política Criminal Latinoamericana/ Perspectivas y Disyuntivas*, pág. 133, Bogotá.

46 Así lo afirman Mink-Nova, en: **Guibourg, Ricardo A./ Alende, Jorge O./ Campanella, Elena M.** *Manual de Informática Jurídica*, pág. 273, edit. Astrea.

47 Si bien el término "convencional" resulta lingüísticamente inexacto, es claro que éste es empleado para determinar lo común ó tradicional, por lo que seguirá siendo utilizado en dicho sentido; en el mismo sentido véase: **Pastor, Daniel**. *¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos no convencionales?*, en: Mazuelos Coello, Julio (Compilador). ob. cit., pág. 153.

48 Así acertadamente José Hurtado Pozo: "En las sociedades desarrolladas, el progreso de orden científico y técnico produce modificaciones sociales profundas que repercuten de manera evidente en la legislación. Es el caso, por ejemplo, de la evolución de la informática, de los medios de comunicación y de la genética"; en: **Hurtado Pozo, José**. ob. cit., pág. 91.

50 De esta manera, el XV Congreso Internacional de Derecho Penal- Sección II sobre delitos informáticos y otros delitos contra la tecnología informática, recomendó " a la comunidad académica y científica profundizar la investigación en relación al delito informático".

52 **Gutiérrez Francés, Mariluz**. *Notas sobre la delincuencia informática: Atentados contra la "Información" como valor económico de empresa*, en: Mazuelos Coello, Julio (Compilador), ob. cit., pág. 384.

53 La Economía actual se desarrolla a través de bloques económicos (Unión Europea, Otan, etc.), quien no se encuentra comprometido con uno de ellos tendrá pocas posibilidades de éxito en materia económica y de negocios.

58 Sin perjuicio de lo expuesto, la práctica jurisdiccional de algunos países ha demostrado que las computadoras pueden ser también una útil herramienta para la persecución y probanza de los delitos, por ejemplo, la animación computarizada puede ser empleada con la finalidad de ilustrar acerca de la teoría de un asesinato; al respecto: **Borelli, Mario**. *The Computer as Advocate: An Approach to Computer- Generated Displays in the Courtroom*, en: Indiana Law Journal, Vol. 71, n° 2, 1996.

59 **Guibourg, Ricardo A. y otros**. ob. cit., pág. 273.

60 Citado por: **Guibourg, Ricardo A. y otros**. ob. cit., pág. 274.

61 **Viega Rodríguez, María José**. *Delitos Informáticos*, en: REDI, n°9, Abril de 1999.

62 **Bramont-Arias Torres, Luis**. *El Delito Informático en el Código Penal Peruano*, pág. 58, primera edición, Biblioteca de Derecho Contemporáneo, Vol. 6, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997. Como contrapunto Brooks y Nyamm señalan que todos los delitos pueden ser informáticos "en cuanto que las conexiones entre los actos criminales y las computadoras son prácticamente ilimitados", citados por: **Pérez Luño, Antonio- Enrique**. *Manual de Informática y Derecho*, pág. 70.

63 **Núñez Ponce, Julio**. *Los Delitos Informáticos*, en: REDI, n° 15, Octubre- 1999; **el mismo**. *Derecho Informático. Nueva disciplina jurídica para una sociedad moderna*, pág. 253, Edit. Marsol, Lima, 1996.

64 **Blossiers Mazzini, Juan José & Calderón García, Sylvia**. *Los Delitos Informáticos en la Banca*, pág. 66, primera edición, Edit. Rao, Lima, 2000.

65 **Ibid.**, pág. 67.

66 **García Cantizano, María del Carmen**. *La Delincuencia Informática en el Ordenamiento Jurídico Penal Peruano*, en: Gaceta Jurídica, tomo 78-B, pág. 69-70, Lima, 2000.

67 Ésta puede encontrarse incluso no tipificadas en la legislación penal, de allí la existencia de algunas lagunas de punición. En éste sentido: **Pérez Luño, Antonio- Enrique**. *Manual de Informática y Derecho*, pág. 69.

69 **Tiedemann, Klaus**. *Criminalidad mediante Computadoras*, en: el mismo, Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental, pág. 334, Idemsa, Lima, 1999.

70 **Pérez Luño, Antonio- Enrique**. ob. cit., pág. 69.

71 **Jijena Leiva, Renato Javier**. *La Criminalidad Informática: Situación de Lege lata y de Lege Ferenda en Chile*, en Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, pág. 508, Merida- España, 1992.

72 Citado por: **Levene, Ricardo & Chiaravalloti, Alicia**. *Delitos Informáticos*, en: La Ley, año LXII, n° 202 y 218, Buenos Aires, 1998.

73 **Tellez Valdez, Julián**. *Derecho Informático*, segunda Edición, Edit. Mc. Graw- Hill, México, 1997.

74 Citado por: **Villalobos J., Carlos**. *El Delito Informático*, en: Actualidad Jurídica, n° 7, Panamá, 1997; **Cuervo Alvarez, José**. *Los Delitos Informáticos: Protección Penal de la Intimidación*, en: REDI, n° 06, Enero, 1999.

75 Citado por: **Cuervo Alvarez, José**. art. cit.

75a Similar es la definición hecha recientemente por Nuñez Ponce, por lo que entraría en contradicción con su posición inicial; al detalle: **Nuñez Ponce, Julio**. *Los Delitos Informáticos en el Ciberespacio en la Legislación Peruana*, en: Libro de Ponencias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, pág. 181, Edit. Perú.

76 **Herrera Bravo, Rodolfo/ Zabale, Ezequiel/ Beltramone, Guillermo**. *Delitos Informáticos*, en: Boletín Hispanoamericano de Informática y Derecho, año I, n° 3, Agosto-1999; también: **Herrera Bravo, Rodolfo**. *Reflexiones sobre los Delitos Informáticos motivadas por los desaciertos de la Ley Chilena n° 19.223*, en: REDI, n° 05, Diciembre- 1998, publicado también en: REDP, n° 02, Mayo-1999.

77 Citada por: **Jimenez Dan, Rafael Ricardo**. *Crimen Silencioso*, en: REDI, n° 10, Mayo-1999.

78 Al respecto: **González Rus, Juan José**. *Aproximación al Tratamiento Penal de los Ilícitos Patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos*, en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, monográfico n° 12, pág. 116-117, 1982.

79 **Adamski, Andrzej**. art. cit., pág. 218.

80 **Tiedemann, Klaus**. ob. cit., pág. 334. También en: Poder Económico y Delito, pág. 121-122, primera edición, Edit. Ariel, Barcelona, 1985.

81 **Charney, Scott & Alexander, Kent**. *Computer Crime*, en: Emory Law Journal, Vol. 45, n° 3, Emory University School of Law, 1996.

82 **Steele Jr., Howard L**. *The Prevention of Non- Consensual Access to "Confidential" Health- Care Information in Cyberspace*, en: Computer Law Review and Technology Journal, pág. 102, nota 6, Spring 1997.

83 **Parker, Donn B**. U.S. Department of Justice, Computer Crime: Criminal Justice Resource Manual 2,2, 1989.

84 *High-Tech Crime Summit. Remarks of Deputy Attorney General Eric H. Holder Jr.*, disponible en: <http://www.cybercrime.gov/dag0112.htm>).

85 **Howard, John D**. ob. cit., pág. 7.

86 **Adamski, Andrzej**. art. cit., pág. 231.

87 **Ibid.**

88 **Ibid.**, pág. 232.

LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CENTROAMERICA52[1]

César Crisóstomo Barrientos Pellecer

1. Centroamérica Comunicada

Representémonos un momento el mapa de América y detengamos los ojos de la mente en Centroamérica. ¿Qué vemos? ¿Un mar?, ¿islas?, ¿un desierto? ¡No! Un macizo de montañas, volcanes y fértiles valles que sirven de puente natural a las Américas. La región más estrecha entre los mares Pacífico y Atlántico: la cálida cintura del Nuevo Continente.

Pero avancemos a los pueblos que allí viven reunidos por la geografía y encontraremos una misma raza, lengua, religión, cultura e historia. Entramos juntos a la Colonia y juntos salimos de ella en 1821. Para alcanzarla, las insurrecciones de San Salvador, León, Granada y de Belén. Diecisiete granadinos condenados a muerte, presidio y exilio para numerosos patriotas son manifestación del valiente y generoso sacrificio libertario, y aún hay quienes califican nuestra gesta independentista como algo gratuito. En el acta del 15 de septiembre se aprecia la firma de hombres ilustrados de todos nuestros pueblos, reunidos por ideales y sueños que vemos reflejados en sus escritos, en donde manifestaron con la excelencia de su pluma y de su fe: ¡amor a Centroamérica!

Juntos Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica formaron la Unión de Repúblicas de Centroamérica y dieron vida a la Constitución de 1825 sobre las bases de un gobierno federal, popular, representativo y liberal. Dicho documento es una de las obras jurídicas más notables y generosas de nuestra historia, en ella se reconoció a todos los habitantes como parte del género humano.

Para colocarnos en el corazón que latía en nuestros próceres, imaginemos entrar, el 31 de diciembre de 1823 al Congreso Federal, al presbítero salvadoreño Simeón Cañas, quien llega tarde por enfermedad, toma la palabra y dice: "Vengo arrastrándome y si estuviera agonizando, agonizando viniera para hacer una proposición benéfica a la humanidad desvalida: Con toda la energía con que debe un diputado promover los asuntos interesantes a la patria, pido que ante todas las cosas y en la sesión del día, se declaren ciudadanos libres a nuestros hermanos esclavos".

Y el pleno acogió emocionado la propuesta, inmediatamente se declaró que todo hombre era libre en Centroamérica y que no podía ser esclavo el que llegase a tocar su territorio. Nos adelantamos con ello a casi toda América. Fuimos más lejos, Pedro Molina fue con la representación de nuestras Repúblicas Unidas al Congreso de 1826 en Panamá y coadyuvó en primera línea al llamado bolivariano de la unidad de la gran familia americana.

Pero el ideal de hacer prevalecer la razón contenida en la ley se frustró pronto. Los intereses particulares se antepusieron. El Primer presidente de la Federación, Manuel José Arce dio, el 10 de octubre de 1826, el primer golpe de Estado, de más de cincuenta que sufriría la región en los tiempos venideros. Tenía que rendir cuentas a la Asamblea Federal que reclamaba el cumplimiento de tal obligación y la entrega del poder se acercaba. Prefirió recurrir a un decreto por el cual disolvía el poder legislativo y convocaba a una nueva asamblea para ganar tiempo y seguir gobernando.

La Corte Suprema de Justicia Centroamericana emitió resolución anulando el decreto presidencial. Si esa resolución se hubiera cumplido, nuestra historia sería otra. Pero para nuestra desgracia no ocurrió así. Se formó un tribunal militar y en juicio sumarísimo condenaron a los magistrados por el delito de traición a la patria. Allí se rompió el futuro, los gobiernos no serían de leyes, habrían de ser, en adelante, de hombres con poder desmedido. Costa Rica expresó oposición temprana y advirtió los estragos de la arbitrariedad a la que se opuso radicalmente. Las fuerzas del progreso, la unidad y la república fueron derrotadas. Francisco Morazán, el hondureño universal, murió frente a un pelotón de fusilamiento en la búsqueda de hacer realidad el espíritu unionista que abrigó su entrega total. Luis, hijo de Pedro Molina, acompañó al mártir y corrió la misma suerte.

Veinte años después de nuestra independencia, las leyes de la Colonia regían de nuevo. El Código de Livingston sólo fue profecía de nuevos días. Separados sufrimos el mismo dolor de las dictaduras. Nos reunimos nuevamente en 1855 para mostrar el poder y la gloria de nuestras fuerzas concursadas. Juntos luchamos y vencimos a los filibusteros de Walker. Pero el egoísmo de los intereses de poder local prevalecieron. Por fin, en la década de los 70 del siglo XIX triunfa la Reforma Liberal. La separación del poder político y religioso, la educación laica y obligatoria, la creación de estructuras para exportar nuestros productos agrícolas, ferrocarriles, telégrafos y códigos civiles, penales, mercantiles, son algunos de los muchos logros de la salida de la edad media, que corre como agua vivificadora en la región, para verificar en las obras materiales nuestra fluida comunicación constante, de incidencia recíproca.

2. Centroamérica: uno grande la sueña

Dictaduras terribles y breves periodos democráticos sacudieron Centroamérica por igual en los siglos XIX y XX. Los diez años de primavera en el país de la eterna dictadura con que

describe Luis Cardoza el periodo que abrió la Revolución guatemalteca de 1944, parece ser una regla regional, que Costa Rica rompe en 1948. José Figueres interpreta el sentir real de la noble Costa Rica y abre los espacios para que transite por el irrevocable sendero de la democracia, sobre la base de poderes separados sometidos a la ley, donde sirve de faro un verdadero poder judicial independiente. La Introducción, en la década de los setenta del siglo XX, del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina, que nadie más sigue, expresa la legítima ambición de ser el primer país desarrollado de América Latina.

El derrocamiento de la dictadura de los Somoza en 1979 expande los aires de libertad por toda América y las dictaduras empiezan a caer una tras otra. El valor heroico del pueblo nicaragüense inspira la fuerza innovadora que culmina en la región con las nuevas constituciones de Honduras, Guatemala y El Salvador. Con esa fuerza reiniciamos juntos este nuevo proceso de esperanza, progreso, democracia, modernidad, de ocupación del lugar que nos corresponde en el contexto de las naciones civilizadas, de esfuerzo por hacer realidad el respeto de los derechos humanos. Justo es que todas esas constituciones sustenten una sola alma centroamericana; por eso, ninguno de nosotros debe ser tratado o sentirse como extranjero bajo el cielo que inspiró la poesía de Rubén Darío: "Si la Patria es pequeña, uno grande la sueña", donde viven los hombres de maíz que inmortalizó Miguel Angel Asturias.

Como propuesta de la voluntad de consolidación del Estado de Derecho, nuevos códigos procesales penales substituyen el sistema inquisitivo de instruir procesos, propio del despotismo, por formas orales y públicas de hacer justicia y de obligar al Estado a permitir el acceso oportuno a la justicia. Guatemala, tomando como fuente directa el Código Modelo para América Latina, elaborado por eminentes juristas iberoamericanos, aprobó en 1992 una nueva legislación procesal penal. Uno de los muchos cambios necesarios. Costa Rica no quiso quedar atrás, y recreó la misma fuente en 1996. Honduras y El Salvador cerraron el siglo 2000 con nuevas legislaciones procesales. Ocho países latinoamericanos más lo han aprobado o lo tienen en fase de creación legislativa y en Nicaragua está ahora en la Asamblea Nacional el proyecto más novedoso y moderno, el último de todos, el primero que puede recoger las experiencias de la implementación inmediata de los cuatro países hermanos, por tanto, en potenciar las perspectivas de su aplicación y, por lo mismo, de ofrecer propuestas técnicas para considerar y discutir frente a los problemas que éstos han enfrentado.

Los que se oponen al cambio dicen que estos códigos no han resuelto los problemas y hasta que han coadyuvado a aumentar la delincuencia y para ello ejemplifican los linchamientos que ocurren en Guatemala.

Tres respuestas rápidas: 1. Es ingenuo o mecanicista, cuando no de mala fe, afirmar que la realidad se cambia inmediatamente con las leyes y que lo nuevo destruye a lo viejo en un

instante. Estamos frente a un proceso total y radical que lleva tiempo, aprendizaje, entrega, conciencia y vocación. 2.El nuevo Código ha permitido el procesamiento y sanción de crímenes antes impunes y 3. El pueblo guatemalteco en su mayoría generoso no es autor de linchamientos, es víctima de ellos. Además, el decaimiento democrático que provocan tan deleznable hechos violentos beneficia a poderes ocultos que ganan y mantienen espacios de la inseguridad ciudadana.

¡Nuevos días anuncian, Centroamérica, la reunión de tus azules banderas y de tus verdes matices de fragante primavera! ¡Tus Códigos Procesales Penales predican que esos tiempos serán de justicia y armonía!

53[1] Resumen de la Conferencia "La reforma procesal penal centroamericana: proceso oral y acusatorio", efectuada el 7 de agosto del año 2001 en la Universidad Centroamericana (UCA)/Nicaragua.

EL CONCEPTO DE "LEY ANTERIOR" DEL ARTICULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN: LA EXIGENCIA DE LA TIPICIDAD.

Henry
Universidad de Costa Rica.

Issa

El

Khoury

INTRODUCCIÓN:

El objetivo de este trabajo es crear conciencia de la necesidad de la tipicidad y de las consecuencias prácticas de la violación a este principio. Se pretende señalar que todo lo relativo a la legalidad criminal y a la tipicidad no es de ninguna manera un problema teórico, sino absolutamente vital en la vida ciudadana de nuestro medio. Sostenemos que cuando el legislador constitucional señaló: "A nadie se le hará sufrir pena sino por delito cuasidelito o falta sancionados por ley anterior..." estaba obligando a algo más que a la simple necesidad de que la conducta que se quiere sancionar esté previamente descrita; estaba fundamentando la obligatoriedad de que esta ley debe ser clara, precisa, delimitada, sin aperturas que permitan interpretaciones diferentes en un mismo momento histórico, y sin que un poder (el legislativo) delegue en otro (el judicial) el dictar la prohibición, como sucede en el caso de los elementos polisémicos del tipo o en los tipos de peligrosidad, entre otros ejemplos.

Las consecuencias del olvido del principio de tipicidad

-violación flagrante a la legalidad criminal- no quedan, tampoco, en un plano teórico; sus consecuencias prácticas apuntan a la salud de la división de los poderes, pues al crear tipos abiertos o mal contruidos, el legislador le delega al juzgador la tarea -que constitucionalmente es indelegable- de señalar cuáles son los alcances de la ley. Esto significa ni más ni menos que el poder legislativo le otorga al juez no solamente el papel de legislar, sino de hacerlo después de realizada la conducta por sancionar, con lo que, además de lesionar la división de poderes, viola el postulado constitucional de ley anterior.

Finalmente, pensamos que un trabajo como este no necesita otra justificación que la misma idea de las libertades ciudadanas, que están en juego cada vez que se lesiona el principio de legalidad y su exigencia de tipicidad. Por eso, nunca sobra la preocupación, sobre todo si aceptamos como cierto el pensamiento de Ferrajoli: "En la época contemporánea asistimos a una crisis profunda del principio de estricta legalidad, favorecida por la fragilidad teórica de su formulación ilustrada y alimentada por diversos impulsos irracionalistas y autoritarios."(54[1])

I. LA GARANTIA DE LA LEGALIDAD Y SU FUNCION EN LA REPUBLICA.

Los límites de la libertad que traza el derecho penal no sólo son límites de la libertad individual, sino también límites de la intervención estatal.

Winfried Hassemer

Es ya un lugar común en los textos que tratan del tema buscar el origen y el autor del término acuñado como "Nullum crimen nulla pena sine lege praevia"(55[2]). La importancia de esta indagación es obvia, pues, como señala Jescheck, "Sus raíces se enlazan con la idea de una razón vinculante para todas las personas que se expresa decididamente en la ley y que excluye la arbitrariedad del estado como "perturbación" irracional..." (56[3]); pero el investigador no debe quedarse en esa etapa de conocimiento. Es también de fundamental importancia la indagación del cómo y el para qué del concepto y de cuáles son sus implicaciones sociales, todo enfocado desde el punto de vista de las relaciones del Estado con los habitantes: en un estado de derecho existe la necesidad básica, tanto de que los habitantes conozcan con claridad las prohibiciones penalmente conminadas, como de que el poder estatal tenga límites definidos en su función punitiva.

La respuesta que surge ante esas interrogantes sobre las consecuencias prácticas de la legalidad en un estado de derecho, permiten conocer el porqué, en determinados momentos, se minimiza la importancia de la legalidad criminal. Por esta razón es que no puede dejarse pasar desapercibida y sin comentario la responsabilidad que tiene el jurista y, mucho más el operador

penal, de estar conciente de que el “Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia” no es sólo un postulado constitucional, sino la adopción de una particular posición de la Carta Magna, en relación con un sistema sancionador(57[4]) que debe ser no sólo estudiada con cuidado, sino aplicada con diligencia por el operador legislativo, judicial y administrativo.

Esta posición, coherente con el término República, implica que un sistema jurídico penal como el costarricense deberá partir al menos tres premisas fundamentales, que son principios férreos de un estado como el que demarca nuestra constitución:

1. Que el poder público tiene que tener cuidados esenciales tanto al señalar la sanción en el ámbito legislativo, como al imponerla en el judicial y al hacerla cumplir en el ejecutivo;

2. La referencia necesaria al artículo 9. de la Constitución, en la que se indica que el poder público está dividido en poderes y que quien legisla tienen un poder distinto y separado de quien juzga y de quien ejecuta; y,

3. Que el poder que legisla no solo tiene obligación de describir de manera clara, precisa y delimitada las conductas que quiere prohibir, sino que, además, debe prohibir sólo aquellas conductas que afecten bienes fundamentales para la convivencia.

En consecuencia, la adopción del principio de legalidad criminal y sus derivados impone a los operadores estatales, sobre todo al legislador y al juez, la alta obligación de puntualizar, en el caso del primero, las conductas sometidas a sanción y no darles el carácter de retroactivas y al juez la obligación ineludible de que sus condenas se basen en la ley debidamente promulgada, sin ampliar su contenido por medio de la interpretación y sin aplicarla analógicamente en perjuicio.

Por tanto, el principio de legalidad criminal y su derivado fundamental, la tipicidad de la conducta que se quiere castigar, al ser adoptados en un sistema como el costarricense, en el que además, resulta corolario fundamental del postulado básico de que Costa Rica es una república (Artículo Primero de la Constitución), inaugura un régimen jurídico particular y crea una juridicidad penal, que implica reconocer uno de los derechos individuales más importantes: el poder conocer, comprender y entender, de manera previa al acto castigable, cuáles son

las zonas de prohibición que limitan los actos sociales de las personas. Conocer, comprender y entender la prohibición es un derecho esencial que tenemos los habitantes de una república en relación con el ejercicio del poder estatal.

Esta importancia fundamental de la tipicidad no es solo formal, ni puede serlo. Es una garantía real y por ello debe examinarse claramente la ley para que así se constate.

Tradicionalmente se ha señalado que el principio de legalidad criminal es totalmente completo y que por ello no es necesario marcar un concepto independiente de tipicidad pues la legalidad criminal supone la tipicidad de la conducta. Ciertamente, la exigencia del "nullum crimen, nulla poena sine praevia lege" supone y señala la necesidad de una ley anterior que contenga descrita la conducta real que se va a someter a sanción. Sin embargo, cuando se observa la técnica legislativa de muchas de nuestras leyes penales, se cae en la cuenta de una serie de defectos que tocan directamente con la regulación de la tipicidad, ya que al describir de manera deficiente las conductas, a sabiendas o no, el legislador permite diversas interpretaciones sobre un mismo término, para la resolución de casos distintos. Esto en buen derecho penal democrático significa una violación a la tipicidad, aunque haya ley anterior. De ahí que compartamos con vehemencia la convicción de que no basta la existencia de una ley anterior, para que se respete el Principio de Legalidad Criminal; es necesario acudir a un concepto complementario, el de tipicidad, -que no debe suponerse, sino explicitarse- para que este principio sea verdaderamente obligado y claramente cumplido.

Por lo dicho sostenemos que no es constitucional observar el principio de legalidad criminal en abstracto. Y no es conveniente, por lo mismo, juntar en un sólo principio un derivado natural tan importante como el principio o necesidad de la tipicidad de cualquier conducta que se quiera someter a

sanción. De ahí lo fundamental de aclarar el término "ley previa" que señala el constituyente en el artículo 39 citado(58[5]), sobre todo cuando la realidad legislativa nos dice lo contrario: las narraciones imprecisas, obscura, en blanco, de peligrosidad o sin bien jurídico, nos indican que la tipicidad no ha sido tomada en cuenta y que el principio de legalidad criminal ha sido visto, quizá, como un lindo postulado. Y no debe olvidarse que una ley con carácter sancionado imprecisa le da la juzgador el carácter de legislador, al obligarlo a descifrar el significado de la acción y por tanto al obligarlo a decir cuál es la conducta prohibida.(59[6])

II. OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DEL LEGISLADOR PENAL

"La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega por medio del sufragio, en la Asamblea Legislativa. Tal potestad no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones..."

Constitución Política, Artículo 105

Dentro del marco del estado de derecho que crea la Constitución para Costa Rica, la función legislativa es fundamental para la vida en sociedad, porque las leyes dan derroteros, tanto a los gobernantes como a los habitantes: es a través de la función legislativa que se señalan (de antemano) aquellas conductas que deben evitarse (o realizarse, en su caso), para que no ocurran daños sociales importantes. Así todos los grupos que conviven en un determinado territorio y en un momento histórico preciso, tienen la garantía de conocer la prohibición. El observar esa función desde el marco del derecho castigador hace más evidente la necesidad de una labor de precisión en manos del legislador, pues de él derivan las primeras pautas de la política criminal general. ¡Tamaño responsabilidad la del legislador penal, pues del trabajo legislativo dependen las políticas que surgen del funcionamiento u operatividad de los otros subsistemas del sistema penal!.

Por su parte, no puede olvidarse que cada tipo penal es un límite básico a la función punitiva del poder estatal. En este sentido, cada apertura o mala construcción de una ley penal significa una grieta que permite saltarse ese límite tan importante para la vida republicana.

La Constitución Política señala hitos claros, dentro de los cuales el legislador debe centrar su actuación (artículos 1, 9, 10, 28 párrafo segundo y 39), y por ello quien hace las leyes tiene que tener muy claro cuál es el significado y hacia dónde conducen los productos de su labor: reforzar o minar los postulados que cimientan un estado de derecho.

El artículo 9 de la Constitución es muy claro al señalar, en su párrafo final, que "Ninguno de los poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias". Parecería que este mandato, unido al señalado en el artículo 39 citado, es absolutamente claro: no queda duda de que el legislador, que sólo debería representar los intereses ciudadanos y debe cumplir la Constitución, tiene la obligación ineludible de describir claramente la conducta, sin acudir a

palabras obscuras, frases con sintaxis cuestionable, o falta de verbos definatorios claros, de modo que el ciudadano pueda entender claramente la prohibición y saber, por ende a qué atenerse, y el juzgador, en su trabajo, pueda saber cuál es la conducta prohibida, en el momento en que cumple su obligación de detectar la adecuación típica para poder hacer el juicio de reproche. El legislador debe darle al ciudadano conocimiento preciso y al juez pautas claras y definidas, con límites seguros.

A pesar de lo que se ha mencionado en relación con la legalidad y la tipicidad, es fácil encontrar en la ley costarricense una serie de descripciones penalmente conminadas que no presentan límites claros: honestidad, buena fama, deshonra, deshonesto, brujería, hechicería, actos contrarios a la civilización, actos contrarios a las buenas costumbres...

Nótese con esos ejemplos cómo el legislador, en su función penal, se ha limitado a señalar alguna conducta que no quiere que se realice o que obliga a su realización en determinadas circunstancias (los casos de omisión), pero lo ha hecho sin el debido cuidado al seleccionar adecuadamente las palabras que utiliza. Sin embargo este no es el único problema, pues entre los tipos penales se encuentran textos con serias deficiencias en su sintaxis, de manera que a la hora de aplicar esa ley al caso concreto no se sabe con exactitud cuál es la conducta prohibida y el juez debe hacer un esfuerzo distinto al de la detección del encuadramiento: debe **decidir** el contenido semántico del término, o debe **seleccionar** la lectura del texto que a él le parezca la correcta.

Decidir el sentido de un término y seleccionar una entre varias posibilidades de lectura significa, no más ni menos, que señalar cuál es la conducta prohibida. Esta labor de señalamiento, de acuerdo con la Constitución que nos rige es legislativa, no judicial y, al hacerse para saber si hay o no adecuación típica, se hace con posterioridad a la comisión del hecho, razón por la cual lo aplicado no es ley anterior, sino posterior.

Lo señalado constituye una flagrante violación a los dos primeros principios fundamentales de la norma del artículo 39: "la necesidad de ley" y "la necesidad de que esa ley sea anterior al hecho". ("A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior...")

En la actualidad parece indiscutible la necesidad de una garantía de legalidad en cualquier norma que restrinja o elimine derecho de los habitantes. No obstante, el análisis de la práctica legislativa y, en algunos casos, la judicial y administrativa, por medio de la interpretación, da cuenta de que no es ocioso referirse al tema y puntualizar cada vez que se pueda en el asunto: leyes en blanco y tipos abiertos, sin bien jurídico o sin acción claramente demarcada no son excepcionales en

nuestro ordenamiento jurídico. Por eso hemos sostenido reiteradamente que cualquiera de estos ejemplos, en el tanto que permita al juez una interpretación más allá de la letra legislativa, viola el principio de legalidad criminal al saltarse el término ley anterior del artículo 39 constitucional, que marca la existencia de una garantía de legalidad.

III. LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL MARCO DE LA LEGALIDAD CRIMINAL.

"Por eso la fragmentariedad es una característica inherente al derecho penal, porque no puede dejarse al juez que decida ante un caso concreto la extensión o no de una norma penal, porque esta extensión derivaría, muy probablemente, en un trato desigual de los ciudadanos: donde un juez viera una importante razón de justicia para absolver o condenar, amparado por la amplitud de la formulación legal, otro podría ver las razones para fallar en sentido contrario..."

MADRID CONESA, Fulgencio.

La legalidad del delito. p. 113

Dentro de todos los aspectos señalados hasta el momento, queda evidenciada la importancia de la labor del poder judicial en el estado de derecho, pues es precisamente el garante de la juridicidad del estado. Esta posición clave para la "República democrática, libre e independiente" del artículo primero de la Constitución, se ve magnificada en la función jurisdiccional penal, dado el encargo social de juzgar la culpabilidad o no de las personas y aplicar las penas.

Un análisis de tipos penales, tanto del código penal vigente, como de leyes especiales, da cuenta que el panorama legislativo actual, en Costa Rica, deja al juez penal con márgenes de interpretaciones que le posibilitan a legislar ex post.(60[7])

Esta realidad obliga al juzgador a tener una formación claramente inclinada hacia los postulados de la república, con amplios conocimientos de lo que significa la legalidad y sus consecuencias, para poder hacer frente a esta tentación de "decir" la ley que inconstitucionalmente le ofrece el legislador.

¿Qué debe hacer un juzgador cuando se encuentra con tipos penales sin límites claros, con remisiones a normas de rango inferior, sin bien jurídico tutelado, con sintaxis confusa? ¿Cómo debe ese señalar cuál es la conducta prohibida?.

Dentro de los campos que demarca la división de poderes (Artículo 9 de la Constitución) corresponde al poder juzgador, en materia penal, la importante empresa de imponer las sanciones a las personas que haya encontrado culpables de un delito. El juez, para ello, debe, primeramente, indagar si lo que se presenta a su estrado es o no conducta. Posteriormente, deberá constatar si hay o no un tipo penal que marque como delito una conducta igual a la que investiga: aquí el juez detecta si hubo encuadramiento, esto es, si la conducta humana encaja, se adecua, a la conducta descrita en el tipo.

Esta etapa es crucial para el problema que estamos señalando, pues si el tipo es claro, el juez detecta pura y simplemente si hubo o no adecuación típica. Si no lo es debe realizar razonamientos **no contemplados en su labor** para saber qué significan las palabras de la ley, o qué quiso decir el legislador. Del resultado de ese razonamiento dependerá el encuadramiento, pero quizá, ante un mismo caso, otro juzgador llegaría a un resultado distinto, pues la interpretación que le dió a un término o el sentido que le otorgó al texto debido a la mala redacción legislativa es diferente al la del primer juzgador.

El tipo penal es una construcción más o menos abstracta, en donde el legislador señala un modelo de conducta que, al estar aparejado por una sanción, marca su prohibición. Si el tipo está mal escrito, esa prohibición no tiene límites claros; igualmente ocurre cuando se utilizan conceptos que no tienen significación unívoca.

Veamos el caso del artículo 142, antes de la última reforma legislativa:

"Abandono de incapaces y casos de agravación.

Artículo 142: El que pusiere en grave peligro la salud o la vida de alguien, al colocarlo en estado de desamparo físico, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse por sí misma, y a la que deba mantener o cuidar o la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de seis meses a tres años.

La pena será de prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si causó la muerte, la pena será de seis a diez años de prisión."

En la redacción de este tipo no quedaba clara la acción descrita: ¿"poner en grave peligro", "colocar en estado de desamparo físico" o "abandonar a su suerte"? De la decisión que tome el juez acerca de cuál es la acción típica, podrían quedar sin sanción, o al contrario, algunas hipótesis de conductas reales.

En el artículo 395 del Código Penal se lee el siguiente tipo:

"Práctica de brujería, hechicería y otros cultos contrarios a la buena fe.

Artículo 395. Será castigado con tres a veinte días multa: los que se dedicaren a prácticas de brujería, hechicería o cualquier otro culto o creencia contrario a la civilización o a las buenas costumbres."

El juez que deba resolver un caso aplicando este artículo tiene que partir de los conceptos de brujería, o de hechicería, o de culto, o de creencia no definidos en ninguna ley; igual pasa con los de civilización y de culto o creencia, por lo que él mismo deberá decidir qué significa este o aquel concepto. De la misma manera deberá definir (esto es, decidir) qué significa algo contrario a las buenas costumbres. De esta manera, el concepto de civilización que utilice, el de buenas costumbres, el de brujería o de hechicería serán producto de razonamiento del propio del juez y su cosmovisión, y la visión del grupo social al que pertenece y en el que fue formado. ¿Y qué cuando ese mismo tipo, en un caso semejante, lo aplique otro juzgador con visión del mundo diferente?...

En medios rurales costarricense hace todavía algunos años poner la imagen de San Antonio con la cabeza para abajo y prenderle una velita significaba encontrar marido. ¿Esto es brujería, o

hechicería? ¿Será un acto contrario a la civilización y a cuál civilización?. La respuesta depende de la formación, los valores y otros aspectos subjetivos del intérprete, así como del medio cultural en que se desenvuelve.

Para algunas personas, de acuerdo con su percepción antropológica, el anterior ejemplo es un hecho absolutamente alejado de las pautas de nuestra civilización, mientras que para otros es una conducta absolutamente adecuada a las pautas del lugar en donde se vive. Igual puede ocurrir, con el ejemplo de bañarse con determinadas yerbas en ciertas fases de la luna, conducta que, para algunos, será una manera de limpiarse de malas energías y para otros un acto de brujería. ¿Quién decide, entonces, si esto es o no delito? El juez, con sus creencias, carencias, conocimientos, temores, o asesorías de distinta especie.

Como otro ejemplo, resulta útil revisar el anterior artículo 159 del Código Penal que dejó de tener vigencia con la Ley contra la Explotación Sexual y que señalaba:

"Estupro

Artículo 159. Se impondrá prisión de al que tuviere acceso carnal con mujer honesta aun con su consentimiento, mayor de doce años y menor de quince años."

¿Qué es honestidad, para saber si debo condenar a quien tiene relaciones sexuales con esa mujer de 12 a 15 años?(61[8])

De igual manera encontramos en otros artículos elementos interpretables, tales como buena fama (artículo 113 inciso 3.), deshonra (artículos 113 inc.3, 120, 143 y 183), objeto inmoral (artículo 135), entre otros ejemplos.

De lo visto queda claro que el legislador que trabaja la materia penal tiene que tener el cuidado necesario en la elaboración de los tipos o descripciones penales, cuidado exigido por la propia constitución cuando habla de ley anterior. Pero si el legislador no se ha tomado ese cuidado, el juzgador sí debe hacerlo.

EN CONCLUSIÓN

El artículo 39 de la Constitución Política, además de otros aspectos que no han sido objeto de este trabajo, tiene, en relación con la legalidad criminal, alcances que no se agotan en la sola proposición del "nullum crimen". Así, la frase "ley anterior", dentro de una interpretación intrasistemática, no significa solamente el mandato de que deba existir una ley penal previa a la conducta real que se quiere castigar porque, como se ha podido observar, si la conducta está mal delimitada la aplicación judicial, al decidir los alcances de esa acción, traiciona el término "ley anterior".

Vista la filosofía de todo el texto constitucional, el concepto de "ley anterior" requiere de una elaboración especial: que el texto legislativo que describe la acción como prohibida sea claro, preciso y delimitado. Sólo con este estilo legislativo, que es la tipicidad ajustada a la legalidad, el juez, al aplicar la ley al caso concreto, no se ve obligado a interpretar oscuridades, esto es a señalar los bordes del texto. De lo contrario, si el juez tiene que buscar y fijar en su sentencia los límites de la ley, está siendo compelido a señalar qué significa la ley y por tanto estará "diciendo" la ley, no antes sino después de realizado un hecho que se quiere someter a sanción; es decir, la ley que aplica no es una "ley anterior" como lo requiere el artículo 39 de la Constitución.

Además, al crear una ley con estas características, el legislador está incumpliendo el mandato del artículo 9, párrafo 2do. de la Constitución: "Ninguno de los poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias."

BIBLIOGRAFÍA

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

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

HASSEMER, WINFRIED y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. La responsabilidad por el producto en derecho penal. Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. Tratado de derecho penal. Parte general. Trad. S. Mir Puig, Bosch, Barcelona, 1981.

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

MORA, LUIS PAULINO y NAVARRO, SONIA. Constitución y Derecho Penal. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, Costa Rica, 1995.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Introducción al Derecho Penal. BOSCH, Barcelona,

VARGAS CACHÓN, GABRIELA. El delito de estupro. Tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1991.

VALVERDE ACOSTA, CARMEN. El Lenguaje de la Ley. Editorial Guayacán, San José, 1994.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Derecho Penal, parte general. Ediar, Buenos Aires, 2000.

(1[1]). Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 384.

(1[2]). Véase, al respecto, entre muchos otros: Mezger, Edumundo. Derecho Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985, pp. 62 y siguientes. Hassemmer, Winfried, Fundamentos de Derecho Penal. Bosch Barcelona, 1984, pp.310-338. Madrid Conesa, Fulgencio, La legalidad del delito. Universidad de Valencia, 1983, toda la obra tiene referencias. Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, parte general. Bosch, Barcelona, 1981, pp.177 y siguientes. Ferrajoli, Luigi. Op. cit. pp.382 y siguientes.

(1[3]). Jescheck, Hans-Heinrich. Op. Cit. p. 177.

(1[4])."Todas las Constituciones revolucionarias, desde la declaración de independencia de los Estados norteamericanos de 1776 hasta la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de la Revolución francesa en 1789, han concentrado el principio de legalidad en el Derecho penal y han encontrado luego en la teoría del Derecho penal sus elaboraciones más acabadas. Ello es lógico. Los límites de la libertad que traza el Derecho penal no sólo son límites de la libertad individual, sino también límites de la intervención estatal. HASSEMER, Winfried. Fundamentos... Op. Cit. p.313.

(1[5]) "...la existencia de un Principio de Legalidad Criminal señala un Derecho Penal Republicano, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino, además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base racional y razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia de ese grupo social." En Issa El Khoury, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo. Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal. ILANUD, San José, 1991.

(1[6]) Véase, como ejemplo, el análisis del problema contravencional en: ISSA EL KHOURY JACOB (Henry) y CHIRINO SANCHEZ (Alfredo), El Sistema Contravencional en América Latina. Análisis de su legalidad y funcionamiento en Bolivia, Brasil y Costa Rica, San José, Costa Rica, ILANUD, 1988.

(1[7]) "De esta manera, cada sujeto-juez se convierte de hecho en poder legislativo, la interpretación judicial se amplía y de una labor propia de detectar el encuadramiento, se pasa a la labor de decidir si las acciones de un sujeto deben ser punibles o no y así, las carencias, los prejuicios, las creencias, los temores o los credos del juez pueden tener más salida y salida más fácil." Issa El Khoury, H. y Chirino, A. Metodología, op cit.

(1[8]). Véase a este respecto la investigación de la señora Gabriela Vargas Chacón. El delito de estupro. Tesis, Facultad de Derecho, 1991. En este trabajo se mencionan una serie de sentencias judiciales sobre la aplicación de este tipo penal. De la lectura de esas resoluciones se desprende que no hay un concepto de honestidad; cada juzgador señala el suyo y con base en él condena o absuelve al imputado porque hubo o no estupro. Estos conceptos de estupro son absolutamente variados: si toma o no tragos, si tiene o no amigos varones, si es o no virgen, si tuvo o no novio, etc, etc.

MALA PRAXIS MÉDICA Y SUS CONSECUENCIAS PENALES*

Prof. Dr. Carlos Tiffer
Profesor de Derecho Penal
en la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica

Sumario

1. EL CONCEPTO DE MALA PRAXIS
 - 1.1 En sentido amplio
 - 1.2 En sentido estricto
 2. LA RESPONSABILIDAD Y SUS CONSECUENCIAS
 - 2.1 La responsabilidad por dolo
 - 2.2 La responsabilidad por culpa
 3. Presupuestos jurídicos para la configuración de la responsabilidad profesional
 - 3.1 La relación médico-paciente
 - 3.2 La falta del deber de cuidado
 - 3.3 La producción del resultado
 - 3.4 Pautas para determinar la actuación según la *lex artis*
 4. MALA PRAXIS Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
 - 4.1 El consentimiento del titular del derecho
 - 4.2 El estado de necesidad
 - 4.3 El caso fortuito y el de fuerza mayor
-

- 4.4 El caso de la iatrogenia
- 5. PENALIZACIÓN O DESPENALIZACIÓN DE LA MALA PRAXIS
 - 5.1 Tendencias de política criminal
 - 5.2 El sistema de penalización en Costa Rica
- 6. INTERVENCIÓN MÍNIMA Y FORMAS DE DESJUDICIALIZACIÓN
 - 6.1 El criterio de oportunidad reglado
 - 6.2 La conciliación entre el autor y la víctima
 - 6.3 La reparación del daño
- 7. ALGUNAS RECOMENDACIONES PARA EVITAR LA MALA PRAXIS
 - 7.1 A nivel subjetivo
 - 7.2 A nivel objetivo
- 8. COMENTARIOS FINALES

Por tratarse de una ponencia introductoria, nuestro objetivo es ilustrar, a grandes rasgos, los argumentos que constituyen la materia de la responsabilidad profesional, y en particular la médica. Nos centraremos en los conceptos, buscando claridad en ellos para generar discusión y estudio sobre el tema dentro de un completo ambiente de libertad de las ideas, que inspira este Congreso.

1. EL CONCEPTO DE MALA PRAXIS

Iniciaremos aclarando que en Costa Rica se habla de mala praxis para referirse a la práctica inadecuada de la profesión médica. Se encuentra generalizado, en nuestro medio, el anglicismo *malpractice*, en lugar de, por ejemplo, mala práctica o práctica imprudente.

1.1 En sentido amplio

En sentido amplio, el concepto de mala praxis se aplica tanto a la profesión médica, como a las otras áreas profesionales estrechamente vinculadas con el ejercicio de la medicina (tal es el caso de la microbiología, la farmacia, la odontología, etc.), e incluso a cualquier profesión como, por ejemplo, la ingeniería, la abogacía y el periodismo.

Ante un inadecuado ejercicio de una profesión con un resultado dañino, surge el concepto de “responsabilidad profesional”. Esta es otra categoría por la cual se conoce lo que entendemos en sentido amplio como mala praxis. A esta idea de responsabilidad se encuentra vinculado también el concepto de daño o lesión en la persona, en sus intereses o sus bienes.

1.2 En sentido estricto

Cuando en Costa Rica se habla de mala praxis, suele utilizarse este concepto en sentido estricto. Nos referimos, así, a la “mala praxis médica”, la cual corresponde a la responsabilidad del médico por las consecuencias culposas de su actuación profesional.

En sentido estricto, la “mala praxis médica” tiene diferentes acepciones como, por ejemplo, las siguientes:

- El ejercicio inadecuado de la profesión médica.
- El daño corporal producto del acto médico.
- La violación de las normas del adecuado ejercicio profesional.
- La omisión, por parte del médico, de una prestación apropiada de los servicios a que está obligado.

Aunque todo concepto es restringido, resulta necesario presentar una definición lo más amplia posible. Considero desde mi punto de vista, un concepto correcto el siguiente:

“La mala praxis médica consiste en un error involuntario vencible, un defecto o falta en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de actuación del médico (exploración, diagnóstico, tratamiento y seguimiento) que tiene como resultado una afectación, que era previsible, en la salud o vida del paciente.”

2. LA RESPONSABILIDAD Y SUS CONSECUENCIAS

Como manifestamos anteriormente, el concepto de responsabilidad está vinculado al concepto de daño; y se pone de manifiesto cuando se produce una actuación que tiene como consecuencia la afectación de las personas, de sus intereses o de sus bienes. Se trata en concreto de una actuación u omisión que afecta la salud de una persona. 62[1]

Para distinguir la actuación que produce un daño, debemos orientarnos por la finalidad de la conducta. Hay conductas que buscan intencionalmente causar el daño; otras conductas, por el contrario, si bien producen un daño, lo hacen sin ninguna intención, es decir, solo por culpa⁶³[2]. De este modo, se puede dividir la responsabilidad por actos dolosos y actos culposos, que corresponden a la división tradicional de delitos dolosos y delitos culposos⁶⁴[3].

2.1 La responsabilidad por dolo

En los delitos dolosos la responsabilidad es fácil de advertir, por la finalidad que busca el sujeto con la conducta que realiza. El sujeto quiere y sabe que va a provocar un daño en la persona, en los intereses de esta o en sus bienes. Comete un acto doloso la persona que sabe la ilicitud de su acto y quiere la realización del hecho tipificado como delito⁶⁵[4]. Se diferencia, así, de la culpa, la cual se configura como una falta de diligencia o cuidado.

Para entender la diferencia entre el dolo y la culpa, es necesario resaltar el elemento subjetivo. Este se manifiesta en querer la realización del tipo objetivo, el cual describe la conducta prohibida.

Cuando hablamos de dolo, lo que es prohibido es querer la realización de la conducta prohibida; el derecho reprocha, al autor, que haya actuado de esa manera. En la culpa, por el contrario, no existe esa voluntad de querer realizar una conducta prohibida, pero siempre se produce el resultado, por lo que se le reprocha, al autor, que no haya efectuado todas las diligencias necesarias para que este hecho no se produjera.

En síntesis, cuando se da una actuación dolosa se le reprocha, al autor, el haber querido y haber sabido que estaba llevando a cabo una conducta contraria a la protección de la norma jurídica. Mientras que, cuando se sanciona a alguien por culpa, se le reprocha el resultado de una conducta imprudente, en la cual, aunque no se quería ese resultado, este siempre se produjo.

2.2 La responsabilidad por culpa

A diferencia de los delitos dolosos, en los delitos culposos resulta más difícil determinar la finalidad del acto, ya que la actuación carece de una finalidad delictiva. El sujeto no sabe, ni quiere, el resultado dañoso. Su conducta se encuentra en el límite de imputabilidad, entre el ámbito de protección de la norma y más allá del riesgo permitido.^{66[5]}

Otra dificultad de este tipo de delitos es que tampoco resulta fácil precisar el tipo de riesgo y cuáles son sus excesos. Primero porque las conductas son innumerables y no se encuentran todas escritas y, segundo, porque la evaluación del peligro corresponde siempre a una valoración legal, es decir al juez penal.

Tradicionalmente se ha entendido la responsabilidad profesional desde el concepto de la culpa y principalmente de acuerdo con la construcción teórica del concepto civil de culpa. Se han definido a partir de cuatro categorías, que son las siguientes:

- *Impericia*: Es una actuación con ausencia de los conocimientos fundamentales. Se trata de una ignorancia inexcusable.
- *Imprudencia*: Es una actuación temeraria o precipitada.
- *Negligencia*: Es la omisión o demora injustificada en la actuación del médico, o bien, una actuación perezosa, con falta de celo y de constancia profesionales.
- *Inobservancia de reglamentos o normas*: Se refiere al incumplimiento de la obligación que tienen todos los que trabajan en un hospital de respetar los reglamentos internos o específicos de la institución y las reglas del servicio; también incluyen los principios éticos de la Medicina y los derechos del paciente.

Sin embargo, en Costa Rica la Sala de Casación Penal ha venido sustituyendo, desde 1992, estos antiguos conceptos civiles, por la construcción del concepto *falta del debido cuidado*, el cual surge de la comparación entre la conducta realizada y la exigida por el deber de cuidado de evitar peligros para la vida e integridad física de otros en la situación concreta. 67[6]

El razonamiento jurídico actual, para la determinación de la culpa y consecuentemente la imposición de una condena por un delito culposo, (homicidio culposo, aborto culposo o lesiones culposas) impone el análisis de tres elementos objetivos del tipo penal: a) la infracción del deber de cuidado; b) la producción del resultado; c) la imputación objetiva del resultado a la conducta desplegada por el agente.

Así, la falta al deber de cuidado se constata por la acción u omisión que debió tener el sujeto activo para no causar un daño o lesión. Por su parte, la producción del resultado está ligada al bien jurídico tutelado por el delito que se trate, ya sea, la vida, la salud o la integridad física.

De esta manera, la imputación objetiva del resultado requiere tres aspectos básicos: a) la relación de causalidad entre la acción y resultado; b) la creación de un riesgo no permitido; y, c) que el resultado producido quede dentro del ámbito de protección de la norma.

3. Presupuestos jurídicos para la configuración de la Responsabilidad Profesional

3.1 La relación médico-paciente

Las hipótesis de vinculación entre el médico y el paciente son varias y podrían establecerse diferentes categorías. Sin embargo, podemos distinguir dos grandes niveles: uno privado y otro público. 68[7]

La relación del médico con el paciente en la medicina privada no es difícil de determinar, ya que el paciente es quien busca, por su propia voluntad, los servicios médicos del profesional. Aquí se trata claramente de un contrato de servicios profesionales y de una responsabilidad eventualmente de tipo contractual.

En cambio, a nivel público o de medicina socializada, como en nuestro país, la situación es más compleja, puesto que los pacientes no pueden escoger a su médico tratante, ni el médico a sus pacientes. La relación médico-paciente es asignada por un proceso burocrático y aleatorio, en el cual la responsabilidad no está preconstituida en forma contractual alguna.

Es importante establecer que el primer presupuesto de configuración de la responsabilidad profesional se da desde la vinculación entre el paciente y el médico. Y esta surge a partir del momento en que el médico entra en contacto o conocimiento del padecimiento o enfermedad del paciente.

3.2 La falta del deber de cuidado

La mala praxis requiere que en la causación del resultado se haya actuado con falta del deber de cuidado 69[8]. Ello surge de la comparación entre la conducta realizada y la exigida por el deber de cuidado del médico, de evitar peligros para la vida, la integridad física o la salud. El deber de cuidado debe examinarse en la situación concreta. Como dijimos anteriormente, este concepto se viene aplicando en Costa Rica, en lugar de las categorías tradicionalmente utilizadas del derecho civil 70[9].

El análisis judicial en Costa Rica se hace *ex-post-facto* con las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedió el hecho investigado. Pero en este nuevo suceso, se pone a actuar al sujeto, conforme a todo el deber de cuidado que le corresponde, acorde con sus condiciones personales, oficios, profesión o arte y las circunstancias que hayan concurrido a caracterizar su comportamiento. Es muy importante también el lugar, la hora, los equipos, el personal, para valorar la actuación médica.

Si después del examen de la conducta siempre se produce el resultado, resulta atípica del delito culposo. En caso contrario, si la conducta verificada de acuerdo con este marco hipotético, hace que el resultado *no* se produzca, la conclusión que se deduce es que se infringió el deber de cuidado, y se produce un resultado típico, es decir, un delito culposo.

A efecto de ilustrar la falta de deberes de cuidado, resulta importante mencionar algunos de los deberes del médico para con sus pacientes; estos ayudan a establecer una correcta relación médico-paciente, a la vez que constituyen una garantía de defensa en la actuación médica. Algunos de esos deberes son los siguientes:

- Respeto al ordenamiento médico jurídico y a la reglamentación vigente.
-

- Atención profesional ininterrumpida.
- Atención competente, honesta y diligente, aun en el caso de cortesía e indignancia.
- Remisión del paciente a otro médico cuando el padecimiento rebase los límites de su competencia.
- Prohibición de ensayar nuevos medicamentos, métodos de diagnóstico o terapéuticos sin el consentimiento del paciente o de sus representantes.
- Información continua, al paciente o a sus familiares, sobre diagnósticos, riesgos, tratamientos o complicaciones que se presenten.
- Además debería aplicarse, como una regla de oro, la máxima “a mayor riesgo, más información”.

El cumplimiento del deber de cuidado médico gira alrededor de dos aspectos, a saber, la información y la capacitación permanente. De tal forma, cuando se actúa profesionalmente y se puede poner en riesgo bienes jurídicos penalmente protegidos (como la vida, la salud y la integridad física), surge el deber de informarse y capacitarse: Quien no sabe algo, debe informarse; y quien no puede o no quiere informarse, debe mejor omitir la actuación profesional.

3.3 La producción del resultado

Los delitos culposos se caracterizan por su resultado, de forma tal que, si no hay resultado, no hay delito⁷¹[10]. El resultado consiste en la alteración o afectación dañina del paciente que se produjo por la actuación indebida del profesional. Tiene que estar vinculado por medio de una relación de causalidad con la falta del deber de cuidado, es decir, el hecho de que el resultado sea de muerte o lesión se debe producir por la acción u omisión del profesional.

En el caso de Costa Rica, los delitos de resultado culposo en los que se puede atribuir responsabilidad por mala praxis médica son los siguientes, según lo que dispone el *Código Penal*:

- *Homicidio culposo*: “Se le impondrá prisión de seis meses a ocho años al que por culpa matare a otro. En la adecuación de la pena al responsable, el Tribunal deberá tomar en cuenta el grado de culpa y el número de víctimas, así como la magnitud de los daños causados. En todo caso, al autor del homicidio culposo se le impondrá también inhabilitación de uno a cinco años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho.” (Artículo 117)
- *Aborto culposo*: “Será penado con sesenta a ciento veinte días multa cualquiera que por culpa causare un aborto.” (Artículo 122).
- *Lesiones culposas*: “Se impondrá prisión hasta de un año, o hasta cien días multa, al que por culpa causare a otro lesiones de las definidas en los artículos 12372[11], 12473[12] y 12574[13]. Para la adecuación de la pena al responsable, el Tribunal deberá tomar en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados. En todo caso, al autor de las lesiones se le impondrá también inhabilitación de seis meses a dos años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho.” (Artículo 128)

Con respecto al delito de lesiones, nuestro *Código Penal* resalta el carácter de resultado y clasifica estos delitos según se trate de lesiones gravísimas, graves o leves, dependiendo de que se trate, por ejemplo, de la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro o de la capacidad para engendrar o concebir, o solo de la disminución o debilitamiento de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función. Combina, además, este criterio de resultado con un factor de tiempo referido a la incapacidad para ocupaciones habituales, ya sea permanente o temporal.

3.4 Pautas para determinar la actuación según la *lex artis*

Uno de los aspectos más importantes de la responsabilidad profesional consiste en valorar la actuación según la *lex artis*. Como esto también nos sirve de parámetro para la configuración del incumplimiento de los deberes del médico, consideramos importante mencionarlo.

Para que la actuación médica no interese al derecho penal, se requiere que se haya efectuado conforme a la *lex artis*. A continuación presentamos ciertas pautas para valorar si la actuación médica se ajusta, o no, a ella⁷⁵[14]:

- La propia capacidad profesional del médico, entendida esta como su preparación y experiencia.
- Las circunstancias de lugar y tiempo, entendidas como una valoración distinta según las condiciones en las cuales se encuentre el médico.
- La fase en la que se produzca la actuación médica.
- La responsabilidad derivada del trabajo en equipo.⁷⁶[15]

4. MALA PRAXIS Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

El derecho penal se caracteriza por contener prohibiciones de conductas, las cuales se han considerado jurídicamente relevantes para una convivencia social armónica. Además, el derecho penal contempla autorizaciones o permisos para realizar, solo a manera de excepción, la acción prohibida. Estas autorizaciones son conocidas, desde un punto de vista técnico, como causas de justificación y están reguladas en los artículos 25 a 29 de nuestro *Código Penal*. Lo fundamental de las causas de justificación es que excluyen tanto la responsabilidad penal como la civil. Algunas causas de justificación que se pueden alegar ante una denuncia por mala praxis son las siguientes: el consentimiento del titular del derecho, el estado de necesidad, el caso fortuito o el de fuerza mayor, y el caso de iatrogenia.

4.1 El consentimiento del titular del derecho

Este es uno de los pocos casos en que el *Código Penal* incluye el consentimiento y se aplica únicamente en forma excepcional⁷⁷[16]. El consentimiento sólo tiene relevancia cuando recae en

un bien jurídico del que el paciente pueda disponer⁷⁸[17]. Para que este consentimiento sea causa de justificación y no interese al derecho penal, se requiere que sea conforme a la *lex artis*; en caso contrario, se puede estar en presencia de un delito culposo, como por ejemplo, de homicidio o de lesiones. ⁷⁹[18]

4.2 El estado de necesidad

Esta causa de justificación está reconocida en todos los códigos penales. El fundamento justificante del estado de necesidad es el interés preponderante que con la acción se salva, es decir, la necesidad de salvar un interés mayor sacrificando uno menor, en una acción no provocada del conflicto externo. La situación que se encuentra en la base de la necesidad es una colisión de intereses jurídicos, caracterizada por la inminencia de pérdida de uno de ellos y la posibilidad de salvar el de mayor valor sacrificando el de menor valor. El estado de necesidad puede darse por una colisión de deberes, o sea, cuando a una misma persona le incumbe el cumplimiento de dos deberes a la vez⁸⁰[19]. El fundamento de la diferenciación reside en que quien cumple uno de los deberes que le incumben, cumple de todos modos con el derecho y, al cumplir con este, la conducta no puede ser antijurídica.

Los requisitos⁸¹[20] para que se dé esta causa de justificación son los siguientes:

- Que el peligro sea actual o inminente;
 - Que no lo haya provocado voluntariamente; y
 - Que no sea evitable de otra manera⁸²[21].
-

4.3 El caso fortuito y el de fuerza mayor

Generalmente estos casos de causa de exoneración de responsabilidad se utilizan más en el derecho civil y se trata de eventos representados por hechos aleatorios incontrolables para el profesional. El caso fortuito se refiere a un hecho imprevisible y, por ello, fuera del control del facultativo; en la fuerza mayor es un acontecimiento externo el cual, aun pudiéndose prever, resulta irresistible, por lo que la producción del daño no podría impedirse.

4.4 El caso de la iatrogenia

No se trata de una causa de justificación en sentido estricto. Sin embargo es importante, ya que un gran grupo de denuncias por mala praxis son infundadas y se trata de casos de iatrogenia. Por tal razón, es conveniente aclarar este punto.

“Iatrogenia” es aquella situación que comprende los efectos inevitables de la actuación profesional del médico y de los medios que emplea, esto por cuanto, en el ejercicio profesional de la medicina, existe un margen de fatalidad o riesgo, como en cualquier acto humano. Está representada por complicaciones que ocurren a pesar de haberse actuado con la debida diligencia y observancia de reglamentos. La iatrogenia no es punible, porque no puede tipificarse como ilícita.

El origen de las lesiones iatrogénicas puede ser diverso, pero son tres las causas fundamentales:

- Debido al enfermo mismo, quien por su descuido, abandono o impaciencia, produce complicaciones que de otra forma no hubieran aparecido.
- Debido al medio hospitalario, en donde existe, por ejemplo, un alto grado de transmisión de enfermedades.
- Debido al médico, cuyas maniobras o medicamentos pueden ser susceptibles de causar este tipo de daño, a pesar de cumplirse con el deber de cuidado.

5. PENALIZACIÓN O DESPENALIZACIÓN DE LA MALA PRAXIS

5.1 Tendencias de política criminal 83[22]

Si tuviera que definir en una palabra cuál es la tendencia en Costa Rica sobre la política criminal, tendría que contestar que es a la penalización. Cada vez son más las leyes que incluyen conductas y sanciones penales.

Esta característica no es solo de Costa Rica: En diversos países existe una preocupación, generalmente acusada por los medios de comunicación colectiva, respecto al aumento de la criminalidad, sobre todo de la violenta y juvenil. En efecto, se ha generalizado la percepción de una gran “inseguridad ciudadana”, generalmente referida al miedo a ser víctima de un delito violento, o de un delito contra la vida, la integridad física, la salud, la libertad sexual y la propiedad.

En esto se han apoyado las nuevas tendencias sociales, que propugnan por más “ley y orden”, lo que en el fondo conlleva a una mayor intervención estatal por medio del derecho penal⁸⁴[23]. Por eso son prácticamente desconocidos los casos de despenalización, por lo menos desde la

óptica del derecho penal sustantivo, y por el contrario, es cada vez mayor el número de conductas tipificadas como delitos.

Esa percepción de “inseguridad ciudadana” se dirige no solo hacia un aumento de los delitos dolosos, sino que abarca, en general, el tema del delito violento, que incluye formas de delitos por imprudencia o culposos, en particular los referentes al tráfico o circulación de vehículos automotores. En Costa Rica, en 1988, los homicidios culposos —producto principalmente de la circulación de vehículos automotores— fueron más que los homicidios dolosos.

Esto también ha provocado un mayor endurecimiento de las leyes de tránsito y del *Código Penal*, lo mismo que mayores controles preventivos.

En términos generales, podemos decir que se percibe la sociedad actual como una sociedad más violenta, deshumanizada, impersonal, materialista y masificada.

No hay que olvidar que las profesiones en general, y la medicina en particular —pero bien puede ejemplificarse también con la abogacía—, se desarrollan dentro de la estructura social, razón por la cual no pueden desvincularse del entorno económico y político de un país.

Este concepto de “inseguridad ciudadana” se ha extendido también, según creo, a una percepción que podríamos llamar de “inseguridad de los servicios”. Esta queja viene no solo de los ciudadanos como destinatarios, sino incluso de los propios médicos, máxime en un país como el nuestro, donde la medicina se ejerce, en su mayoría, en la seguridad social. Es común, entonces, escuchar frases como las siguientes:

- “La medicina ya no es la de antes.”
- “Los médicos no tienen tiempo de dialogar con sus pacientes.”
- “Ya no se trata de enfermos, sino de enfermedades.”
- “La medicina se ha deshumanizado.”

- “La medicina se ha masificado.”
- “Los instrumentos y equipos son obsoletos.”
- “Son los únicos medicamentos con que contamos.”

E, incluso, escuchamos expresiones cargadas de humor negro, como esta: “Si sale vivo del hospital, es por suerte”.

Si a ello agregamos el ingrediente de una constante crítica por la calidad de la enseñanza universitaria, tanto pública como privada, e incluso un serio cuestionamiento referido a un afán por la riqueza en lugar de la sabiduría, no es de extrañar que actualmente se perciba un ambiente de inseguridad ciudadana también sobre el ejercicio de la medicina. Tampoco es de extrañar, por lo tanto, la búsqueda de un mayor y mejor control en el ejercicio de esta.

Por lo anteriormente señalado, no encuentro, desde mi punto de vista, ninguna tendencia a renunciar al derecho penal, ni a renunciar a la penalización del delito por imprudencia o culposo, como medida de control social⁸⁵[24].

Por el contrario, si examinamos el proyecto del nuevo *Código Penal* que está en la Asamblea Legislativa (expediente núm 11 871), observaremos que no solo se mantienen los delitos por imprudencia o culposos, sino que además se aumenta la pena de inhabilitación profesional para el delito de homicidio culposo, por un período de tres a 10 años; lo mismo sucede con el delito de lesiones culposas, cuya pena multa se aumenta hasta 200 días multa.

5.2 El sistema de penalización en Costa Rica

Para la definición de los delitos culposos, nuestro país se orienta por el sistema de “*numeros clausus*,” es decir, sólo los que el *Código Penal* establece con resultado culposo pueden ser objeto de responsabilidad por culpa. Según lo anterior, solo pueden ser juzgados y sancionados por mala praxis, los casos de homicidio culposo (art. 117 CP), aborto culposo (art. 122 CP) y las lesiones culposas (art. 128 CP).

Nuestro *Código Penal* no define la culpa, a diferencia del dolo, cuyo significado se explica en el artículo 31. Por esto convierte los tipos penales culposos en tipos abiertos, es decir, en aquellos tipos penales en los cuales el juez debe completar o llenar, por medio de valoraciones, los contenidos del tipo, como por ejemplo, la falta del deber de cuidado, la actuación temeraria, el grado de culpa y la magnitud del daño causado. Aunque esto ha suscitado discusiones, incluso cuestionamientos sobre su constitucionalidad, con razón la mayoría de la doctrina ha negado estos cuestionamientos, ya que la naturaleza de las cosas impide describir con mayor exactitud en la ley todos los comportamientos imprudentes o culposos que se pueden realizar. 86[25]

La penalización en Costa Rica en lo que se refiere al homicidio culposo es una combinación de penas de prisión con inhabilitación; en el caso concreto, la pena de prisión es de seis meses a ocho años, y la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, que es una consecuencia en todos los casos, es de uno a cinco años. En el aborto culposo, la pena es solo de multa, que puede ser de 60 a 120 días multa. Por último, el delito de lesiones culposas combina la pena de prisión o la multa y la inhabilitación; se le puede imponer, al condenado, una pena de prisión de hasta un año, o hasta 100 días multa; la inhabilitación se aplica en caso de lesiones culposas y puede ir de seis meses a dos años.

Realmente es criticable el catálogo de penas para los delitos culposos y el que no se logre diferenciar, por ejemplo, entre un homicidio culposo causado por un chofer de un automóvil, del causado por un médico. Especialmente debería sustituirse la pena privativa de libertad, que no cumple ninguna finalidad —ni de carácter preventivo especial ni general—, por otra penalidad que sí cumpla los fines preventivos como, por ejemplo, la reparación integral del daño, la amonestación con reserva de pena, el servicio en favor de la comunidad, la imposición de reglas de conducta y muchas otras más que se pondrían en lugar de la inútil y estigmatizante pena privativa de libertad.

6. INTERVENCIÓN MÍNIMA Y FORMAS DE DESJUDICIALIZACIÓN

Como anteriormente expusimos, las posibilidades reales de la despenalización tanto de la mala praxis como de las conductas en general, es un asunto sumamente complejo y difícil en la actualidad. De ahí que la estrategia más inmediata para reducir la intervención penal debería realizarse por medio del derecho procesal penal, y no del derecho penal sustantivo⁸⁷[26], con la utilización de dos principios básicos como la intervención mínima y la desjudicialización.

La intervención mínima es uno de los principios más modernos del derecho penal y tiene una importancia fundamental. Significa que el control formal debe dejarse para los casos y las conductas graves que sí lo ameriten, a fin de mantener el equilibrio social que procura el sistema penal.

El principio de la desjudicialización también resulta de importancia en el derecho penal moderno.

Implica que, al contrario del sistema penal tradicional —que se caracteriza por la rigidez y formalidad de la persecución penal—, se procure una diversificación de la reacción penal a través de institutos procesales que, más que el castigo por el castigo, buscan una solución al conflicto que da origen a un delito. Deberíamos preguntarnos en todos los casos por presuntas malas praxis, si es indispensable la persecución penal, o sería mejor buscar formas de desjudicialización.

A continuación expondremos a nivel conceptual, por razones de espacio y tiempo, tres formas de desjudicialización que procuran una intervención mínima del sistema penal. Esto es particularmente importante en el valoración de las conductas médicas.

6.1 El criterio de oportunidad reglado

El criterio de oportunidad reglado trata de establecer normas claras para prescindir de la acusación penal en casos en los cuales debería acusarse por un aparente hecho delictivo. Constituye una excepción al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. No se trata de autorizar al Ministerio Público para transar a su antojo con la defensa, sino de reconocer superiores intereses jurídicos que tornan innecesarias la iniciación del proceso y la eventual pena⁸⁸[27](Pensemos que efecto puede tener la privación de la libertad en un médico).

El juez debe homologar, lo cual significa que el ente acusador no tiene un pleno control de la acusación, sino que la autoridad jurisdiccional tiene la función contralora de aprobar la decisión tomada por el Ministerio Público, de no iniciar el proceso y producir, de esta manera, la extinción de la acción penal, logrando el archivo de la causa. Procede para casos taxativamente señalados, como por ejemplo, cuando se trate de un hecho insignificante; cuando el imputado colabore en la investigación; o cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave⁸⁹[28]. Esto se conoce como el principio de oportunidad reglado.

En relación con la mala praxis, el criterio de oportunidad resulta muy útil, especialmente para los casos de culpa leve o levísima, o lo que comúnmente se conoce como una imprudencia insignificante, en donde el Ministerio Público bien puede prescindir de la acusación y de la pena por tratarse de hechos de bagatela, aunque sí debería quedar vigente la eventual compensación jurídico-civil.

6.2 La conciliación entre el autor y la víctima

La conciliación es una de las formas más modernas de diversificar la reacción penal. En el caso de Costa Rica, se trata de actos jurisdiccionales completamente voluntarios entre el ofendido y el presunto autor del hecho, en los que se busca una solución negociada al conflicto que origina el delito. Importante es que en nuestro medio la ley procesal establece una actitud favorable a la conciliación, ya que se permite la posibilidad de asesoramiento y auxilio de personas especializadas para procurar acuerdos entre las partes, lo mismo que posibilita a los interesados el designar amigables componedores. 90[29]

El Juez también está en la obligación de mantener el equilibrio entre las partes en conflicto e incluso rechazar la conciliación cuando tenga fundados motivos de que algunos de los intervinientes no están en condiciones de igualdad para negociar o están actuando bajo coacción o amenaza. 91[30]

Para los casos de la mala praxis la conciliación también resulta un instrumento idóneo a fin de evitar el juicio y una eventual condena. La conciliación procede para todos los casos en que se puede incurrir en mala praxis, es decir, para homicidio culposo, abortos culposos y lesiones culposas, ya que, en estos tres delitos, se admite la suspensión condicional de la pena, presupuesto por el cual procede la conciliación.

6.3 La reparación del daño

Cuando no ha sido posible aplicar el criterio de oportunidad ni la conciliación, una de las formas para evitar el juicio y la eventual pena es la reparación integral del daño causado⁹²[31]. Se trata de una forma de desjudicialización que busca que el autor no solo restituya lo dañado desde un punto de vista particular, sino también social. Por reparación integral del daño se entiende “no

sólo la restitución al estado anterior; sino también la indemnización subsidiaria de los daños y perjuicios, comprendiendo tanto los daños materiales como morales”93[32].

La reparación del daño comprende, como hemos dicho, la indemnización por daños y perjuicios. De ahí que es importante contar con estudios o dictámenes en los que se establezca la forma y los montos de reparación, ya que se trata de una reparación integral, y no simbólica. La aceptación de la víctima en la reparación integral del daño adquiere una relevancia de primer orden, ya que por medio de este acuerdo se le podría poner fin no solo a la eventual responsabilidad penal, sino también a la civil. Por lo tanto, también es necesario que el Ministerio Público admita esta reparación del daño.94[33]

En los casos de mala praxis, la reparación integral del daño también tiene una gran utilidad: por disposición legal, esta forma de extinción de la acción penal y civil se admite para todos los delitos culposos. También resulta importante debido a que es una posibilidad por la cual se concibe el delito como un conflicto y se le busca, a este conflicto, una solución diferente a la tradicional imposición de prisión o inhabilitación. Además, representa una posibilidad para que el profesional que haya incurrido en un error pueda repararlo. Esta solución obliga a pensar en formas o métodos de reparación y la posibilidad de creación fondos o cajas colectivas para la reparación de los daños.

7. ALGUNAS RECOMENDACIONES PARA EVITAR LA MALA PRAXIS

Como la prevención siempre es mejor que la represión, no quiero concluir mi presentación sin fijar algunas recomendaciones para evitar la mala praxis. Estas recomendaciones provienen, sobre

todo, de la experiencia que, a través de los años, he obtenido como abogado en el servicio defensa penal del Sindicato de Profesionales en Ciencias Médicas de la Caja Costarricense del Seguro Social e Instituciones Afines (SIPROCIMECA), por el conocimiento de los casos y la conversación con nuestros defendidos. La división es únicamente para efectos de presentación, lo mismo que el orden en que se presenta; no significa, por lo tanto, que las primeras recomendaciones sean más importantes que las últimas, ya que en realidad todas son importantes.

7.1 A nivel subjetivo, se recomienda:

- Concebir al paciente como un sujeto de derechos, y no como un objeto de intervención.
- Actuar con honestidad y sinceridad y respetar al paciente.
- Respetar a los colegas evitando comentarios no éticos sobre actuaciones o tratamientos.
- Evitar incluir, en el expediente médico, apreciaciones personales subjetivas en relación con la gestión profesional de otros médicos.
- Evitar las prescripciones a la ligera, por teléfono o en actos sociales, debido al alto riesgo que conllevan.

7.2 A nivel objetivo se recomienda:

- Comunicarse permanentemente con el enfermo y sus familiares. Información más constante o continua.
- Conocer las limitaciones profesionales y reconocer las especialidades de otros médicos.
- Anotar en el expediente médico, con letra clara y legible, las indicaciones médicas, tratamiento, estados, especificando fecha y hora, la firma y número de colegiatura.
- Revisar las actuaciones de subalternos y dejar constancia de cualquier irregularidad por medio de notas firmadas, con fecha y hora.

- Eliminar el carácter corporativo, es decir, sentar las responsabilidades individuales de cada médico.
- Constatar que el expediente corresponde al paciente.
- Dejar constancia, por nota en el expediente del paciente o personal, acerca de comunicaciones u oficios a la autoridad jerárquica sobre deficiencias, faltas, u omisiones en personal, medicamentos o equipos.

8. COMENTARIOS FINALES

El concepto de mala praxis debe entenderse no solo en sentido estricto, referente a la responsabilidad profesional médica, sino también en relación con la responsabilidad de los profesionales por la comisión de cualquier daño culposo. En el caso de los médicos, la responsabilidad por culpa es atenuada en comparación con la responsabilidad por dolo.

Para la configuración del delito de mala praxis, más que los conceptos tradicionales de la culpa civil, debe haber existido una violación del deber de cuidado, que consiste en un aumento injustificado del peligro permitido. El resultado o las consecuencias, que consisten en la producción de un daño, deben estar unidas por una relación de causalidad con la violación del deber de cuidado. Para que exista responsabilidad profesional debe existir daño. Es importante tener presente que las causas de justificación eximen tanto de la responsabilidad penal como de las consecuencias civiles.

La tendencia de la política criminal en Costa Rica se enmarca dentro de una mayor penalización. El catálogo de penas por los delitos culposos es criticable principalmente por la pena de prisión, la cual debería sustituirse por otras formas de reacción que cumplirían mejor los fines de prevención especial o general, que deben buscar las penas; tal es el caso de la amonestación con reserva de pena, el servicio en favor de la comunidad, las reglas de conducta y la reparación integral del daño, entre otras.

Debera favorecerse aquellas formas de desjudicialización que produzcan una intervención penal mínima para los casos de responsabilidad por culpa o imprudencia. Las formas de

desjudicialización resultan un medio efectivo para reducir la reacción penal, y los institutos como el criterio de oportunidad, la conciliación, la reparación del daño y la suspensión del proceso a prueba deberían utilizarse sin restricción cuando un médico se encuentre acusado de mala praxis.

Quiero finalizar esta ponencia recordando las palabras de mi profesor de medicina legal, Doctor Eduardo Vargas Alvarado, quien nos decía lo siguiente: “Para comprender mejor la problemática de la mala praxis, cada médico debe imaginarse el momento en que el destino lo coloque en la situación de paciente”. En efecto, decía el Dr. Vargas: “...el tema exige una elevada dosis de autocrítica para ser asimilado”.

La labor médica es, sin duda, altamente riesgosa. La mejor arma para la defensa de su actuación es que el médico haya realizado un acto médico de gran calidad profesional, que haya conseguido una buena relación con el paciente y registrado una historia clínica clara y completa que sirva de documento probatorio si se requiere.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE, Gifford (1993). “El médico y su responsabilidad”. Santa Fe de Bogotá:

BERG Steffen (1984) “Grundriß der Rechtsmedizin”, Müller & Steinicke Verlag, München. 12 Auflage.

CARRANZA, Elías (coordinador) (1997). “Delito y seguridad de los habitantes”. San José: Siglo veintiuno editores, s.a de c.v.

CHAVES RAMÍREZ, Alfonso (1996). “La conciliación”. En: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel (compilador, 1996), pp. 165-190.

CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo (1996). “A propósito del principio de oportunidad y del criterio de ‘insignificancia del hecho’”. En: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel (compilador, 1996), pp. 106-144.

FORSTER, Balduin y ROPOHL, Dirk (1987) “Rechtsmedizin,” Ferdinand Enke Verlag Stuttgart, 4 Auflage.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel (compilador) (1996). "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal". San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico. Corte Suprema de Justicia. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

ISSA EL KHOURY JACOB, Henry (1996). "La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal". En: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel (compilador, 1996), pp. 191-212.

LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, del 23 de noviembre de 1995, ENFOQUE XXI.

LEY 25.189, "Modifica los artículos 84, 94, 189, 196 y 203 del Código Penal", sancionada el 29 de setiembre de 1999 y promulgada el 26 de octubre de 1999. Dirección electrónica: <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnormal/L25189.thm>.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (1998). "Proceso penal comentado". San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico. Universidad para la Cooperación Internacional (UCI).

LÓPEZ, Yungano (1982). "Responsabilidad profesional de los médicos". Buenos Aires: EDITORIAL UNIVERSIDAD.

MORALES FERNÁNDEZ, Eduardo (1994). "La responsabilidad penal y civil del médico por negligencia profesional". San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

MOSSET ITURRASPE, Jorge (1985). "Responsabilidad civil del médico". Buenos Aires: Editorial ASTREA.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María (1981). "Derecho penal español. Parte general". Madrid: Impreso en Artes Gráficas Carasa, octava edición.

ROXIN, Claus (1997). "Derecho penal. Parte general". Madrid: Editorial CIVITAS S.A.

TERRAGMI, Marco (1996). "El delito culposo". Argentina: RUBINZAL- CULZONI EDITORES.

TIFFER Carlos y Javier LLOBET (1999). "La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica". San José: UNICEF, ILANUD y Comisión Europea.

VARGAS ALVARADO, Eduardo, (1999) "Medicina Legal". Editorial Trillas, segunda edición, México.

ZIPF, Heinz (1979). "Introducción a la política criminal," EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, de la edición española, EDERSA.

* Esta ponencia fue expuesta en el Primer Congreso Nacional de Responsabilidad Profesional en el Ejercicio de las Ciencias de la Salud, que se realizó del 16 al 19 de mayo del 2000 en San José de Costa Rica, organizado por el Sindicato de Profesionales en Ciencias Médicas de la Caja Costarricense del Seguro Social e Instituciones Afines (SIPROCIMECA).

95[1] Salud en sentido amplio, tanto física como psíquica; de relevancia para la colectividad, no sólo como un derecho subjetivo, sino objetivo, tal y como lo establece el artículo primero de la ley general de salud; "la salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado".

96[2] La responsabilidad penal no se produce hasta tanto se verifique que la conducta encuadra en uno de los tipos penales establecidos en el *Código Penal*. De acuerdo al sistema de "numeros clausus" que contiene nuestro código penal, en lo referente a los tipos penales culposos.

97[3] Es necesario advertir que la responsabilidad que tiene el médico ante la sociedad por una mala práctica médica, se puede dar en dos sentidos: penal y civil. En el ámbito penal, es necesario que exista una norma que describa la conducta como prohibida, mientras que en lo civil puede haber responsabilidad en el sentido del artículo 1045 del código civil, que establece que todo aquel que cause un daño a otro está obligado a repararlo. Aunque en nuestro sistema procesal es posible exigir no sólo la responsabilidad penal sino también, la civil, por medio de la acción civil resarcitoria. Este trabajo se ha centrado en las consecuencias penales de la mala praxis médica; sin embargo, no se debe dejar de lado que la mala praxis también implica una responsabilidad civil.

98[4] "Comúnmente se distinguen tres formas distintas de dolo: la intención o propósito (dolus directus de primer grado), el dolo directo (dolus directus de segundo grado) y el dolo eventual (dolus eventualis)... Resumiendo en forma de lemas: bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo (de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad...Para caracterizar unitariamente las tres formas de dolo se emplea casi siempre la descripción del dolo como "saber y querer" (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal." Sobre el concepto de dolo, véase ROXIN (1997: 415-416).

99[5] El aspecto central de la culpa se determina cuando concurre en la realización del tipo del injusto una falta de diligencia debida, una infracción del deber de cuidado que incumbe al sujeto que actúa. La omisión de la diligencia debida significa la omisión de aquel comportamiento que hubiera evitado la realización del tipo del injusto. En este caso no se tiene responsabilidad por querer y desear el resultado, como en el dolo, sino por no tomar la diligencia debida a la hora de realizar la acción. Es importante determinar que el dolo y la culpa se excluyen.

100[6] Sobre los delitos culposos, véase un excelente resumen de LLOBET RODRÍGUEZ (1999: 159ss.).

101[7] Es importante, fuera del ámbito de las responsabilidades civiles y penales, que el médico tenga, con el paciente, una relación de tipo humanista, para que, de esta forma, se respete al paciente y no se lo vea sólo como un objeto de análisis. Sobre este tema, véase MOSSET ITURRASPE (1985: 29-33).

102[8] La falta del deber de cuidado es un elemento de contenido de la conducta imprudente. Sin embargo, es necesario establecer que este elemento no conduce más allá de los criterios generales de imputación. De este se desprende que al sujeto no se le reprocha el haber omitido algo, sino el haber realizado un peligro no amparado por el riesgo permitido, pero sí abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en un resultado típico. Sobre este tema, véase ROXIN (tomo I, 1997: 999-1000).

103[9] Véase el voto 500-96 F de la Sala Tercera, de las 9.10 horas del 11 de diciembre de 1992.

104[10] La diferenciación del deber de cuidado en objetivo y subjetivo y la referencia a la acción, dejan reducido el resultado a una cualificación que sirve para seleccionar las acciones culposas punibles de las que no lo son; de esta manera, los delitos culposos se convierten en delitos cualificados por el resultado y, por lo mismo, se elimina la exigencia de que el resultado haya sido producido culpablemente. Sobre este tema, véase RODRÍGUEZ DEVESA (1981: 456-457).

105[11] “**Artículo 123 (lesiones gravísimas):** Se impondrá prisión de tres a diez años a quien produzca una lesión que cause una disfunción intelectual, sensorial o física o un trastorno emocional severo que produzca incapacidad permanente para el trabajo, pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, imposibilidad de usar un órgano o un miembro, pérdida de la palabra o pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.”

106[12] “**Artículo 124 (lesiones graves):** Se impondrá prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere

incapacitado al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado una marca indeleble en el rostro.”

107[13] “Artículo 125 (lesiones leves): Se impondrá prisión de tres meses a un año, hasta cincuenta días multa, al que causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud, que determine una incapacidad para el trabajo por más de diez días y hasta por un mes.”

108[14] Para profundizar en las pautas que se deben seguir para determinar la adecuación a la *lex artis*, les sugiero leer LLOBET RODRÍGUEZ (1999: 168-169).

109[15] Con respecto a la responsabilidad de trabajo en equipo, debemos afirmar que, en principio, la responsabilidad es individual (principio de individualización), pero esta confianza puede variar en la imprudencia, cuando los responsables o directores de los equipos sepan de la escasa o deficiente preparación de sus colaboradores.

110[16] El artículo que incorpora esta causa de justificación es el artículo 26, que dice: “No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo”.

111[17] Cabrían, dentro de esta causa de justificación, las lesiones que se produzcan por trasplantes de órganos y transfusiones sanguíneas, siempre y cuando haya consentimiento previo cuando se pudiera dar por el paciente o sus familiares.

112[18] Es importante tener presente que el consentimiento, cuando es prestado por el portador del bien jurídico, sólo tendrá el carácter de causa de justificación, pero no excluirá la realización del tipo. Sobre este tema, véase ROXIN (tomo I, 1997: 512-513).

113[19] Un ejemplo de colisión de deberes se produce cuando un abogado actúa como testigo: en calidad de testigo, está obligado a decir verdad; pero, como abogado, tiene el deber de no informar. Otro ejemplo es el de un médico, quien tiene el deber de salvar la vida y la vez tiene el deber de evitar sufrimientos inútiles a un paciente cuya vida se extingue, para lo cual le suministra calmantes que implican un riesgo de acortarle la vida.

114[20] Los requisitos para que se dé el estado de necesidad se encuentran en el art. 27 del *Código Penal*, que dice: “No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que el peligro sea actual o

inminente; b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y c) Que no sea evitable de otra manera. Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.”

115[21] Un ejemplo claro está en el art. 121 del *Código Penal*, que establece el aborto impune, cuando el aborto es practicado con el objeto de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y este no ha podido ser evitado por otros medios.

116[22] La política criminal es una estrategia social que, como toda regulación jurídica, se desarrolla en el marco de un determinado sistema y está a su servicio. La política criminal se halla en un peculiar punto medio entre la ciencia y la estructura social, entre la teoría y la práctica. Por una parte, como ciencia se basa en los conocimientos objetivos sobre el delito y en sus formas de manifestación empíricas y jurídicas, mientras que, por otra parte, como una forma de política, busca establecer determinadas ideas o intereses. La política criminal debe ocuparse de la remodelación de las normas jurídico-penales y de la adecuada organización y perfeccionamiento del dispositivo estatal de persecución penal y de ejecución de la pena.

117[23] Sin embargo, también se dan formas de reacción extremas, como la denunciada por el periódico *La Nación* del 15 de mayo del 2000, sobre la distribución de un panfleto, en San José, para pegar en los automóviles que dice: “Coopere con la limpieza, asesine a un maleante”.

118[24] Tampoco sucede esto en otros países. Por el contrario, se incluyen más conductas culposas en las que pueden incurrir los médicos, como es el caso del *Código Penal* español, del 23 de noviembre de 1995, que al igual que el de Costa Rica, penaliza la imprudencia, el homicidio culposo, las lesiones culposas y el aborto culposo, e incluye dos delitos que aún en Costa Rica no han sido tipificados, como son las lesiones al feto (artículos 157 y 158) y los delitos relativos a la manipulación genética (art. 159). Esta misma tendencia se manifiesta en Argentina, el cual recientemente, el 29 de setiembre de 1999, sancionó la ley 25.189, que modifica los artículos 84, 94, 189, 196 y 203 del Código Penal, con referencia a los montos de las penas a cumplir y los tiempos de inhabilitación especial, en los casos, donde por imprudencia, impericia en un arte o profesión o inobservancia de los reglamentos de los deberes del cargo del causente, o por negligencia, se ocasionara a otro la muerte, o un daño en la salud, o en el cuerpo. Para mayor información en la siguiente dirección: “<http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnormal/L25189.htm>”.

119[25] Véase LLOBET RODRÍGUEZ (1998: 160ss.).

120[26] Así sucedió en el caso de Costa Rica con la aprobación del *Código procesal penal* de 1998, que incorporó diferentes formas de desjudicialización como el principio de oportunidad reglado, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba. En detalle sobre estas formas de desjudicialización y otros institutos del *Código procesal penal*, véase la obra que compila GONZÁLEZ ÁLVAREZ (1996).

121[27] El criterio de oportunidad busca que, en algunos casos, se desista de la persecución penal y posterior imposición de una pena, y se apliquen, más bien, respuestas menos estigmatizantes y más efectivas en cuanto al resarcimiento de la víctima. Véase CHIRINO SÁNCHEZ (1996: 106-144).

122[28] Sobre los presupuestos en los que el Ministerio Público puede pedir la aplicación del criterio de oportunidad reglado, véase el artículo 22 del Código Procesal Penal.

123[29] La conciliación es una de las formas de extinción de la acción penal, y algunos la consideran una de las mejores formas de solución al conflicto, porque se reintegra la participación de la víctima y del imputado, pero sin que quede al margen el Estado, sino que participa en la resolución de la controversia mediante la participación de los tribunales. Véase CHAVES RAMÍREZ (1996: 165-190).

124[30] En detalle véase la regulación legal de la conciliación en el art. 36 del *Código procesal penal*.

125[31] “La extinción de la acción penal por reparación del daño causado, esta íntimamente ligada a una manera de ver el “*ius punendi*” estatal, más cercana a la protección de bienes importantes para la colectividad, más cercana también a un criterio de pertenencia a los sujetos de los bienes jurídicos penalmente tutelados y más cercana, por tanto, a una ideología más iushumanista, cuya consecuencia inmediata es el respeto máximo a los derechos de los sujetos, víctima y victimario, a una no violencia del sistema procesal y por ende de todo el sistema de justicia penal, y ,como consecuencia, más no como finalidad, la búsqueda de una solución para la hipertrofia del subsistema judicial”. ISSA EL KHOURY JACOB (1996: 211-212).

126[32] Véase LLOBET RODRÍGUEZ (1998: 193).

127[33] En detalle sobre la reparación integral del daño, léase el art. 30 inc. J del *Código procesal penal*.

El mérito^{128[1]} -especie fáctica- de la sentencia penal en el recurso de casación

Análisis del recurso de casación con base en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) CADH

Alonso Salazar

Prof. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Licenciado en Derecho

Especialista en Ciencias Penales

Legum Magister por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, República Federal de Alemania

Sumario:

I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. Principio de intangibilidad de los hechos. IV. Derecho a recurrir contra la sentencia condenatoria. V. Dictamen del Comité de Derechos Humanos en relación con el art. 14 párrafo 5 del PIDCP. VI. En pos de un recurso de casación ampliado. VII. Conclusión.

NULLUS EST LIBER TAM MALUS,
UT NON ALIQUA PARTE PROSIT.
Plinius

I. Introducción

El proceso penal representa para la mayor parte de los ciudadanos la más intensiva confrontación con el poder soberano del Estado. Sólo en el proceso penal se aplica verdaderamente el derecho penal material, es decir, se impone la consecuencia jurídica “pena” amenazada en los tipos penales (o también una medida de corrección o seguridad). Por ello, el proceso penal puede ser designado como “dinámico” en relación con el más estático derecho penal material^{1[2]}. Por ese carácter ejecutivo y dinámico del derecho procesal penal, la necesidad de que los fallos judiciales puedan ser revisados a efectos de minimizar la posibilidad del error judicial^{1[3]}, se torna en una de

las garantías procesales básicas y constituye un derecho fundamental del ciudadano de conformidad con el art. 14 párrafo 5 PIDCP y art. 8.2 inciso h) CADH[4].

La correcta aplicación de las leyes constituye uno de los derechos fundamentales del ciudadano; esa revisión tiene por objeto en definitiva, otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de criticar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión[5]. En qué medida debe ser revisado el fallo, es precisamente el quid de estas notas. La pregunta de si esa revisión puede abarcar la totalidad del fallo, una parte de éste o bien únicamente es válida con respecto a las cuestiones de hecho y no de derecho, ha ocupado a la dogmática del recurso de casación desde sus orígenes mismos.

II. Planteamiento del problema

El recurso de casación penal es un recurso ordinario[6] que puede ser interpuesto con base en ciertos motivos específicamente establecidos en el Código Procesal Penal (CPP). Es un medio de impugnación con motivos tasados[7] y cuyo estudio por parte del órgano jurisdiccional se limita a los motivos específicamente alegados al interponer el recurso.

Ciertos sectores, tanto de la doctrina nacional como extranjera, confunden la naturaleza jurídica del recurso de casación y llegan a afirmar que se trata de un recurso extraordinario[8], confunden el principio de taxatividad de los recursos o remedios procesales (art. 422 CPP), que establece que las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos con la naturaleza jurídica del recurso. De conformidad con esta posición doctrinal serían extraordinarios todos los recursos procesales, y consecuentemente no tendría lógica alguna la distinción entre recursos ordinarios y extraordinarios. En ese sentido lo correcto es diferenciar entre los recursos en razón de su función y si éste es interpuesto dentro o fuera del proceso[9], entendido el proceso como un conjunto de fases sucesivas (procedimientos) para la obtención de la sentencia con carácter de cosa juzgada.

La denominación de recursos extraordinarios debe ser reservada para aquel o aquellos recursos con cuya interposición se pretenda la impugnación de resoluciones con carácter definitivo y firmes. El objeto del acto impugnatorio, en este caso la sentencia con carácter de cosa juzgada, determina su naturaleza. Así pues, será un recurso ordinario, todo aquel que se dirija contra un auto o resolución que no se encuentre firme; y será extraordinario el que se dirija contra las resoluciones jurisdiccionales que gozan de la protección de la cosa juzgada. Precisamente será la virtud de los recursos extraordinarios, o medios de impugnación de tal naturaleza, vulnerar esa característica, la que en principio se considera infranqueable[10].

Se identifica el recurso de casación con la acción de anular el fallo que precede a su pronunciamiento. Lo anterior implica que la casación opera siempre como una segunda o incluso tercera instancia[11], pero nunca como instancia de mérito, toda vez que el ámbito de acción de la casación se circunscribe a la revisión de los pronunciamientos preexistentes y emitidos por órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía[12].

El acto constituye un nuevo examen limitado porque el Tribunal de Casación no puede -normalmente- extender su examen más allá de los motivos alegados. Se dice que la labor del Tribunal de Casación consiste en investigar la aplicabilidad de las normas materiales o procesales a hechos o situaciones fácticas, pero no de investigar éstos y el material probatorio que han de permanecer inalterables, que ha de aceptar en los términos en que hayan sido establecidos en la resolución objeto del recurso, y cuando (excepcionalmente) puede llegar en su examen a investigar la declaración de hechos que se declaran probados, ha de hacerlo sólo en los casos y dentro de los límites restringidos establecidos por ley[13]. Es precisamente a éste principio al que se le denomina “intangibilidad de los hechos” de cuyo análisis y cuestionamiento nos ocuparemos en las líneas siguientes.

El problema que se plantea en relación con el recurso de casación es precisamente la determinación de los hechos que realiza el a quo y hasta qué punto el mérito del fallo resulta intangible para el ad quem. Se sostiene desde siempre que la casación sólo puede ocuparse de lo referente al material normativo, esto es a la aplicación del derecho, mientras que la *questio facti* queda fuera de dicho contralor[14].

La doctrina discute que otorgar la posibilidad al ad quem para hacer una revaloración de los medios de prueba, equivaldría a dejar sin efecto el principio de inmediación -límite por antonomasia del control casatorio[15]- de la prueba como primera alternativa o bien, como segunda alternativa, a convertir el juicio de casación en una segunda “primera instancia”, lo que equivaldría a dejar sin efecto el juicio inicial[16], tesis que como veremos resultan equivocadas.

III. Principio de intangibilidad de los hechos

Tal como se mencionó supra, en la doctrina tradicional es premisa no discutida que el tribunal de casación no puede descender al examen de los hechos, modificarlos, completarlos o desconocerlos, debiendo respetar los fijados por el tribunal de mérito[17]. En su virtud, el de casación no es un recurso sobre el mérito, sino un recurso limitado a la revisión de la aplicación del derecho sustantivo y del derecho formal hecha por el juez a quo[18]. Este postulado liminar surge casi sobreentendido[19]; sin embargo, no existe norma expresa que así lo establezca.

El Código de Procedimientos Penales costarricense (Co.P.P.) establecía regulaciones comunes para el recurso de apelación y el de revocatoria con relación al recurso de casación (arts. 447 a 459); y en forma específica en el numeral 479 remitía para el trámite del recurso de casación a las normas que regulan el recurso de apelación, precisamente los artículos 458, 467, 568 y 469 Co.P.P.; ello no debe llevar a confusión en el momento de definir la naturaleza jurídica de la casación. Es característica fundamental de nuestro Código y de todos los Códigos provinciales modernos que siguieron al de Córdoba de 1939[20], el establecimiento de un juicio oral de única instancia, luego del cual se pronuncia sentencia.

Prácticamente desde la entrada en vigencia del Co.P.P. se mantiene que, como el tribunal sentenciante y las partes han apreciado las pruebas y discutido las cuestiones con los

beneficios de la inmediación, concentración e identidad física del juzgador, resulta imposible la existencia de una segunda instancia que pretenda revalorar las pruebas y modificar los hechos fijados por el tribunal pues, como es obvio, no ha participado en el debate y, en tales condiciones, se tergiversarían aquellos principios propios del juicio oral. Dicha tendencia se mantiene luego de la entrada en vigor del Código Procesal Penal¹[21]. Según esta postura debe considerarse entonces: ¿cómo y en qué medida un tribunal que no ha presenciado el debate oral puede controlar las sentencias de los tribunales de juicio oral?. ¿Cómo y en qué medida jueces que no han oído al imputado y a los testigos, que no han visto desfilar ante sus ojos la prueba, pueden intervenir ulteriormente y decidir acerca de lo que fallaron los jueces de juicio¹[22]?

El recurso de casación es, a nuestro entender, el acto de impugnación que tiende a provocar un nuevo examen amplio -no como se entiende por la doctrina tradicional: un examen limitado¹[23]- de una resolución de carácter definitivo -no firme-, recaída en un proceso penal para conseguir su anulación total o parcial, con o sin reenvío a nuevo juicio, recurso fundado en una infracción del derecho material o del derecho procesal positivo taxativamente establecida en la ley¹[24].

IV. Derecho a recurrir contra la sentencia condenatoria

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) -conocida como el Pacto de San José- acordada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, establece en su numeral 8.2 inciso h):

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías: (...)

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha establecido que de conformidad con la norma transcrita: "...el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención (Americana sobre Derechos Humanos), en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista¹[25], sino que permita con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como al respeto a los derechos fundamentales del imputado..."¹[26].

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que de conformidad con su artículo 49, entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, establece en su artículo 14 párrafo 5:

“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Este principio establecido en los documentos internacionales citados, consiste básicamente en la posibilidad otorgada al condenado por una sentencia penal, de lograr que su condena sea revisada por un nuevo tribunal -principio de doble conformidad[27]- que además debe ser superior al que condenó -principio de doble instancia-. Dicho recurso tiene un efecto devolutivo -con competencia funcional limitada para el ad quem en virtud del principio tantum devolutum quantum appellatum[28]-, por lo que no es cierto que se trate eventualmente de la repetición de una primera instancia[29], sino que más bien se trata de un control de esa instancia con el propósito de satisfacer la doble conformidad requerida[30] por toda sentencia condenatoria y constitutiva de un derecho fundamental del inculcado, para proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa[31].

Para cumplir con ese doble propósito, el recurso de casación no puede ser concebido con los mismos criterios formales que originalmente le fueron atribuidos, sino que por el contrario debe ser desformalizado. La desformalización del recurso de casación no debe ser entendida como la desnaturalización del acto impugnatorio[32]. No existe fundamento para el temor a que el recurso de casación se desnaturalice como tal[33], este carece de fundamento; pues en realidad se trata más que de una desnaturalización, de una transformación. Como ha sido demostrado[34], el recurso de casación hoy en día, no sólo no responde a sus orígenes institucionales[35], sino que ha evolucionado y su finalidad principal, ha de ser la realización de la “justicia”[36] -resolución- en el caso concreto.

El recurso sigue siendo un recurso de carácter formal que está sujeto a los requisitos y presupuestos establecidos legalmente, salvo que la interpretación del cumplimiento de tales requisitos y presupuestos debe realizarse con criterios amplios sin caer en el excesivo formalismo que anteriormente imperaba sobre todo en relación con la admisibilidad del recurso, en este sentido puede verse SC 580/93:

“Si bien existe un antecedente de la Sala Constitucional relativo a eliminar criterios formalistas del recurso de casación (n.º 719-90, 16:30 hrs., 26/6/90), el mismo no está quitando elementales condiciones y requisitos del recurso, tal como se aprecia del antecedente de dicha Sala (que trata de la apertura del recurso de casación en cuanto al reo en todo fallo condenatorio: n.º 282-90, 17:59 hrs., 13/3/90), que en su Considerando IV, al reconocer ese derecho a recurrir, cuando se refiere a la interposición del recurso de casación, añade: «con las modalidades y requisitos propios del recurso». Finalmente, esta Sala participando de que el examen del recurso no puede ser hecho con un criterio excesivamente formalista y a fin de armonizar el sistema de Casación adoptado por el Código ritual penal con los principios constitucionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional (respecto a la citada resolución n.º 719-90), dejó también a salvo los requisitos formales del recurso de casación, cuando dijo: «Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente». (V-155 A, 10:25 hrs., 12/4/91)”.

No es correcta la tesis propuesta por Maier, en el sentido de que una solución al problema de las limitaciones al recurso de casación sería por medio de una ampliación de los motivos de revisión, incluyendo las hipótesis que dan cabida a este recurso en el de casación. Por una parte, tal como se detalló supra, la naturaleza jurídica de ambos institutos difiere en el tanto que el de casación es un recurso dentro del proceso y el de revisión es un recurso extraprocésal, es decir, constituye un procedimiento independiente contra una sentencia firme. Por otra parte, los motivos que dan cabida al recurso de revisión, por lo general se derivan de circunstancias acaecidas con posterioridad al proceso, o descubiertas - y en su caso demostradas- una vez que éste ha finalizado, con lo que no podría válidamente regularse un plazo de interposición del recurso de casación, o éste sería tan amplio que permitiría en tales condiciones accionar válidamente contra una sentencia que no ha adquirido firmeza, valga decir que tal propuesta atenta de manera abierta contra el principio de seguridad jurídica¹[37].

V. Dictamen del Comité de Derechos Humanos en relación con el art. 14 párrafo 5 del PIDCP

El Comité de Derechos Humanos aprobó el 20 de julio de 2000 un dictamen emitido al tenor del párrafo 4, del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación 701/1996 interpuesta por el Sr. Cesario Gómez Vázquez acogiéndose al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo cual hizo con base en:

a) Hechos (expuestos por el accionante):

1. El 22 de febrero de 1992 la Audiencia Provincial de Toledo condenó al autor a 12 años y un día por el asesinato en grado de frustración de un tal Antonio Rodríguez Cottin. El Tribunal Supremo rechazó su recurso de casación el 9 de noviembre de 1993.
2. Alrededor de las 4.00 horas del 10 de enero de 1988, Antonio Rodríguez Cottin recibió cinco puñaladas en un aparcamiento a la salida de una discoteca de Mocejón (Toledo). Sus heridas requirieron una hospitalización de 336 días y tardaron 635 días en curarse completamente.
3. Según la acusación, el autor, que trabajaba de portero en la mencionada discoteca, vio a la víctima entrar en coche en el aparcamiento, fue a hablar con él y le pidió que saliera del vehículo. Mientras discutían, se acercó a ellos un vehículo no identificado del que salió alguien y pidió fuego, y cuando el Sr. Rodríguez se dio la vuelta, al parecer el autor lo apuñaló en la espalda y el cuello.
4. El autor ha negado constantemente esta descripción de los hechos y sostiene que el 10 de enero de 1988 salió de la discoteca entre las 2.00 y las 2.30 horas y se dirigió hacia su casa de Móstoles (Madrid) porque se sentía enfermo. Benjamín Sanz Carranza, Manuela Vidal Ramírez y otra mujer lo llevaron a casa. Cuando llegó, a las 3.15 horas, pidió a su compañero de piso una aspirina y permaneció en cama durante todo el día siguiente. El autor conocía a la víctima, a quien consideraba una persona violenta, que era cliente asiduo de la discoteca. El autor afirma que el 5 de diciembre de 1987 el Sr. Rodríguez tuvo una

disputa con Julio Pérez, propietario de la discoteca, al que amenazó con un cuchillo. Durante el juicio, el autor declaró que la agresión contra el Sr. Rodríguez, el 10 de enero de 1988, fue un ajuste de cuentas entre la víctima y alguien del hampa al que pertenece.

5. Durante el juicio, tanto el autor como la acusación llamaron a testigos que corroboraron sus respectivas versiones.

6. El abogado declara que el autor no presentó recurso de amparo porque, dado que los artículos 14 a 38 y en particular el artículo 24, párrafo 2 de la Constitución española no contemplan el derecho a un recurso, éste habría sido rechazado sin más. Posteriormente, envió una ampliación de queja alegando que la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional denegando dicho recurso de amparo, hacía del mismo un recurso ineficaz. Por ello considera que se ha cumplido debidamente con el requisito del agotamiento de los recursos internos.

b) Queja del accionante:

1. La reclamación del autor se refiere fundamentalmente al derecho a recurrir de manera efectiva contra el fallo condenatorio y la pena impuesta. Alega que la Ley de Enjuiciamiento Criminal española viola el párrafo 5 del artículo 14 y el artículo 26 del Pacto porque los casos de las personas acusadas de los delitos más graves están a cargo de un solo magistrado (Juzgado de Instrucción), quien, una vez llevadas a cabo las investigaciones pertinentes y considerar que el caso está listo para la vista oral, lo traslada a la Audiencia Provincial en la que tres magistrados presiden el juicio y dictan sentencia. Esta decisión sólo puede ser objeto de recurso de casación por razones jurídicas muy limitadas. No hay posibilidad de que el tribunal de casación vuelva a evaluar las pruebas, ya que toda decisión del tribunal inferior sobre los hechos es definitiva. Por el contrario, los casos de las personas condenadas por crímenes menos graves, condenas inferiores a los seis años, son investigados por un solo magistrado (Juzgado de Instrucción) quien, cuando el caso está listo para la vista oral, lo traslada a un único juez a quo (Juzgado de lo Penal), cuya decisión puede recurrirse ante la Audiencia Provincial, lo cual garantiza una revisión efectiva no sólo de la aplicación de la ley sino también de los hechos.

2. La defensa declara que, dado que el Tribunal Supremo no vuelve a evaluar las pruebas, lo anterior constituye una violación del derecho a la revisión de la sentencia y la condena por un tribunal superior en virtud de la ley. A este respecto el abogado del autor cita la sentencia de fecha 9 de noviembre de 1993, denegando el recurso de casación impuesto a favor del Sr. Cesario Gómez Vázquez, la cual en el primer fundamento de derecho dice:

“...siendo también de destacar en este orden de cosas que tales pruebas corresponden ser valoradas de modo exclusivo y excluyente por el Tribunal «a quo», de acuerdo con lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal... El recurrente, por tanto, reconoce la existencia de múltiples pruebas de cargo y sus razonamientos únicamente se concretan en interpretarlas a su modo y manera, dialéctica impermisible cuando se alega este principio de presunción de inocencia, pues si tal se aceptase sería tanto como desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndole en una segunda instancia

y en el segundo fundamento de derecho dice:

... del principio “in dubio pro reo”, la solución desestimatoria es la misma pues olvida la parte recurrente que este principio no puede tener acceso a la casación por la razón obvia de que ello supondría valorar nuevamente la prueba, valoración que, como hemos dicho y repetido, nos es impermisible”.

3. La defensa declara también que la existencia de diferentes recursos, según la gravedad del delito, supone un tratamiento discriminatorio contra las personas condenadas por delitos graves, lo cual constituye una violación del artículo 26 del Pacto.

c) Cuestiones de fondo¹[38]:

1. En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueron revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. (la cursiva y la negrita son suplidas)

2. Con respecto a la supuesta violación del artículo 26 del Pacto, porque el sistema español prevé distintos tipos de recurso según la gravedad del delito, el Comité considera que un tratamiento diferenciado respecto de diferentes delitos no constituye necesariamente una discriminación. El Comité considera que el autor no ha sustanciado una violación del artículo 26 del Pacto en este respecto.

3. El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, respecto del Sr. Cesario Gómez Vázquez.

4. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas.

5. Teniendo en cuenta que, al constituirse en parte en el Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para decidir si se ha violado el Pacto y que, de conformidad con el artículo 2 del mismo, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, y a proporcionar un recurso efectivo y ejecutable si se determina que se ha producido una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte en un plazo de 90 días información sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité.

VI. En pos de un recurso de casación “ampliado”

De acuerdo con el dictamen supra citado, es evidente que no sólo el recurso de casación español, sino el de muchos otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos y específicamente el costarricense, no cumplen con las exigencias mínimas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Uno de los paradigmas en los que -como se ha indicado anteriormente- tradicionalmente se ha sustentado la doctrina del recurso de casación, es precisamente que el ad quem no puede descender al análisis de los hechos y realizar una revaloración del material probatorio contenido en el fallo de mérito¹[39]:

“En primer lugar -según la doctrina que informa la jurisprudencia de esta Sala-, es menester señalar que a través del recurso de casación por el fondo, sólo se puede intentar una revaloración jurídica del material fáctico establecido en la sentencia, en el entendido de que la Sala de Casación «no puede descender al examen de los hechos, modificarlos, complementarlos o descontarlos, debiendo respetar los fijados por el Tribunal de mérito» (DE LA RÚA, Fernando, El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1968, página 113). En este sentido, señala la doctrina que «La alteración o la discusión de los hechos de la causa fijados por el Tribunal de juicio, vuelve inadmisibles (o formalmente improcedentes) el recurso de casación por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva» (NÚÑEZ, Ricardo, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba S. R. L., segunda edición actualizada, 1986, página 466). Este es el llamado «límite de intangibilidad de los hechos»¹[40]”.

La importancia de que el Tribunal que revisa la sentencia pueda revalorar el mérito del fallo, radica precisamente en que en definitiva son los hechos los que gobiernan la posterior anexión del derecho, si aquellos están mal fijados o erróneamente calificados, la solución final resultará siempre equivocada¹[41]. Que una adecuada fijación de los hechos es presupuesto de una correcta aplicación de la ley penal, lo demuestra la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (LECrim) art. 849 inc. 2 al señalar: “...Se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación:...Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en los autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin

resultar contradichos por otros elementos probatorios¹[42]”. Lo cual constituye el vicio in iudicando¹[43].

La motivación connota un juicio tanto fáctico como jurídico. El primero es base o condición del segundo, por cuanto únicamente si el resultado de las pruebas permite concluir que el hecho -en cuya virtud se procede- se ha realizado, y además, que el mismo es penalmente relevante, cabe pasar a su valoración jurídica¹[44]. Debe tenerse presente que si bien es cierto el principio de libre convicción significa que el juez no está sujeto a normas legales que establezcan el valor que se le deberá asignar a los distintos elementos probatorios, sino sólo a su propia conciencia, ello no significa mera arbitrariedad, de ahí la necesidad de la motivación fáctica de las sentencias¹[45].

El dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU anteriormente citado establece la necesidad de que un órgano superior pueda revisar, tanto los aspectos formales como legales de la sentencia, y que tal condición no se cumple si el material probatorio no es valorado por el ad quem, lo que constituye una violación del párrafo 5 del artículo 14 del PIDCP.

Esa valoración debe ser entendida como una revisión de las condiciones mínimas que deben observarse para que, a partir de las pruebas incorporadas al proceso, un hecho pueda ser válidamente afirmado como cierto¹[46]. Tal disposición no implica la ilegitimidad de los procesos de instancia única, siempre que contra la sentencia (condenatoria) exista un recurso ante un órgano jurisdiccional superior y éste pueda hacer una revisión de la primera instancia en relación con las cuestiones fácticas y jurídicas del fallo venido en alzada¹[47]. Ferrajoli sostiene la tesis de que existe un nexo lógico entre el control sobre la logicidad de la prueba, la carga de la motivación y el deber del juez, y el peso acusatorio de la prueba. En otros términos, no existe carga de la prueba ni, en rigor, necesidad de prueba, si no subsiste la obligación de motivar la adecuación de la prueba; y tal obligación es inconsistente si su incumplimiento no es sometido a un control y a una consecuente censura de invalidez¹[48]. En síntesis, libre valoración de la prueba no quiere decir exenta de esta inspección recursiva¹[49].

El problema que se plantea es pues, en qué medida le está permitido al Superior hacer una revisión del mérito, y si esa revisión convertiría la sentencia de primera instancia en una “nueva primera instancia”, con lo que se desvirtuaría por completo negándose a sí misma; razón suficiente para eliminar dicha primera instancia e ir directamente a la segunda “primera instancia”, es decir, que surja un proceso de instancia única ante el Superior, lo que evidentemente no es deseado y se contrapone al principio de doble conformidad.

En cuanto el recurso de casación por la forma, está claro que no se presenta mayor problema en relación con los hechos contenidos en el fallo. Existen dos posibilidades de recurrir contra una sentencia por la forma, y someter a control el aspecto racional del juicio, respecto de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos¹[50]. La primera posibilidad, quizás la más común, es recurrir por la violación de formas procesales, la cual, cuando se trata de un vicio procedimental de carácter irremediable que incide en el resultado de la sentencia, que implique la violación de derechos fundamentales del imputado, acarrea la nulidad de la sentencia. En tal supuesto, el ad quem no realiza una

revaloración de la prueba, sino que se limita a la constatación del gravamen alegado y si éste efectivamente afecta de manera significativa al impugnante.

La segunda posibilidad consiste en la alegación de un vicio en la fundamentación del fallo. En este supuesto, el ad quem procede a revisar el razonamiento del fallo venido en alzada y su labor se puede sintetizar, constituye un análisis del camino lógico seguido por el a quo para arribar al juicio de razonamiento contenido en la sentencia, lo que se conoce como el control de logicidad del fallo, que se plasma en la motivación de la sentencia. No obstante, debe tenerse presente que la motivación de la sentencia no expresa el camino formativo de la decisión sino que, contrariamente, es el discurso justificativo elaborado ex post por el juez¹[51], de otro lado, ni el juez puede limitarse en estos momentos, ni el legislador a veces tampoco lo quiere, a la mera subsunción de los hechos en la norma para extraer la consecuencia jurídica¹[52]. Esto resulta absolutamente claro para los operadores jurídicos que en ocasiones ven como el juzgador provoca la prueba de manera tal, que la misma justifique la decisión tomada, que muchas veces el juez no tenga interés en ir más allá, pues con lo obtenido le basta, conducta propia del ente acusador o bien, que en el momento de motivar la resolución adoptada, el juzgador selecciona y pondera únicamente aquellos elementos de prueba que resultan adecuados para la fundamentación del fallo modus ponens. Olvida en tal supuesto el juzgador, la necesidad de intentar todas las contrapruebas posibles para falsificar la hipótesis acusatoria y todas las pruebas que puedan falsificar las contra hipótesis explicativas alternativas de la hipótesis acusatoria, modus tollens¹[53].

La motivación es la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica¹[54]. Ésta se rige por ciertos principios básicos del razonamiento, a saber:

- a) Principio de identidad: todo ser es lo que es.
- b) Principio de contradicción: ninguna cosa real puede ser contraria consigo misma.
- c) Principio del tercero excluido: ante el sí y el no, no puede existir un término medio que sea más o menos.
- d) Principio de razón suficiente¹[55]: todo lo que es, tiene su razón suficiente, según sea su modo de ser. Exige que de los elementos probatorios de que se parte, sólo pueda obtenerse la conclusión a la que se llegó y no otra¹[56].
- e) Regla de la derivación: un enunciado se deduce lógicamente de las premisas; se deriva lógicamente o simplemente se deriva de las premisas.
- f) Regla de la coherencia: dos o más cosas son coherentes cuando están relacionadas entre sí de acuerdo con algún patrón o modelo¹[57].

El control de logicidad del fallo -sobre la inconsistencia de la inducción¹[58] probatoria¹[59]- se realiza por medio de la revisión del proceso silogístico de la sentencia, entendiendo que las premisas de dicho silogismo están integradas, la mayor por la ley, y la menor por los hechos; hechos que a su vez son determinados por medio de una inferencia inductiva¹[60], que se construye con base en las pruebas practicadas y ciertas

generalizaciones habitualmente sobreentendidas sobre la fiabilidad de experiencias análogas, y cuya conclusión contiene el hecho que se acepta como probado por las premisas y que equivale a su hipótesis de explicación¹[61], teniendo presente como se dijo, que este silogismo se realiza de manera inversa ex pos, es decir, el juzgador tiene por acreditado el hecho -conclusión- y a través de la subsunción, procede a verificar su encuadramiento en la norma jurídica, y una vez verificados estos dos estadios, procede a fundamentar el por qué de la determinación, esto es, motiva su decisión. Esa motivación es el denominado soporte racional del juicio sobre la prueba¹[62], o sea, cómo el juez interpreta la reconstrucción histórica del hecho acaecido a través de las pruebas producidas en el debate¹[63] y que percibe de manera directa¹[64]. Lo anterior supone, que el Tribunal de Casación no puede determinar el grado de fiabilidad que la deposición oral de un testigo le proporciona en razón de su actitud en el debate, el tono de su voz, la forma en que responde al interrogatorio y demás circunstancias perceptibles únicamente por el a quo y sobre las cuales puede basar su convencimiento en tal fuente de prueba, para así acreditar un determinado hecho contenido en su manifestación.

No obstante, sobre la base de la prueba producida y sin necesidad de percibir su producción, el ad quem puede válidamente desacreditar el juicio de razonamiento y por ende la valoración hecha por el inferior, si ésta no cumple con la logicidad necesaria para sustentar el hecho que se tiene por probado. De lo contrario, se cae en la contradicción de que la reducción de la questio facti a una limitada y fragmentada visión (a veces interesada), huérfana de la precisa explicación de su verdad procesal -so pretexto de la libertad judicial para seleccionar los hechos y para valorar la prueba a ellos referida-, circunscrita tal visión a servir de apoyo a una determinada plasmación jurídica, dificulta el control externo de la verdad de los hechos fijados, la dificultad se ve agravada por la usual omisión de los criterios valorativos usados por el juzgador en tal fijación¹[65].

Un ejemplo ayuda a esclarecer lo dicho. Si la sentencia se basa en el testimonio de A, el que le ha parecido al juez consistente, claro, preciso y sin contradicciones lo cual forma parte de la motivación del fallo, y con base en ese testimonio B es declarado culpable del homicidio de C, ese razonamiento, en principio válido puede ser anulado por el Tribunal de Casación, si de una revisión del fallo se logra establecer que el juez consideró que A declaró de la forma que lo expresa, no por lo que dijo, sino por lo que es, a saber: un católico profesante y considera que los católicos siempre son consistentes, precisos, claros y no se contradicen. Para llegar a tal conclusión el Tribunal de Casación revalorará la prueba, descalificará el fallo, porque éste carece de fundamentación. Sería absolutamente ilógico que el Tribunal de Casación avale la apreciación que sobre el testigo hace el a quo, con el argumento de que no corresponde a la casación la fijación del cuadro fáctico, cuando resulta claro que dicha fundamentación es ilegítima por violación a las reglas del correcto entendimiento humano. El imputado, para demostrar el fallo, debe necesariamente hacer una revaloración del material probatorio y el Tribunal de Casación debe verificar por su parte, si el vicio alegado existe o no. La diferencia fundamental con la tesis tradicional que inspira el recurso de casación, radica en el hecho de que el vicio aquí descrito, no es un vicio in procedendo¹[66], por violación de las reglas de la sana crítica, sino más bien, un vicio in iudicando, que conduce necesariamente a una incorrecta aplicación de la ley sustantiva. En otras palabras, no se trata de que la fundamentación sea incompleta o falte, se trata de que es irracional y provoca un error material.

La única posibilidad para que el Superior pueda establecer esa “doble conformidad” supra mencionada, es a través de una “revaloración de los hechos contenidos en el fallo”, que no son más que el resultado de las pruebas practicadas, y esto no es más que una consecuencia del carácter empírico del principio de razón suficiente¹[67], de manera tal que el Superior establezca el juicio correcto y una vez establecido por el ad quem, por medio de una comparación con el juicio contenido en el fallo bajo estudio, determinar si: a) ambos juicios son coincidentes, no tendrá cabida el recurso, por lo que será rechazado y; b) ambos juicios difieren, prevalecerá el razonamiento del Superior. Así si el vicio del que adolece el fallo resulta de importancia, la sentencia será casada y procederá el ad quem a resolver el caso conforme lo estime conveniente. De resultar imposible tal solución por la naturaleza del gravamen, se dispondrá un juicio de reenvío para una nueva sustanciación del proceso¹[68]. Este último supuesto se procedía de tal forma no porque se considere que el vicio es de carácter formal, sino más bien, en los casos del recurso de casación interpuesto únicamente por el ente acusador, en contra de la sentencia absolutoria y que es casada; lo anterior para evitar el problema de que contra la eventual sentencia dictada por el Superior, no cabe recurso alguno por parte del imputado, con lo cual se violentaría el derecho de impugnar toda sentencia condenatoria, de ahí que sea cierto que la doble conformidad debe ser entendida como un derecho exclusivo del imputado y no del acusador. Debe tenerse presente que salvo la hipótesis antes indicada un nuevo juicio constituiría una violación del principio de ne bis in idem¹[69].

No obstante, la solución que a nuestro juicio se presenta como la más correcta es precisamente, negar el recurso de casación contra la sentencia absolutoria en todos los casos, tanto por los ya apuntados vicios, como por el hecho de que al anularse la sentencia, por adolecer de una correcta valoración de la prueba por parte del a quo y proceder en tal caso a un juicio de reenvío, se condiciona al juzgador a absolver, en virtud del mérito de la sentencia de casación, que se torna vinculante para el a quo, ya sea por estar así expresamente estipulado en la ley, o bien por el carácter disuasivo de la jerarquía del órgano que la emite; o bien se conmina al a quo a producir nuevas pruebas, que en tal caso puedan sustentar una condenatoria: más clara violación del principio del ne bis in idem es difícil de encontrar.

Contra el anterior razonamiento, se puede argumentar que al privarse del recurso contra la sentencia absolutoria se colocaría al Ministerio Público o al querellante en una condición de desventaja frente al imputado, pues éste puede recurrir y aquellos no. A ello debe responderse que el imputado siempre se encuentra en una posición de desventaja frente a su acusador, quien investiga, prepara, recopila las pruebas y cuando lo estima prudente, presenta la acusación respectiva, sorprendiendo al acusado, quien no ha tenido oportunidad de defenderse, puesto que desconoce la existencia de la acusación, amén de haber sido sometido a un proceso penal en el que no se ha podido demostrar su culpabilidad. Brindarle al acusador la posibilidad de recurrir contra la sentencia absolutoria sería peor que negársela, puesto que ha tenido la oportunidad de ejercer una acusación -aunque sin éxito- y en ningún caso podría alegar desigualdad procesal.

Desde luego subsiste el problema de que el error judicial provoca una solución incorrecta, sea ésta condenatoria o absolutoria. Sin embargo errar es humano y no puede evitarse. Es aquí donde debe tenerse presente el viejo principio liberal de que es mejor no castigar a

cien culpables que condenar a un inocente¹[70]. En última instancia tenía razón von Liszt al señalar que el derecho penal -y por ende el procesal penal agregamos nosotros-, constituye la Carta Magna del delincuente¹[71].

En cuanto al recurso de casación por el fondo, se admite por la jurisprudencia de nuestra Sala de Casación, realizar un juicio de valor sobre los razonamientos del juez, con base en el distinto valor probatorio de los hechos que éste acredita. Significa que la Sala puede sustituir los razonamientos del a quo por los que considere más adecuados, pero sin restar el valor probatorio a los elementos considerados, toda vez que no ha tenido, con respecto a la prueba testimonial, la posibilidad de recibirla en forma directa y valorarla¹[72].

El criterio indicado no pareciera ser suficiente. Aquí no nos referimos a la interpretación jurídica de los hechos para decidir su encuadramiento en la norma, pues no hay duda sobre la potestad de la Sala de Casación para efectuar este tipo de análisis, típico de su función. El poder de interpretar los hechos de la sentencia se refiere a una cierta incursión por el factum no modificatoria del fundamento histórico de la sentencia, pero sí destinada a desentrañar el contenido intelectual de la descripción. El Tribunal de Casación no puede deducir hechos no descritos, pero sí considerar cómo fija los hechos la sentencia. Se trata, en suma, de la interpretación de ésta¹[73].

El Tribunal de Casación no debe encontrar ningún límite para la valoración del razonamiento contenido en la sentencia impugnada, en el tanto su valoración no roce con los principios fundamentales del proceso de instancia única, ergo los principios de oralidad e inmediación. Es precisamente hasta donde lo permitan la oralidad y la inmediación hasta dónde se puede permitir el reexamen de la cuestión por parte del Tribunal de Casación¹[74]. No hay razón para negar al Superior dar el correcto valor probatorio a aquellos elementos que sin depender de la oralidad y la inmediación, reciben una valoración incorrecta por el a quo, como pueden ser declaraciones testimoniales incorporadas por lectura, informes periciales, actas, etc.; es decir, la prueba constante en el expediente¹[75].

Tales principios -oralidad e inmediación- suponen que el tribunal sentenciador se proporcione él mismo una impresión propia de la prueba que no se sustituyan los verdaderos medios de prueba por sucedáneos, lo que supone una mejor garantía para la correcta investigación de los hechos¹[76]. Lo anterior no roza a nuestro entender, con la implementación de un recurso de casación “ampliado”, puesto que no se trata de un nuevo juicio sino de una revisión amplia del que se llevó a cabo¹[77]. No se trata pues, como señala Hitters¹[78], que los hechos verificados permanecen firmes para la casación, sin variarlos en esta instancia, pues en realidad, de la real determinación de su significado jurídico, se llega a determinar que la fijación de los hechos realizada por el a quo, no se sostiene y el Tribunal de Casación arriba a una conclusión diferente de la contenida en el fallo, puede incluso sustituir la fundamentación del fallo, por la que considere ajustada a las pruebas reproducidas por el juzgador, el error de la sentencia en tal supuesto, afecta a la fundamentación en cuanto a su racionalidad. Se trata pues de un problema epistemológico y no de apreciación subjetiva -incontrolable por el ad quem- como se indicó.

VII. Conclusión

Uno de los principales problemas que ha experimentado la implementación de un recurso de casación “ampliado”, en donde se pueda, por un lado, realizar un examen amplio del fallo impugnado y por otro lado, garantizar tanto el respeto como la observancia de los derechos fundamentales del imputado, así como la resolución del caso concreto, fin último al que debe tender el recurso y consecuencia lógica de la observancia de esos derechos fundamentales.

Los orígenes del recurso de casación y su conceptualización dogmática llevan a algunos autores a temer una desnaturalización de dicho acto impugnatorio, e incurren a nuestro entender en el error de no aceptar su modificación conceptual y en su caso, su total transformación. Se olvidan quienes así opinan, de que las formas y la rigurosidad de la casación decimonónica no tienen cabida en un proceso penal colmado de derechos y garantías, que pretende una materialización de los mismos y por qué no decirlo, tal vez tienda a ser más equitativo.

Todo está vinculado, sin duda, a la concepción que se tenga respecto de la finalidad de este recurso, pues si se estima que tal sendero ha sido instaurado para cumplir un mero rol nomofilático o para uniformar la jurisprudencia, es obvio que el componente fáctico debe quedar fuera de control. Mas si se advierte que los tribunales -aún los de casación- tienen como finalidad la justicia del caso concreto, el asunto cambia y debemos replantear la fría postura que sostiene que este remedio solamente debe apuntar a la *questio iuris*.

Esta posición que ha sido sostenida tradicionalmente por la jurisprudencia nacional y extranjera, estipula que la casación fue prevista para el control jurídico de las sentencias y la correcta actividad procesal de los sujetos intervinientes, con lo que ha sido vedada la posibilidad al tribunal de casación -a nuestro juicio de forma errada- de controlar el mérito del fallo. Hoy día no puede seguir admitiéndose ese concepto clásico del recurso de casación y considerar que es un recurso destinado a resolver exclusivamente cuestiones de derecho, siéndole consecuentemente ajena toda cuestión de hecho o prueba. Así se habla modernamente que es un recurso cuya finalidad es trifásica: nomofilática, uniformadora y dikelógica. En cuanto a la función nomofilática de la casación, es claro que la misma ha fracasado, tal y como lo indica Ferrajoli, por la lentitud de los procesos y la disparidad de las resoluciones judiciales, producto por un lado de la gran cantidad de recursos interpuestos y la conformación de los tribunales de casación, a veces incluso compuestos por diversas cámaras o bien por órganos desconcentrados (distintos tribunales), lo que provoca más bien inseguridad jurídica en la interpretación de las leyes. Esa situación afecta directamente la posibilidad de que la casación cumpla una función unificadora de la interpretación judicial. De tal suerte, la única finalidad válida de la casación moderna es la dikelógica y como se indicó anteriormente, más que eso, a lo que debe pretender es a una adecuada resolución del caso concreto.

Hemos querido demostrar que con base en el estado actual de la discusión, no puede más que admitirse, que el de casación es un recurso muy diferente en nuestros días al que fue concebido en sus orígenes. El aferrarse a verdades eternas no conduce más que a grandes yerros. A nuestro modo de entender, resulta más conveniente adecuar nuestros puntos de vista al conocimiento de la época y el estado actual de la situación. Esto no debe ser entendido como un excesivo relativismo, más bien sostenemos que cada idea debe

corresponder a su época y cada cosa debe ser entendida en su momento. Creemos en consecuencia, que es hora de concebir un recurso de casación amplio, que garantice plenamente los derechos fundamentales del imputado reconocidos por los convenios internacionales a saber, la CADH y el PIDCP. Neccessitas est lex temporis et loci. Tempora mutantur nos et mutamur in illis.

1[1] En el presente artículo, el término mérito es empleado en su acepción jurídica, a saber, como el conjunto de pruebas y razones que resultan de él y que sirven al juez para dar su fallo. Diccionario de la Real Academia Española (DRAE). 1[2] Así *Tiedemann, Klaus*, El Derecho Procesal Penal en AA.VV., *Roxin, Claus, Arzt, Gunther, Tiedemann, Klaus*, Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal, España, 1989, p. 133.

1[3] Cf. *Silvestroni, Mariano H.*, La tipicidad subjetiva y el *in dubio pro reo* en el recurso de casación, Nueva Doctrina Penal (NDP), 1998/B, Argentina, p. 601 (618).

1[4] Ver infra punto IV.

1[5] Así lo ha estipulado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 17/94, caso 11.086. Cf. *Sienra Martínez, Agustina*, El recurso como garantía. Su repercusión en el control de la motivación de la sentencia (El ingreso de las cuestiones de hecho y prueba en el ámbito del recurso de casación), Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, n.º 9, Argentina, p. 237 (238), con referencias bibliográficas adicionales.

1[6] En cuanto a la naturaleza jurídica del recurso de casación y su carácter véase *Salazar, Alonso*, El Recurso de Casación penal por el fondo. Un análisis jurisprudencial, Tesis de Grado para optar por el título de licenciado en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994. p. 28 y ss. Con referencias bibliográficas adicionales.

1[7] *Herrera Añez, William*, Derecho Procesal Penal (El Nuevo proceso penal), Bolivia, 1999, p. 435.

1[8] Cf. *Rodríguez Fernández, Ricardo*, Ley de Enjuiciamiento Criminal, España, 1998, p. 635; *Villareal Ferrer, Carlos Jaime*, Derecho Procesal Penal, Bolivia, 1998, p. 351; en nuestro medio *Tiffer Sotomayor, Carlos*, Ley de Enjuiciamiento Penal Juvenil, Comentada y Concordada, Costa Rica, 1996, p. 108; así mismo lo ha entendido la Sala de Casación en reiterada jurisprudencia, ver entre otras SC 677/91. Sin referirse a la naturaleza del recurso de casación, *Llobet, Javier*, Proceso Penal comentado, San José, 1998, p. 835 y ss.; así como *Arce Viquez, Jorge Luis*, Los Recursos AA.VV. en *González Álvarez, Daniel* (Comp.), Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal, Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales, 1996, p. 731 y ss.; aunque *Llobet*, anteriormente afirmó que el de Casación es un recurso extraordinario, Cf. *Llobet Rodríguez, Javier*, Código de Procedimientos Penales, anotado y comentado, 2 ed. Costa Rica, 1991, p. 535, con referencias bibliográficas adicionales. Lo califica como recurso extraordinario no excepcional (incomprensible desde nuestro punto de vista), *Clariá Olmedo, Jorge*, Derecho Procesal, T. II, Estructura del proceso, Argentina, 1983, p. 330.

1[9] Acerca de la utilización del término *proceso*, como técnicamente se considera más apropiado y no *procedimiento*, véase *Salazar, Alonso*, Suspensión del procedimiento a prueba y proceso abreviado. Un problema de constitucionalidad, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Argentina, Año IV, Número 8 A, p. 557 (557), 1998; Justicia, Revista de derecho procesal, España, Año 1998, nos. 3-4, p. 615 (616); Revistas Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, n.º 26, abril - junho 1999, p. 33 (33); Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados de Costa Rica, n.º 90, Mayo - Agosto 1999, p. 133 (133); también *Houed Vega, Mario*, La Suspensión del Proceso a Prueba, en *González Álvarez op.cit.*, [Error! Bookmark not defined.], p. 147 ss.

1[10] *Dall'Anese Ruíz, Francisco*, Temas de Casación Penal, Costa Rica, 1991, p. 8; *De La Rúa, Fernando*, El Recurso de Casación en el derecho positivo argentino, Argentina, 1968, p. 56; *Salazar, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 28 y ss.

1[11] Se utiliza el término “instancia”, del latín *instantia*, refiriéndose a cada uno de los grados jurisdiccionales que la ley tiene establecidos para ventilar y sentenciar, en jurisdicción expedita, lo mismo sobre el hecho que sobre el derecho, en los juicios y demás negocios de justicia (DRAE).

1[12] Etimológicamente la palabra “casación” proviene de las voces latinas “casso”, “cassas”, “cassare” que significan anular, derogar, quebrantar. Es la anulación que se produce cuando se han infringido leyes. Cf. *Villareal Ferrer, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 351.

1[13] La doctrina tradicional establece que “el recurso de casación contra la sentencia definitiva no es una instancia ordinaria, porque él no prosigue en su plenitud el ejercicio de la acción penal o civil. En este sentido, es exacto que la casación no es una segunda instancia, porque los hechos son ajenos a su competencia... Pero la casación es una instancia limitada a los motivos admisibles (en nuestro medio art. 443 C.P.P.). Más aún, en el caso del recurso por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, no es sólo una instancia con poderes anulatorios (art. 450 C.P.P.), sino una instancia definitiva (art. 450 C.P.P.)”. Las citas legales han sido adecuadas a nuestra legislación. Así *Núñez, Ricardo*, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina, 1978, p. 190-191.

1[14] *Hitters, Juan Carlos*, El recurso de casación y las cuestiones de hecho y de derecho, La Ley (LL.), 1989, 1255 (1255).

1[15] *Langer, Máximo*, El principio *in dubio pro reo* y su control en casación, NDP 1998/A, p. 215 (223).

1[16] Al respecto y con amplias referencias bibliográficas puede consultarse *Llobet Rodríguez, Javier*, Proceso... *op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 835 y ss.; *Castillo González, Francisco*, Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica - Colegio de Abogados de Costa Rica, n.º 41, Mayo - Agosto 1980, p. 29 (37 y s.); *Maier, Julio*, Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos, Argentina, 2 ed. 1996, p. 707.

1[17] *De La Rúa, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 133; *Ayan, Manuel*, Recursos en Materia Penal, Argentina, 1985, p. 56.

1[18] *González Novillo, Jorge R. y Figueroa, Federico G.*, El Recurso de Casación en el Proceso Penal, Argentina, 1993, p. 15.

1[19] *Hitters, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 1256.

1[20] Cf. *Salazar, Alonso*, Comentarios acerca de los nuevos institutos procesales en la reforma procesal penal en Costa Rica, Revista de Derecho Procesal (España), n.º 3, 1999, p. 515 (517) s.; *Cruz, Fernando*, Aspectos de la Reforma Procesal Penal en Costa Rica. Principios Fundamentales, así como *Chirino Sánchez, Alfredo*, El juzgamiento de las contravenciones. Las reformas de la legislación procesal penal, ambos en AA.VV., Temas de Derecho Procesal Penal, Universidad de Costa Rica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Costa Rica, 1996, p. 19. Sobre los antecedentes históricos en detalle, se recomienda, *Llobet, Javier*, La Reforma Procesal Penal, un análisis comparativo latinoamericano-alemán, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, Costa Rica, 1993, p. 13 ss.

1[21] El 28 de marzo de 1996 la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, aprueba la ley número 7594, Código Procesal Penal, se publica en el Alcance n.º 31 al Diario Oficial La Gaceta n.º 106 del 4 de junio que entra en vigencia el 1º de enero de 1998. Al respecto puede consultarse *Salazar, Alonso, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 515 ss.

1[22] En esencia es el principal argumento de *Binding* en contra de la aceptación de la posibilidad de corrección de errores contenidos en el fallo de primera instancia, Cf. *Castillo, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 35 ss.; *Maier, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 718 y s.

1[23] Noción que como se verá en las siguientes páginas, no es del todo cierta, baste en este momento su enunciación y adviértase que el examen del *ad quem* no es tan limitado como parece o al menos no debería serlo, como se pretende demostrar.

1[24] En la legislación costarricense los principios de taxatividad e impugnabilidad tanto objetiva como subjetiva se encuentran recogidos por el numeral 422 C.P.P., y los art. 424, 425, 426, 451, 453, en términos generales con referencia a todos los recursos. Específicamente con respecto a la casación en los arts. 443 y 444.

1[25] Informe de la Comisión IDH 24/92, casos 9328, 9329, 9742, 9884, 10.131, 10.193, 10.230, 10.429, y 10.469, Costa Rica, §§ 26 y 30. Así como las Sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, 282-90, 719-90, 1193-95. Cf. *Maier, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.] p. 721 y 727 y *Sienra Martínez, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 240.

1[26] *González Álvarez, Daniel*, Justicia Constitucional y Debido Proceso. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Costa Rica, Año 5, n.º 8, Marzo de 1994, p. 69 (71).

1[27] Así *Maier, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 720 ss.

1[28] *Pastor, Daniel*, El recurso de casación y la anulación de oficio, NDP 1997/B, p. 669 (671).

1[29] Cf. *Castillo, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 35 y ss.; *Maier, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 718 y ss.; *Sienra Martínez, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 246.

1[30] Vista esta como una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad, así *Ferrajoli, Luigi*, Los valores de la doble instancia y de la momofilaquia, NDP 1996/B, 445 (447).

1[31] Informes de la Comisión IDH 17/94 y 55/97, § 259.

1[32] Ver *Salazar, Alonso*, Una nueva visión del Recurso de Casación penal por el fondo; en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 12, n.º 17, Marzo 2000, p. 55 (61 ss.).

1[33] En sentido contrario *Castillo, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 45.

1[34] *Salazar, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.] *passim*.

1[35] *Salazar, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 2 ss.

1[36] Expresión utilizada con reservas, por cuanto no consideramos que el proceso penal sea el camino propio para la realización de la justicia, es más, no consideramos que la ley en sí misma pretenda la justicia, sino que es el resultado de una manifestación del poder político, que responde por lo tanto a los intereses de la clase detentadora de dicho poder. No coincide esta concepción técnicamente con la concepción marxista del derecho, pero la discusión del tema deberá reservarse para otro momento, toda vez que dicha empresa supondría un desarrollo mucho más amplio del que este trabajo nos permite y por otro lado, no guarda íntima relación con el tema. Baste por tanto la observación, discutible como todo en derecho, pero acaso defendible y demostrable, ya veremos!. No obstante, el término es de uso normal en la dogmática así que esa es la razón de su empleo, nosotros nos inclinamos a hablar de la “resolución del caso concreto”.

1[37] Cf. *Maier, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 722.

1[38] A los efectos del presente trabajo, se omite la cita de todas las alegaciones realizadas en este caso por el Estado Parte (España), así como las consideraciones del Comité, en relación con las cuestiones de admisibilidad, por no resultar relevantes para nuestro análisis.

1[39] Tendencia que se mantiene incluso en el Proyecto de Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica, ampliamente criticada por *Pedraz Penalva, Ernesto*, Ensayo sobre la motivación y control de las resoluciones jurisdiccionales penales. Especial consideración del modelo tipo de código procesal penal iberoamericano en AA.VV., *Massa, Michele y Schipani, Sandro* (Comp.), Un “Codice Tipo” di procedura penale per l’America Latina, Italia, 1994, p.187 (217 y ss.).

1[40] SC 346-F-91, Cf. SC 574-F-91, 85-A-93.

1[41] *Hitters, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 1256.

1[42] La cursiva es suplida.

1[43] Ver *Luzón Cuesta, José M.*, El recurso de casación penal, Madrid, 1993, p. 46, de igual forma *Sienra Martínez, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 263.

1[44] *Pedraz Penalva, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.] p. 193.

1[45] Cf. *Langer, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 222, *Bovino, Alberto*, Temas de derecho procesal penal guatemalteco, Guatemala, 1996, p. 165 ss.

1[46] Así *Sienra Martínez, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 242 y s.

1[47] Cf. *Minvielle, Bernardette*, Convención Americana de Derechos Humanos, Doctrina Penal, Año 11, Enero – Marzo 1988, n.º 41, p. 65 (104).

1[48] *Ferrajoli, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 451.

1[49] Así *Walter, Gerhard*, Libre apreciación de la prueba, versión en castellano de *Tomás Banzhaf*, p. 352, 353, citado por *Hitters, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 1262.

1[50] Así *Bacigalupo Zapater, Enrique*, La imputación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios, Argentina, 1994, p. 66 y s.

1[51] Así *Taruffo, M.*, La fisionomía della sentenza in Italia, en La sentenza in Europa, Padova, 1988, p. 181 ss.

1[52] *Pedraz Penalva, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 200.

1[53] Cf. *Ferrajoli, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 451.

1[54] *Díaz Cantón, Fernando*, El control judicial de la motivación de la sentencia penal, AA.VV., *Maier, Julio* (Comp.), Los recursos en el procedimiento penal, Argentina, 1999, p. 59.

1[55] Debe tenerse presente, que el principio de razón suficiente no es un principio lógico sino más bien empírico. Al respecto con referencias bibliográficas adicionales *Pérez Barberá, Gabriel*, La prueba por indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, n.º 4 y 5, p. 393 (415); *Sienra Martínez, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 269.

1[56] *Pérez Barberá, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.] p. 416; *Sienra Martínez, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 259.

1[57] Cf. *Ábalos, Raúl Washington*, Derecho Procesal Penal, T. III, Argentina, p. 473.

1[58] El control de la motivación fáctica no se verá limitado por el control de la lógica inductiva utilizada por el juez, sino también a un control lógico-deductivo. Lo anterior por cuanto, no es del todo cierto que únicamente a través de la inducción lógica se pueda llegar a una conclusión válida, bien lo demuestra *Langer*, que no debe excluirse la posibilidad de utilizar algunas inferencias deductivas para justificar la verdad de alguno o algunos de los elementos de la imputación, más que métodos excluyentes, se presentan como complementarios. Cf. *Langer, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 227.

1[59] *Ferrajoli, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 451.

1[60] Debe tenerse presente que en dichas inferencias la verdad de las premisas no garantiza la verdad (absoluta) sino a lo sumo la probabilidad de la conclusión. Cf. *Langer, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 219.

1[61] *Ferrajoli, Luigi*, Derecho y razón, Madrid, 1995, p. 53.

1[62] *Bacigalupo, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 28 ss.

1[63] En este sentido debe tomarse en cuenta que el tribunal no accede directamente a la verdad -a los hechos-, no existen pues para el juez pruebas directas, sino indirectas. En ese sentido tiene razón *Langer op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 219, en su crítica a *Ferrajoli*, ya que éste último afirma que el juez sólo tiene un acceso directo a la prueba, en los casos de delitos cometidos durante la audiencia. Al respecto apunta *Langer*, que ni siquiera en ese supuesto se puede afirmar que el juez tenga acceso directo a los hechos, pues en tal caso sería testigo del hecho y no juez. Cf. *Ferrajoli, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 132 y 182.

1[64] Cf. *Sienra Martínez, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 254.

1[65] *Pedraz Penalva, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 199.

1[66] Como lo considera *Langer, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 233.

1[67] *Pérez Barberá, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 417 con referencias bibliográficas adicionales.

1[68] Cf. *Salazar op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 245 ss., *op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 69 ss.

1[69] *Maier, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 709, *Sienra Martínez, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], *Llobet, Proceso...* *op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 838 y s.

1[70] *Tiedemann, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 139.

1[71] En este sentido puede consultarse *Roxin, Claus*. Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Auflage, 1997, § 5, I, Rdn. 3

1[72] SC 481-F-92, Cf. *Salazar op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 44.

1[73] Cf. *De la Rúa, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 301 y s.

1[74] *Sienra Martínez, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 246.

1[75] *Salazar, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 234, *op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 66.

1[76] Cf. *Tiedemann, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 148.

1[77] Opina en idéntico sentido, *Sienra Martínez, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 243.

1[78] *Hitters, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 1261.

1[79] Ver lo apuntado supra nota [36].

1[80] Así *Guasp, Jaime*, citado por *Hitters, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 1256.

1[81] Cf. en Argentina con amplias referencias bibliográficas, *Sienra Martínez, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 244, en Costa Rica entre otras SC n.º 699 de 10 hrs. del 23 de diciembre de 1991. Al respecto con referencias adicionales ver *Salazar, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 76 ss.

1[82] *Pérez Barberá, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 419.

1[83] *Hitters, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 1256.

1[84] *Ferrajoli, op.cit.* [Error! Bookmark not defined.], p. 445

DERECHO Y PROCESO PENAL GARANTISTA Y LA REVOLUCIÓN FRANCESA.

Ricardo Salas

Letrado de la Sala Tercera

**Profesor en la Maestría de Ciencias Políticas
y la Facultad de Derecho, UCR**

I. Frecuentemente es dicho en doctrina o en el aula universitaria que el derecho penal garantista o liberal (o también maldenominado “democrático”) y su procedimiento concordante, deben al fenómeno conocido como “Revolución Francesa” un gran aporte en su dotación de principios y puesta en práctica.

La verdad es que puede temerse que con respecto a esos hechos haya sucedido lo que son casi dos taras inevitables en el estudio inapropiado de la historia. La primera es la indefinición del objeto de estudio. La segunda, su idealización.

Concerniente a la indefinición, el caso de la Revolución Francesa es ejemplar, porque a ella se alude sin reparar en hacer diferencia en cuanto a sus límites o a sus diversas etapas. Se habla de ella como si fuera un objeto material claramente delimitable, cuando del contenido mismo de los comentarios muchas veces se puede inferir que se hace referencia a sus etapas previas (por ejemplo, la toma de la Bastilla) o posteriores (como fueron la restauración burguesa o las hazañas napoleónicas).

Indudablemente buena parte de la serie de hechos acaecidos fueron relevantes y marcaron momentos esenciales en el devenir del proceso histórico integral^{1[1]}. Sin embargo, si se trata de identificar cuál es el momento en que empieza a desarrollarse la Revolución, se requiere precisar “¿revolución con respecto a qué?”.

La convocatoria a los Estados Generales no era un hecho novedoso (aunque desde hacía tiempo esporádico). Tampoco los enfrentamientos de estos con el Rey o la administración del reino. Tampoco lo eran las revueltas o la toma por la fuerza de inmuebles estatales, incluyendo cuarteles o prisiones. Por lo demás, ninguno de esos actos tenía la virtud de hacer cambiar (radical o tenuemente) el orden vigente de las relaciones de poder.

El acontecimiento que sí tuvo tal característica fue la abolición de los privilegios (políticos y fiscales) y la supresión parcial de los derechos feudales, porque golpeaba severamente el posicionamiento y los recursos de una clase social fundamental, como era la aristocracia feudal (ya para entonces venida a menos y en buena parte desplazada al mundo de las finanzas), en la cual se asentaba a regañadientes la monarquía.

Su sometimiento al régimen común de propiedad y tributario la hería de muerte, imponiendo un límite infranqueable a derechos que otrora aparentaban ser, fluctuantemente, no limitados.

La emanación de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (en adelante la Declaración del 89), hacía lo propio con la cúspide del Estado, el Rey, que si bien siempre sujeto a algunas normas elementales, para la mayoría de los franceses aún seguía asimilándose al Estado mismo (“L’Etat c’est moi”, según adujera Luis XIV). A partir de entonces, el Estado podía pedir cuentas al Rey y este tendría cortapisas invulnerables en sus relaciones con los ahora ciudadanos, los cuales hacían su primera aparición tangible en la susodicha Declaración, la cual prescribía que “No hay en Francia autoridad superior a la ley; el rey no reina más que por ella, y sólo en virtud de las leyes se le puede exigir la obediencia.” En adelante, el rey carecería de facultad legislativa.

De modo que el inicio de la Revolución puede ser ubicado a la altura de agosto de 1789.

Si el inicio de una revolución es el inicio del cambio cualitativo hacia delante, su final es cuando ese cambio se detenga o se revierta sin ulterior remedio.

Para la Revolución Francesa, ese momento puede ser fechado en la caída del gobierno jacobino, la proscripción y seguida ejecución de sus dirigentes (julio de 1794). Ya días antes, en palabras de Saint-Just, “la revolución se había congelado”. A partir de esos días, nuevamente con algunas oscilaciones, los hechos revirtieron su sentido o se estabilizaron. En ciertos aspectos, se estabilizaron en puntos muy cercanos a las condiciones previas al inicio mismo de la Revolución. Así, la reacción llamada burguesa o termidoriana, marcó el final de la revolución.

Esa reacción, si bien un notorio progreso en comparación con el Antiguo Régimen, era un retroceso con referencia a los picos políticos a que se había llegado antes de su advenimiento.

Por consiguiente, en términos de hitos, su fechas de comienzo y fenecimiento pueden colocarse entre agosto de 1789 y julio del 94; aun cuando sus efectos fueran palpables hasta 1799 y estén presentes todavía en la actualidad.

En las páginas siguientes se verá la veracidad de la presunta contribución de esos años al derecho proceso penal moderno.

La segunda tara que se indicaba en los párrafos iniciales, es la idealización del pasado. Este fenómeno, ya advertido desde Aristóteles¹[2], y contra el cual había prevenido Maquiavelo como

peligroso al hacer estudios históricos^{1[3]}, pareciera ser un efecto inevitable del post pensamiento, el cual no estando sujeto a los temores pretéritos de aquellos tiempos, hace sobrerresplandecer los perfiles elogiados de una experiencia, aun a costa de lo efectivamente ocurrido.^{1[4]} Tanto es así que se destacan atributos dramáticos dignos del cine (como la ya mencionada toma de la Bastilla), aunque le sean ajenos.^{1[5]} Sobre todo si, como la Revolución Francesa, los hechos tocaron la figura de un “escogido por Dios para gobernar a los demás”, causando severa preocupación en a las demás cabezas coronadas de Europa.

II. Puede estimarse que tres han sido las causas principales por las que esa revolución ha sido constantemente relacionada con el derecho y proceso penal garantista. La primera, su presunto parentesco con la Ilustración. La segunda, la relación que se le otorga con el liberalismo. Finalmente, su construcción de un derecho y proceso penal exento de valoraciones religiosas y prescindente de un derecho de origen divino.

El crecimiento comparativamente colosal de las ciencias experimentales, había llevado a muchos de los pensadores del siglo XVIII a la convicción en el progreso continuo de la especie humana y a pensar que no había nada que no escapara, en su demostración o réplica, a la razón. Haciéndose eco de la sorprendente fiabilidad de muchos los recientes experimentos, en muchas de sus expresiones la Ilustración cayó en mecanicismos deterministas, aun en cuanto a las ciencias sociales^{1[6]}. De forma que siendo la razón el factor clave en el estudio y examen de los acontecimientos humanos, que bien podían ser analizados con sujeción a ciertas reglas de la ciencia o la lógica, la legitimación otorgada por la tradición o la voluntad sobrehumana (fuera esta de género religioso o más modestamente en un iusnaturalismo de inspiración divina) se volvía insuficiente e imponía el distanciamiento de esos criterios. Los adelantos de la humanidad permitían entrever la posibilidad de librarse del dominio de la naturaleza y los fardos históricos no escogidos, para pasar a dominarlos.

La esencia misma de la Ilustración o el Iluminismo radica en la denuncia de la autoridad como fuente falaz de fundamentación de las instituciones y resolución de las controversias. En lo futuro, estas no debían estar más que supeditadas a la Razón, convertida casi en una deidad sustitutiva. De hecho, la creciente exploración geográfica y el encuentro con culturas de regímenes diversos, demostraba que el actual orden europeo no era “natural”, sino que se apoyaba en otros factores históricos contingentes o accidentales. En consecuencia, si las sociedades (reinos o repúblicas) pretendían encontrar una legitimidad atendible, esta sólo podía encontrarse en lo que era universal: la Razón.

Será justamente ese examen racional el que intentará determinar cuáles son los derechos universales de los hombres (dentro de la mentalidad patriarcal de entonces, parece que las mujeres no existían), válidos en cualquier lugar.

Contrario a lo que se suele pensar el Iluminismo no fue un fenómeno uniforme. Tuvo diversos matices y manifestaciones de un país a otro. Más empírico en Inglaterra; más juricista en Italia;

más político y social en Francia, como consecuencia de la decadencia del gobierno absoluto. Por eso es que el Iluminismo o la Ilustración fue básicamente una mentalidad, una actitud cultural y espiritual.^{1[7]}

Pero, de los iluministas no puede decirse que hayan sido políticamente revolucionarios. Su primera generación buscó una racionalización de las formas dentro del régimen antiguo, buscando asegurar dentro de este un margen de libertad (recuérdese en ese sentido el contractualismo). La forma ideal de gobierno era el despotismo ilustrado. En el caso de Francia, su animadversión se dirigía contra la figura del monarca, no contra la monarquía. De hecho, no escatimaban halagos para otros monarcas tenidos por ilustrados, como Catalina de Rusia y Federico de Prusia.

Luego, en la segunda generación se da una radicalización de la crítica social, pero aún rechazando cualquier acción revolucionaria, que era vista como un remedio peor a la enfermedad. El objetivo, más bien, era educar a los soberanos y demostrarles los defectos de sus gobiernos. En realidad, el Iluminismo francés tuvo poco qué ver con problemas concretos o comprensibles para el público que los hicieran peligrosos, siendo una utopía triunfalista más cercana a la nobleza ilustrada que a la burguesía conservadora.

Por eso es que también en Francia la Ilustración floreció bajo la protección de los monarcas. Es decir, tenía muy poco qué ver con la Revolución Francesa. De hecho, el único ilustrado que participó en ella fue Condorcet, el más joven; los demás con vida para la época, se mostraron contrarios al entusiasmo revolucionario. A pesar de esto, el traslado de cenizas de algunos de ellos se convertiría en devota práctica de propaganda durante la Revolución, que buscaba a través de la metamorfosis póstuma de aquellos, mejorar su abolengo.^{1[8]} Sin embargo, mucho antes de su advenimiento el Iluminismo ocupaba el corazón de la realeza del Antiguo Régimen y coexistía, sin aparente contradicción, con la tradición monárquica, otrora autosuficiente.

En palabras de Solé: "...el mejor medio para no entender la Ilustración, es estudiarla en función de la Revolución que le siguió...no tiene nada qué ver con la visión conquistadora propia de los historiadores 'burgueses' de la Ilustración... (Esta era) un grupo exclusivista perfectamente integrado a la jerarquía establecida. Su ideología era la de una modernización y no la de una revolución".^{1[9]}

Frente a esa cultura clasista y privilegiada, estaban los individuos excluidos u clases ultrajadas, las que hicieron la Revolución, con sus propios intelectuales. Por eso la caída del Antiguo Régimen fue ocasionada por sujetos que veneraban la perspectiva de un paraíso terrenal y no la de la Ilustración.

Por consiguiente, atribuir a la Revolución Francesa la vivificación de la contribución que al derecho y proceso penal garantista yace en los ilustrados, es un grueso error. Véase, a modo de cita, que el propio Montesquieu fue defensor del régimen derrocado.

Aun más, recuérdese que el gigantesco aporte de Cesare Beccaria, particularmente en su libro “De los Delitos y de las Penas”, había tenido lugar por el año de 1764. Y su influencia se hizo sentir, no al tiempo de la Revolución, sino en los regímenes monárquicos que esta se propuso acabar. Fue Catalina de Rusia quien en 1766 le ofreció un empleo en la capital a fin de elaborar reformas penales. En 1776, María Teresa de Austria ordenó la abolición de la tortura. Pedro Leopoldo de Toscana promueve en 1786 la moderación de las penas. El mismo Luis XVI, futuro decapitado, suprime la tortura en Francia en 1780.

Por el contrario, a pesar de constar casi literalmente en el artículo 8 de las constituciones revolucionarias de 1791 y 1793, que la pena debe ser “esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por la ley”¹[10], durante la Revolución la práctica fue cabalmente la contraria.

La división de poderes, la racionalidad de la norma penal, su legalidad, la punición exclusiva de los actos y no de las formas de pensar, la publicidad del procedimiento, su carácter de acusatorio, la prohibición de las denuncias secretas, la claridad de las pruebas, la igualdad de tratamiento a los sujetos, la proscripción de la crueldad, la proporcionalidad de la sanción o la injusticia intrínseca de la pena de muerte, garantías todas que hoy parecen de valor indiscutible en el moderno derecho y proceso penal, fueron ideas centrales en el pensamiento de Beccaria que durante la Revolución no sólo fueron inobservadas, sino sospechosas y tenidas por peligrosas.

Paradójicamente, la queja de Voltaire contra la administración de justicia penal en el Antiguo Régimen, parece presagiar dolorosamente lo que ocurriría inmediatamente después de su derribo.

“Si algún día unas leyes humanas llegan a dulcificar en Francia algunos usos demasiado rigurosos, sin que por esto se de mayores facilidades al crimen, es de creer que se reformarán también los procedimientos en los artículos en que los redactores han sido demasiado severos. Las ordenanzas criminales parecen, en muchos puntos, no haber sido dirigidas más que hacia la pérdida de los acusados.”¹[11]

III. El linaje liberal de la Revolución Francesa ha sido tradicionalmente dado por descontado. Incluso en ocasiones se piensa que la Revolución fue el triunfo del liberalismo o su irrupción abrupta en la escena mundial. Pero, nuevamente surge la pregunta “¿qué se entiende por liberalismo?”, y dependiendo de la respuesta se podrá decir si hubo afinidad o identidad entre la

Revolución y este; y, desde el otro extremo del análisis, si la hay entre el derecho y proceso penal garantista y el liberalismo.

De tres formas ha sido entendido el liberalismo. Como una ideología secularizante, por su oposición al poder clerical. Como una política económica de dejar hacer y pasar, en la que el Estado renuncia a los controles sobre el flujo de capitales, mercancías y servicios (también conocido como liberalismo manchesteriano). Por último, como una corriente precursora de garantías contra el poder estatal, sea que este encontrara su sustento en una minoría o en una mayoría.

Nótese que esas nociones de liberalismo no se implican una a la otra. Si bien es cierto históricamente tuvieron momento de coincidencia, como entre la primera y la segunda, o la primera y la tercera, también hubo momentos de enfrentamiento y desencuentro como sucedió entre la primera y la tercera durante el jacobinismo, o la segunda y la tercera, particularmente con posterioridad a su caída. Esto es, bien puede optarse por un liberalismo del primer tipo, sin hacerlo por el de segundo o tercero, o al revés, o en combinaciones, como neciamente ha demostrado la historia.

Acerca del liberalismo de la primera índole, como ideología secularizante, la posición de los revolucionarios franceses fue imprecisa y muchas veces contradictoria. Sin lugar a dudas rechazaban el derecho divino como justificante o legitimador del poder político. Pero de allí, a excluir o reincluir la religión como comportamiento de disciplina social, hay una gran diferencia.

Amén de la importancia política que ha solido tener el clero en los países cristianos, el francés era la corporación más importante del reino, con 120.000 integrantes, rentas anuales aproximadas a 130 millones de libras y dueño de aproximadamente la quinta parte del territorio nacional. Sin embargo, la mayor parte de los recursos iban a sus preladados, quedando al descampado el clero menor, cuya procedencia social era baja. De entrada nomás, por consiguiente, se tenía un clero socialmente partido entre mayor y menor. Aquel claramente identificado con el Antiguo Régimen, pues aparte de su procedencia social, eran de nombramiento del Rey, por graciosa y arcaica concesión a la Iglesia.

En vista de su peso y sus circunstancias internas, en julio de 1790 se decretó la Constitución Civil del Clero, mediante la cual se declaraba que en lo futuro los obispos y sacerdotes serían elegidos como cualquier otro funcionario público, por las autoridades políticas. Evidentemente, la iglesia francesa se dividió en dos, quienes se sumaron al clero afín a la revolución y quienes se resistieron (denominados refractarios). Como era previsible, el papa Pío VI descalificó esa constitución y, al igual que la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, fue condenada como impía.¹[12]

Sin embargo, a pesar de su juramento al nuevo status, la cercanía del clero constitucional respecto a las corrientes moderadas como los girondinos, motivó que los sectores populares, bajo

la conducción de los jacobinos o los maratianos, encontrarán cada vez menos placer de mantenerlos como funcionarios públicos. En septiembre de 1793 se promovió la descristianización, a través de la instauración de escuelas de la libertad, en las que se enseñaba “el horror del fanatismo”. Para noviembre, todas las iglesias de la capital estaban consagradas a la Razón y se vedaba el ejercicio público de actos religiosos.

Robespierre, empero, con mejor cálculo político se opuso a la campaña, por cuanto podía ganar enemigos innecesarios para la Revolución, logrando que en diciembre del mismo año se decretara la libertad de cultos y en mayo siguiente se aprobara un precepto constitucional que consignaba que el pueblo francés creía en un Ser Supremo y en la inmortalidad del alma.

En síntesis, no se puede decir que en cuanto al primer género de liberalismo, los revolucionarios franceses hayan sobresalido por su constancia o congruencia.

Del segundo género de liberalismo (o liberalismo manchesteriano), se detecta una tendencia discreta pero continua entre los revolucionarios. A pesar de que en ciertos momentos la apremiante situación, los hiciera disimularla ante los carenciados.

Si bien la decisión de suprimir los privilegios y algunos derechos feudales resultó altamente interventora en el quehacer económico, en la Declaración de Derechos no se hizo mención a la economía, lo cual revelaba a las claras que se conceptuaba la libertad económica como algo que ni siquiera precisaba reglar, por ser una libertad natural. Es más, la venta de los bienes del clero, no apuntaba a un reparto social de la propiedad, sino que se resolvió a favor de quienes podían comprarlos: los que eran propietarios acaudalados.

Entonces el verdadero alcance de la supresión apareció. Se trataba de poner en movimiento los bienes en posesión de la aristocracia e insertarlos en la dinámica del capital. Ese mismo mes de agosto de 1789 se instituyó la libertad en el comercio de granos; en septiembre los precios fueron liberados; en marzo del 90 fue abolida la gabela; y, para marzo del 91, la fronteras internas habían dejado de existir. En fin, la mercancía y el capital se habían liberado de las trabas que dificultaban su circulación y reproducción. Eso sí, se mantuvo el exclusivismo colonial, ya que las colonias francesas sólo podían comerciar con la metrópoli.¹[13]

Sólo la marcha de la guerra forzó que, a pesar de la tozudez girondina a cualquier restricción a esos derechos ilimitados, los jacobinos lograran en 1792 colar una regulación básica en cuanto a los granos, que inmediatamente después fue revocada a finales de año. No obstante, el deterioro explosivo en la calidad de vida de los desarraigados y la buena disposición estratégica de los jacobinos hacia estos, motivó que dentro de los cánones de la Constitución de 1793, que declaraba la propiedad como un derecho natural ilimitable, se nacionalizara la economía en lo referente al abasto de los ejércitos; no para la población civil, respecto a la cual a lo sumo se fijó un máximo de precios para los granos y el forraje, cuya inobservancia fue tolerada. Antes bien, en julio de 1794, se fijó por la Comuna de París un máximo para los salarios, que para muchos implicaba una reducción en sus ingresos.

Como se puede ver, la intervención en la economía se debió a las exigencias de defensa nacional; no a una concepción teórica ni convicción ideológica.

En fin, se nota que concerniente a la segunda clase de liberalismo los revolucionarios tenían una clara inclinación, sólo mimetizada por cuestiones estratégicas de no desencantar tempranamente las febriles esperanzas que los sectores populares habían cifrado en la Revolución.

“Lo que había iniciado como la abolición de los privilegios de las corporaciones y de los pequeños empresarios, acabó en su forma final siendo la expresión pura de la teoría burguesa del contrato: que el empresario individual negocie con el trabajador individualmente.”¹[14]

De lo que no cabe discusión alguna es que el liberalismo garantista no nació con la Revolución Francesa ni de lejos esta fue su mejor expresión.

Este es el tipo de liberalismo que explicaría el porqué el actual procedimiento penal garantista es denominado liberal, en tanto procura el ejercicio del poder (en este caso punitivo) dentro de ciertas coordenadas infranqueables (principio de legalidad criminal, principio de inocencia, prohibición de la tortura, derecho de abstenerse de declarar en contra propia, legitimidad probatoria, doble instancia, proscripción de tribunales especiales, entre otras) en protección del sujeto investigado y de las otras partes. Pero, como se verá la Revolución no fue su cuna ni su hábitat.

Previamente, autores como John Locke habían reclamado la existencia de derechos inalienables del individuo frente al poder; sin limitarse a los derechos de propiedad, sino incluyendo la libertad a la vida y la salud. En otras palabras, se exigía garantías frente al Estado. Áreas en las que este no pudiera incursionar y el individuo pudiera sentirse a salvo.¹[15]

Sin embargo, los más destacados garantistas habían surgido al otro lado del atlántico algunos años antes que los revolucionarios franceses. Eran los constituyentes estadounidenses. Estos hicieron esfuerzos denodados para asegurar la autonomía de los estados frente al poder central (Jefferson)¹[16] y de los ciudadanos contra los estados y el gobierno federal, estuvieran estos o no secundados por la mayoría de la ciudadanía (Madison)¹[17]. Sus fatigas fructificaron en la Constitución Federal y en algunas de las constituciones estatales; aunque tristemente la obra visionaria no siempre fue honrada y se generó una desafortunada tradición de inobservancia.

De los revolucionarios franceses se puede acotar lo mismo en cierto sentido. Si bien muchas de sus consignas garantistas fueron aprovechadas a partir de las meditaciones o experiencias ajenas, el compromiso con ellas no pasó de ser simbólico. Sin un propósito firme de respetarlo, más que cuando ello no causara peligro a los intereses que se recogían en la segunda clase de liberalismo ya abordada o al ejercicio del poder, cosa que en definitiva vaciaba ese liberalismo garantista de todo valor.

Basta hacer un breve repaso de la Declaración de Derechos de 1789 para percatarse de la deliberada transgresión.

El artículo primero establecía que los hombres nacían libres e iguales. A pesar de ello, y de que la libertad e igualdad estaban basados en “la razón universal”, en las colonias francesas se siguió practicando el esclavismo y, cuando en febrero de 1794 se propusieron subvertir las colonias españolas e inglesas extendiendo la emancipación a sus colonias, bajaron de algunos de sus barcos la bandera francesa e izaron la pirata, a fin de seguir comerciando esclavos.¹[18]

Luego, en lo tocante a la igualdad, el tema no amerita ulterior debate en vista de lo referido sobre las medidas económicas. El igualitarismo basado en la abstracción sólo beneficiaba a los más fuertes¹[19], y su mayor implicación inmediata fue que los protestantes y los judíos se convirtieran en ciudadanos de pleno derecho.¹[20] Cabe agregar que irónicamente sólo los propietarios tenían derecho de voto. Definitivamente, había unos que eran “más iguales” que los demás.

De seguido, el artículo 2 consignaba el derecho a resistir la opresión. Pero, esta solamente fue entendida como la pretérita, no la actual. Ese derecho, al igual que el hermoso derecho de hacer todo aquello que no perjudicara a tercero, fue humillado cada vez que se sospechó que la opresión era endilgada al gobierno revolucionario y no en exclusiva al Antiguo Régimen, o que hechos privados no concordaban con el espíritu revolucionario (recuérdese la cuestión religiosa).

Algo similar se puede decir de la libertad de expresión y publicación (artículo 10), que fue violentada cada vez que el tono de la expresión o publicación resultara incómodo al gobierno, incluso decretando penas de muerte por esos hechos.¹[21]

No otra suerte corrió, como en el acápite siguiente se verá, la garantía contra acusaciones y arrestos arbitrarios (artículo 7) o el principio de inocencia (artículo 9), lo cual no fue óbice para que se dictara el despojo de bienes de los simples sospechosos.¹[22]

De modo que las garantías dichas estaban política y socialmente circunscritas. Pretendían proteger los revolucionarios pro capital contra el poder real y aristocrático; no los ilusos revolucionarios populares contra el poder del capital asentado en el poder político estatal.¹[23]

Sin temor a equívocos, puede aseverarse que la Revolución Francesa no fue tan liberal como se la presenta. A lo sumo lo fue en lo que hoy se conoce como liberalismo económico. Difícilmente en el liberalismo político.

“Nada es más ajeno a las realidades de la Revolución que los poderosos mitos que la llevaron, la nutrieron y la excusaron”, concluye Solé.¹[24]

IV. El derecho y proceso penal construidos por la Revolución remontaron su origen al momento mismo de reunión de los Estados Generales (finales de 1788 – inicios de 1789), en el que en conjunto solicitaron la reforma a la política fiscal, la reforma de la justicia y legislación criminal, la garantía de la libertad individual y la libertad de prensa.

De las reformas judiciales instituidas en materia represiva, se declaró precisamente que el propósito era la salvaguarda de la libertad individual: se garantizaba la comparecencia ante el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes al arresto, el juicio público promovido por jurados acusadores y resuelto por jurados juzgadores, la asistencia letrada y la racionalidad y “evidente necesidad” de las penas. Para asegurar la observancia del procedimiento, se creó en 1790 un tribunal de casación nacional.¹[25]

Sin embargo, otro fue el resultado según se fueron desarrollando los hechos. A pesar de que muchas de ellas habían sido plasmadas en la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 o en las constituciones del 91 y del 93, en la medida en que la disidencia de los sectores conservadores o más moderados se hacía más patente, o las pretensiones populares más exigentes, las reivindicaciones referidas tomaron un giro de preocupante arbitrariedad y de abierta violación. Un brevísimo repaso impide cualquier duda.

Curiosamente la conocidísima y venerada Declaración de Derechos, fue emitida por una Asamblea que acababa de encontrar normal el colgamiento de campesinos sublevados, sentenciados por tribunales de excepción¹[26].

En septiembre de 1792, sacerdotes que no juraron la constitución civil, no sólo fueron expulsados del ejercicio de sus cargos religiosos, sino ejecutados por los guardianes de las prisiones en que habían sido reclusos por su omisión. Obviamente, sin que mediara sentencia ni racionalidad en la pena. El mes anterior la Asamblea había ordenado la disolución de las congregaciones existentes y las ceremonias o procesiones públicas.¹[27]

En octubre de ese mismo año, en confusión de poderes la Convención (nombre actual de la Asamblea), pasó de ser un parlamento a un tribunal, para juzgar a Luis XVI. La inviolabilidad del rey proclamada en la constitución, de poco valió. Es más, de acuerdo a Robespierre, el rey no era acusado, ni los diputados jueces; sólo había que dictar una medida de salud pública, “ejercer un acto para el bien nacional”, ordenando la eliminación física del preso Luis Capeto, como en efecto fue decidido.

Esa misma Convención decretó en marzo del 93 la creación de un tribunal de excepción, sin apelación ni casación, “...que sepa de toda acción contrarrevolucionaria, de todo atentado contra la libertad, la igualdad, la unidad...”, reservándose aquel cuerpo deliberativo el nombramiento de los jueces para el caso y la formulación de las acusaciones. Ese tribunal recibiría en París las denuncias de conspiración desde todos los puntos del país.

Como es perceptible, el respeto a la constitución, el honor a la oportunidad de defensa, la separación de poderes, el juez natural o la doble instancia no estaban dentro de los méritos de esa administración de justicia defensora de la libertad.

Ante la negativa de los diputados girondinos a tomar medidas radicales para la defensa, la Convención fue rodeada el 2 de junio de 1793 por hombres de la Guardia Nacional. Cuando aquellos intentaron salir sin haber votado favorablemente las propuestas, se dio el grito de “¡Artilleros, a sus baterías!”, lo cual los obligó a reingresar y, en una nueva votación, revertir sus voluntades, concediendo lo requerido. De todos modos, a la salida, violentando el fuero parlamentario, fueron arrestados veintinueve diputados del partido girondino por orden de sus compañeros de Convención.

En septiembre, fue aprobada la Ley de los Sospechosos, que daba una definición vastísima de quién podía serlo. Los comités revolucionarios serían los encargados de hacer las listas de ellos y hasta censurar su correo. En ella entrarían desde quienes fueran recelados de atesorar hasta los sacerdotes constitucionales que habían procedido a abandonar su sacerdocio eclesiástico con alguna demora.

“Los poderes legales de los tribunales revolucionarios no bastaron, naturalmente, para definir su actividad. Tenían como meta aterrorizar al enemigo y estuvieron al servicio de una justicia encargada de impresionar la opinión pública en favor del poder. Todas sus víctimas, célebres o no, estaban escogidas desde antes. Los magistrados, en su interpretación de las leyes de excepción, no se preocupaban mucho de las pruebas...el terror no fue una guerra de clases, sino una operación dirigida contra los individuos.”¹[28]

Luego, en octubre, se declaraba que el gobierno era “revolucionario hasta la paz”, dejando en suspenso la aplicación de la constitución de 1793. En el acto, se entregaban facultades casi plenas al Comité de Salud Pública sobre los ministros, generales o cuerpos constituidos y, por ende, se sobreponía el poder a la legitimidad jurídica e incluso electiva. Con ello se intentó de dar al terror ejercido visos de legalidad, por defecto procurado de normas que impidieran o reprimieran los actos realizados por los miembros del gobierno revolucionario, lo cual fue denominado eufemísticamente la legalidad revolucionaria.

En los últimos tres meses de ese año, olvidando una vez más lo injusto de la pena de muerte y la exclusiva represión de las acciones, el cuarenta y cinco por ciento (177) de los acusados en procesos estrictamente políticos fueron condenados a la pena capital. Sólo en París, por esos mismos pretendidos motivos las detenciones pasaron de 1.500 en agosto, a 2.398 en octubre, a 4.525 en diciembre.

Por otro lado, no puede decirse que los ahogamientos colectivos de sospechosos en el centro de Francia y en Lyon, ordenados por los comisionados del gobierno revolucionario fueran obra de terroristas incontrolados.¹[29] En el primer caso, el autor (Fouché) era diputado ante la

Convención; en el segundo (Collot d'Herbois), era miembro del Comité de Seguridad (¿!) Pública. "Quiénes son aquellos que todavía tienen lágrimas para verter sobre los cadáveres de los enemigos de la libertad, cuando el corazón de los patriotas está desgarrado?"¹[30], preguntó ante el cuestionamiento que se le hizo ante la Convención.

Sólo en Nantes, el comisionado Carrier permitió la ejecución sin juicio previo de 2.000 a 3.000 personas, entre diciembre y enero del 94.

Precisamente en ese último mes, el Comité de Salud Pública ordenó la evacuación de la zona de la Vendée, para combatir la contrarrevolución radicada en la zona, dando autorización para que sin más pudiera darse muerte a quienes allí permanecieran.¹[31]

El 3 de marzo de 1794, Saint-Just, quien previamente había conseguido la pena de muerte contra los ladrones, logró que se decretara por el Comité la requisición de los bienes de los sospechosos, porque "los enemigos de la Revolución (aunque simplemente estuvieran en la calidad de sospechosos, no sentenciados) no tienen ningún derecho en la República", introduciéndose una excepción indeterminada al derecho y a las garantías, al tiempo que se extendía el ámbito de afectación de quien fuera caprichosamente definido por el poder como "sospechoso". Ante esa calificación, la condición no era jurídicamente precaria; ya no tenía condición jurídica alguna, mas que la gracia o la misericordia (escasas en esos días). El sueño de unidad, exigía purgar los elementos que le resultaran opuestos o dificultantes.

Encima de todo, con motivo de la detención de algunos dirigentes revolucionarios en desacuerdo con los jacobinos dominantes en el Comité de Salud Pública, un decreto hizo que quienes "insultasen" la justicia nacional (ha de entenderse que el mero cuestionamiento o duda eran afrentosos), quedaran al margen de las discusiones judiciales. Todos fueron guillotinos el 5 de abril de 1794.

El 10 de junio de 1794, mediante ley se suprimió en definitiva la defensa de los acusados y hasta su interrogatorio. Las pruebas pasaron a ser de índole "moral". Todavía peor, digna de Drakon, la enumeración de quienes por ley se tenían como enemigos del pueblo pasibles de muerte, era infinita. "Quiénes hayan secundado los propósitos de los enemigos de Francia, persiguiendo o calumniando el patriotismo, quienes hubieran intentado acabar con la moral, depravar las costumbres, alterar la pureza y energía de los principios revolucionarios, todos aquellos que por cualquier medio a su alcance, de una u otra forma, hayan atentado contra la libertad, la unidad, la seguridad de la República o bien que haya intentado impedir que se consolide".

Lo más pasmoso, fue (acaso por una lóbrega economía procesal) la generalización de la práctica de la "amalgama", que hoy podría parecer absoluta e inobjetablemente descabellada, porque se permitía que los acusados por hechos diversos pudieran ser juzgados en conjunto y que todos tuvieran que responder solidariamente por los hechos atribuidos a los demás coimputados,

traídos a proceso por situaciones extrañas a las de los demás. La defensa, no sólo había sido suprimida, sino que era de plano imposible.

El número de sentencias de muerte dictadas por el tribunal revolucionario fue de 16.594 en año y medio. Pero ese número palidece ante los entre 20.000 y 25.000 más ejecutados sin ni siquiera un simulacro de juicio.^{1[32]} Hay quienes, no obstante, apuntan que fue 150.000 el número de víctimas mortales de la justicia revolucionaria,^{1[33]} a la que hoy algunos atribuyen erróneamente el legado de un derecho y proceso penal garantistas.

Paradójicamente, el 28 de julio de 1794, quienes terminaron sus días siendo víctimas del procedimiento revolucionario, fueron los dirigentes jacobinos mismos. Ese momento marcaría el detenimiento de la marcha revolucionaria y el inicio de la estabilización del poder político recién adquirido por la burguesía. Mas no por eso cesaría el terror, de inmediato los agentes del “terror blanco” tuvieron carta abierta para vengarse impunemente de sus antiguos verdugos, asesinándolos a su vez. Pero ese tema pertenece a páginas de otro ensayo.

V. Hay falsedades o verdades a medias que el transcurso del tiempo transforma en mitos. Sin embargo, para quienes no están conscientes de su origen, son tan ciertas como las que más. El origen de ese fenómeno puede hallarse en la mala memoria colectiva; o en que la deconstrucción y reconstrucción imaginaria, usualmente son desleales. En otras ocasiones puede deberse al avieso interés de presentar las cosas como conviene a algunos.

Quizá es este el caso del derecho penal garantista y su procedimiento, respecto a la Revolución Francesa. La apropiación que esta hizo de un patrimonio filosófico y cultural que no tuvo miramientos en enarbolar al tiempo que transgredía, ha llegado rodando aún a la época actual. Su energía, muy propia de las etapas que convulsionan la historia, fue tal que en apariencia atrajo gravitacionalmente las modificaciones que en el pensamiento y la normativa se produjeron con posterioridad a su desfallecimiento, induciendo a error en la apreciación a algunos estudiosos de hoy. Quizá debido a la simpatía que a todos motiva ver un régimen absolutista reducido a cenizas.

Pero queda en claro que la seguridad ahora tan preciada y las garantías tan loadas en el derecho y proceso penal, no son un legado de la Revolución Francesa, sino de las etapas que la precedieron y de las que la sucedieron. No de la Revolución en sí misma, que pretendió desentenderse de aquellas e inhibir el advenimiento de estas. Atinadamente apunta el maestro Antillón que “...los esfuerzos del pensamiento de la Ilustración rematarían en las reformas del período posterior a la Revolución Francesa...”^{1[34]}; no en esta.

Al discurrir sobre la Revolución, hablar de un protoderecho penal garantista y su procedimiento, es sólo una digresión literaria, desmentida por la cruel realidad. Si se quisiera replicar que los

atropellos arriba mencionados tuvieron lugar en una situación de guerra contrarrevolucionaria, se tendría que responder que las garantías proclamadas por los mismos revolucionarios no son un objeto de lujo, del cual se debe prescindir en época de crisis. Por el contrario, es justamente en estas situaciones cuando toman superlativo valor. Adicionalmente, sus víctimas en la aplastante mayoría fueron civiles (no sometidos al fuero militar) ajenos a las clases sociales combatidas y a los países que las guarecían. Lo cual no fue obstáculo para que la sola existencia de estos sirviera de pretexto para eliminar oponentes, actuales o potenciales, al régimen que proclamaba la libertad como estandarte.

A guisa de epílogo, las palabras de un romántico como Lamartine pueden ser proverbiales, porque si bien no se caracterizó por sus reflexiones desapasionadas sobre la Revolución, ello no le restó razón.

“La Revolución sólo había durado cinco años, que fueron para Francia cinco siglos... Se acusa y se absuelve; se llora y se maldice. Las personas son inocentes o culpables, interesantes u odiosas, víctimas o verdugos; pero la acción es grande, y los ideales se sobreponen a los instrumentos, como una causa honrada se sobrepone a los horrores del campo de batalla. Después de cinco años, la Revolución no es más que un inmenso cementerio... Las ideas se alimentan de sangre humana, ...(pero) no intentemos justificar el cadalso por la patria y las proscripciones por la libertad... La historia de la Revolución es gloriosa y triste como el día que sigue a la victoria y la víspera de otro combate.”^{1[35]}

Haciendo una disección de sus antecedentes genéticos, por simple comodidad expositiva, historiográficamente podría discutirse si el inicio de la Revolución debe cifrarse en los motines populares a favor de la oposición parlamentaria (junio de 1788); en la duplicación del Tercer Estado, concedida por Luis XVI (diciembre de ese año); en la solicitud de aquel de que se verificaran los poderes en común o en juramento del Juego de la Pelota, salón este en que se prometieron actuación solidaria (junio de 1789); o bien, cuando la Asamblea Nacional se proclamó constituyente o la toma de la Bastilla (julio de ese año); la abolición de los privilegios y, parcialmente, los derechos feudales, así como la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (agosto de 1789). O si tal vez fue el juramento de fidelidad del Rey a la Constitución (septiembre de 1791), la solicitud de que este fuera suspendido (julio de 1792); la abolición de la realeza (septiembre de 1792); el inicio del proceso contra el exrey (diciembre de ese año); su ejecución capital (enero de 1793); la nueva Declaración de Derechos y la Constitución de 1793. O acaso el ingreso de Robespierre y el ascenso de los jacobinos en el Comité de Salvación Pública (julio de 1793); o el inicio del Terror con la Ley de los Sospechosos (septiembre de 1793).

1[2] Ver “*Retórica*” (Mondadori Editore, Milán, 1996, p. 175)

1[3] Ver sus “*Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*” (“*Discorsi Sopra la Prima Deca di Tito Livio*”, Rizzoli Editore, Milán, 1999, p. 289).

1[4] Pero, respecto a la Revolución Francesa, ese fenómeno tuvo lugar desde los años inmediatamente posteriores. Recuérdese que David, el pintor revolucionario y luego napoleónico, sugirió a lo Ceausescu, incluir en su magna obra del Juramento del Juego de la Pelota la imagen de sujetos que no habían participado en el acto, cuya presencia se quería resaltar, y omitir otros de dudosa o reprobada ralea.

1[5] Otro ejemplo cotidiano se tiene en la mistificación casi ingenua de la democracia ateniense.

- 1[6] Recuérdese la inexorable relación establecida por Montesquieu entre las instituciones y las leyes respecto al ambiente físico y el clima.
- 1[7] TESTONI, Saffo. “*Diccionario de Política*”, Tomo I, voz “*Ilustración*”. Siglo XXI, México D.F., 1991, p. 779
- 1[8] El caso más ejemplificativo es el del enemigo de la ciencia y la modernidad, Jean Jacques Rousseau, cuya memoria fue utilizado por los más diversos partidos.
- 1[9] SOLÉ, Jacques. “*Historia y Mito de la Revolución Francesa*”. Siglo XXI, México D.F., 1989, p.p. 33-34
- 1[10] BECCARIA, Cesare. “*De los Delitos y de las Penas*”. Hyspamérica, Bs. As., 1984, p. 115
- 1[11] VOLTAIRE, Jean Marie Arouet, llamado. “*Comentario a ‘De los Delitos y de las Penas’*”. Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 168
- 1[12] SOBOUL, Albert. “*La Revolución Francesa*”. Tecnos, Madrid, 1983, p. 152
- 1[13] SOBOUL, “*La Revolución...*”, *op. cit.*, p 147
- 1[14] TIGAR, Michael. “*El Derecho y el Ascenso del Capitalismo*”. Siglo XXI, México D.F., 1981, p. 230
- 1[15] Autores antiguos como Aristóteles o Cicerón concebían que las limitaciones al poder estatal eran indispensables, por que un Estado que no está subordinado a la ley, sentenciaba Aristóteles en “*Política*” (Editores Mexicanos Unidos, México D.F., 1998, p.p. 59, 69 y 79) es una organización insana y perversa, por no responder al bien común que encarna la ley; mientras que para Cicerón, según dictaba en su “*Del Estado*” (“*Dello Stato*”, Mondadori Editore, Milán, 1994, p. 143), ni siquiera tenía tal característica por faltar un pueblo sujeto a reglas determinadas.
- 1[16] READ, James. “*Power Versus Liberty*”. University Press of Virginia, Richmond, 2000, p. 139
- 1[17] READ, *op. cit.*, p.p. 31 y 33
- 1[18] A modo de anécdota histórico, acota Alejo Carpentier en su brillante novela “*El Reino de este Mundo*”, que el barco más famoso de tráfico de esclavos en el Caribe tenía por paradójico nombre “*El Contrato Social*”.
- 1[19] SOBOUL, Albert. “*Acerca de la Revolución Francesa*”. Orbis, Barcelona, 1987, p. 61
- 1[20] VOVELLE, Michel. “*Introducción a la Historia de la Revolución Francesa*”. Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1990, p. 72
- 1[21] SOBOUL, “*La Revolución...*”, *op. cit.*, p.p. 280 y 281
- 1[22] SOBOUL, “*Acerca...*”, *op. cit.*, p. 97
- 1[23] Es elocuente el dato de que, de los condenados a muerte, sólo el 8.5% pertenecía a la nobleza; el 6.5% al clero; mientras que el 85%, a las “*clases revolucionarias*”, el Tercer Estado. SOBOUL, “*Acerca...*”, *op. cit.*, p. 93

- 1[24] SOLÉ, *op. cit.*, p. 331
- 1[25] SOBOUL, “*La Revolución...*”, *op. cit.*, p.p. 149-150
- 1[26] SOLÉ, *op. cit.*, p. 96
- 1[27] SOBOUL, “*La Revolución...*”, *op. cit.*, p.p. 197-198
- 1[28] SOLÉ, *op. cit.*, p.p. 205-206
- 1[29] VOVELLE, *op. cit.*, p. 51
- 1[30] SOBOUL, “*La Revolución...*”, *op. cit.*, p. 272
- 1[31] SOLÉ, *op. cit.*, p. 217
- 1[32] SOBOUL, “*La Revolución...*”, *op. cit.*, p. 288
- 1[33] SOLÉ, *op. cit.*, p. 225
- 1[34] ANTILLON, Wálter. “*Teoría del Proceso Jurisdiccional*”. Investigaciones Jurídicas, San José, 2001, p. 148
- 1[35] LAMARTINE, Alphonse de. “*Historia de la Revolución Francesa*”. Tomo II. Sopena, Barcelona, p.p. 866-867

Más ley, menos Derecho: Comentarios sobre la Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad

Lic. **Alexánder Rodríguez C.**
Profesor de la Universidad de Costa Rica
Letrado de la Sala de Casación Penal

SUMARIO: I. Introducción. II. Delitos sexuales reformados: 1. Violación. 2. Relaciones sexuales con personas menores de edad. 3. Relaciones sexuales remuneradas con menores. 4. Abusos sexuales. 5. Corrupción. 6. Proxenetismo. 7. Rufianería. 8. Trata de personas. 9. Fabricación o producción de pornografía. 10. Difusión de pornografía. III. Bibliografía

I.- Introducción

Mediante Ley No. 7.899, del 3 de agosto de 1.999, se reformó parcialmente el Título III, Secciones I y II del Código Penal. La modificación legislativa tenía como claro propósito proporcionar una solución política inmediata a denuncias, severas y crecientes, que alertaban sobre la explotación sexual de niños y mujeres en nuestro país. Aunque autoridades del más alto nivel minimizaron el fenómeno, la presión de ONG vinculadas con la protección de los derechos de las niñas, y las demandas de agrupaciones femeninas agrupadas en torno al Ministerio de la Condición de la Mujer, encontraron eco en el Congreso.

Fue aquí donde se operativizó con mayor vigor el “nuevo” postulado de “*Política Criminal*”, que dice algo así como “*oportunos en la prevención, fuertes en la represión e implacables en la ejecución*”. Por ello, no es de extrañar que se hubiera acudido a la utilización del Derecho Penal como panacea para enfrentar las vicisitudes que implicaban estas nuevas formas de criminalidad. De esta forma, la propuesta legal incorporó nuevas infracciones, redefinió algunos delitos y aumentó la penalidad de otros. El mensaje estaba dado: si con la ley no podía disuadirse a los infractores, entonces, con una perspectiva retribucionista, debería sancionárseles con mayor severidad.

No obstante, la nueva ley contiene mayores deficiencias que las que ha pretendido erradicar. Estos defectos van desde la inclusión de términos ambiguos, pasando por la desazón de

obviar conductas delictivas relevantes, y culminando en defectos sobre la proporcionalidad de la sanción cuando está legalmente prevista, pues según tendrá ocasión de verse, algunos tipos calificados no contenían una clara determinación del tipo de pena a imponer. Todo ello redundaba en una clara desprotección de los bienes jurídicos.

La nueva ley contiene mayores incongruencias, lagunas y arbitrariedades que las que ha pretendido evitar. Este es un caso que pone de manifiesto, nuevamente, que el Derecho Penal no es ni debe ser el instrumento para resolver la conflictividad social, pues es tan sólo un medio (el último, por cierto) para reconducir la reacción estatal. Y pone en evidencia, además, que los buenos propósitos pueden malograrse con una inadecuada técnica legislativa.

El presente comentario no pretende analizar exhaustivamente cada uno de los elementos objetivos y subjetivos de los diversos delitos, sino que pretende: (i) resaltar las innovaciones introducidas por la ley 7899, y (ii) la valorar críticamente la desprotección del bien tutelado.

II.- Delitos sexuales reformulados

1.- Violación.

Artículo 156.- Violación

Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima sea menor de doce años.
- 2) Cuando la víctima sea incapaz o se encuentre incapacitada para resistir.
- 3) Cuando se emplee la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos.

Esta norma registra importantes modificaciones: Respecto al *sujeto activo*, es decir, la persona que realiza la infracción, se abandona la discusión de si la mujer podía ser autora del delito, pues se partía que la esencia de la conducta era el "acceso carnal", que sólo podía ser realizado por la introducción del miembro viril en la vagina o en el ano. Ahora, el autor puede ser tanto un hombre como una mujer. Esto por dos razones: (i) la mujer puede *hacerse acceder* por un menor de doce años, o utilizando a un inimputable o acudiendo a la violencia física o psíquica;

pero también puede suceder que: (ii) la mujer introduzca objetos o dedos en la vagina de otra mujer o en el ano de otra persona.

El concepto tradicional de violación, según el cual se reprimía el ingreso -aún parcial o breve, pero en todo caso no consentido- del pene en la vagina o en el ano, se ha modificado. La conducta básica sigue siendo el acceso carnal, pues constituye la forma más frecuente en que se presenta el delito. No obstante, lo que otrora se consideraran como actos constitutivos de abusos deshonestos, ahora se califican como violación: tales son los supuestos de obligar a otro a realizar sexo oral^{1[1]}, y la introducción de objetos o dedos en la vagina o en el ano.

Problemática es la definición del término “objeto”. Las referencias científicas más próximas las encontramos en el sistema español. En ese país los autores han precisado que sólo puede ser considerado como objeto aquella cosa que represente y sustituya al pene en sus funciones invasivas y de penetración.^{1[2]} No entrarían en la acepción gases, líquidos, ni “cosas pequeñas” (botones, por ejemplo). Sí integran el concepto, la introducción de frutas, verduras, lapiceros, trozos de árbol o de escobas, clavos, y aún la penetración mediante el miembro de un animal.

La distinción que se realiza en el tipo entre “objeto” y “dedos” patentiza la intención de discernir entre cosas inanimadas e “instrumentos corpóreos”. Dentro de éstos últimos expresamente se alude a los dedos, dejando por fuera de la regulación introducir la lengua en la vagina, el ano o la boca. Tales acciones no quedan impunes, pues pueden perseguirse a través del delito de abusos sexuales (art. 161 CP). Esta última precisión es la adecuada a la exigencia de taxatividad, pues es prohibido interpretar análoga o extensivamente el tipo penal en contra del reo (arts. 1 y 2 CP), y aún desde el punto de vista de la proporcionalidad es coherente, pues aún cuando implican un serio vejamen, el contenido injusto de las acciones no es equiparable entre sí.^{1[3]}

2. Relaciones sexuales con personas menores de edad

Artículo 159.- Relaciones sexuales con personas menores de edad

Quien, aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince, aun con su consentimiento, será sancionado con pena de prisión de dos a seis años. Igual pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos. La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de doce años y menor de dieciocho, y el agente tenga respecto de ella la

condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador.

Esta norma modificó la definición tradicional de acceso carnal consentido con una persona con edad entre 12 y 15 años (“estupro”), que aludía directamente a una connotación de imposible acuerdo entre jueces y aún en la misma doctrina: “mujer honesta”. Durante la vigencia de esa norma, se llegó incluso a interpretar que no ostentaba tal calidad la fémina que aceptara fumar o ingerir bebidas alcohólicas, que tuviera una vida disoluta y que frecuentara salones de baile, o que acostumbrara cambiar de novio o acompañante. Es más se llegó a pensar que no lo era aquella que por su propia voluntad había decidido incursionar en la vida sexual, “perdiendo su virginidad”. Positivamente la reforma tutela la autodeterminación de la víctima que ve disminuida su posibilidad de negarse a la oferta sexual, pues en este caso el sujeto activo saca ventaja de su edad y experiencia, que lo hace estar en una posición privilegiada respecto de la víctima.

No obstante los beneficios apuntados, esta norma contiene un error que también se advierte en los delitos de proxenetismo y pornografía. Protegen a la víctima sólo si se trata de menor de edad, o se emplea respecto a ella violencia o engaño, pero no tutela -con un supuesto agravado- a quienes no poseen, total o parcialmente, temporal o permanentemente, la capacidad para comprender y decidir sobre el uso de su propia sexualidad. Los inimputables son los grandes ausentes de la reforma; salvo, evidentemente, que concurra alguna de las hipótesis legales, pero por sólo aquella condición no son protegidos. Incluso se puede acudir a un *razonamiento ad minus*: Si alguien se encuentra o es colocado en un estado psíquico tal que le impide reaccionar oportunamente ante una violación o un abuso sexual, se le protege por estar en una situación de alta vulnerabilidad que facilita la consumación de esos delitos. Si en esos casos se ha otorgado prevalencia a la situación de un inimputable, reprimiendo con penas severas a quienes ataquen su sexualidad, no se explica cómo no se reguló una tutela igual respecto a otras conductas punibles que son reprimidas con similar penalidad. Al menos en lo que concierne al proxenetismo el supuesto en estudio podría subsumirse en sus modalidades agravadas, siempre que se interprete que ha existido engaño, violencia, abuso de autoridad, o medien vínculos de parentesco o convivencia o confianza. De nuevo, como corresponde al ejercicio de la función judicial, debe acudirse a la interpretación sistemática de las normas, por más y que ésta tarea haya sido una de los obstáculos que infructuosamente se hayan querido superar. Sobre esto volveremos al comentar el delito de corrupción.

3. Relaciones sexuales remuneradas con menores

Artículo 160.- Relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad

Quien pague a una persona menor de edad de cualquier sexo o prometa pagarle o darle a cambio una

ventaja económica o de otra naturaleza, para que ejecute actos sexuales o eróticos, será sancionado:

1) Con pena de prisión de cuatro a diez años si la persona ofendida es menor de doce años.

2) Con pena de prisión de tres a ocho años, si la persona ofendida es mayor de doce años, pero menor de quince.

3) Con pena de prisión de dos a seis años, si la persona ofendida es mayor de quince años, pero menor de dieciocho.

Este es un tipo penal nuevo. Sanciona a quien pague o prometa pagar, mediante dinero u otra ventaja, a una persona menor de edad para que ejecute *actos sexuales o eróticos*. Nuevamente, se introducen términos amplios, de difícil delimitación. Para el caso son insuficientes las definiciones que ofrecen los diccionarios. Hay que acudir a datos de experiencia para saber qué es lo que se protege en la norma.- En primer lugar, el bien jurídico abarca la indemnidad sexual de quien se presume –en la ley- no puede consentir válidamente ejecutar actos sexuales (el menor de 12 años), y la autodeterminación sexual, es decir, la posibilidad de escoger libremente con quien y cuando se tienen encuentros sexuales (mayores de 12 años); y en ambos supuestos se regula además el sano desarrollo de la sexualidad, resguardando a los menores de la explotación de esa índole.

Para que se perfeccione el delito basta con que el sujeto ofrezca o pague, teniendo la finalidad de que el menor realice aquellos actos. No es necesario que efectivamente los realice. Si los ejecuta, simplemente se agota el delito que se ha consumado.

Por actos sexuales podrá entenderse el acercamiento corporal entre dos personas, bien sea manipulando sus zonas erógenas o en otras partes del cuerpo, cuando las circunstancias hagan indubitable la naturaleza sexual del acto, por ejemplo una fricción prolongada en una extremidad. Mientras que, por acto erótico, podría considerarse aquellos que tiendan a estimular o aumentar en otro el deseo sexual (por ejemplo, desnudarse, masturbarse, etc). Estos supuestos podrían estar en concurso ideal con el delito de corrupción.

4. Abusos sexuales (arts. 161 y 162)

Artículo 161.- Abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces

Quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la

obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años.

casos: La pena será de cuatro a diez años de prisión en los siguientes

1) Cuando la persona ofendida sea menor de doce años.

2) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.

3) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.

4) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

Artículo 162.- Abusos sexuales contra personas mayores de edad

Si los abusos descritos en el artículo anterior, se cometen contra una persona mayor de edad, (la pena será de dos a cuatro años de prisión.

La pena será de tres a seis años de prisión en los siguientes casos:

1) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.

2) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.

3) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

Desafortunada es la redacción del texto. En lugar de incluir la fórmula “actos con fines sexuales”, hubiera resultado más aproximada a la aspiración del legislador la frase “actos sexuales”, pues como se ha indicado, cuando el autor realiza el abuso generalmente no lo hace por el simple deseo de satisfacer sus pasiones sexuales, sino que en su conducta pueden influir otras motivaciones (odio, venganza, poder, etc).^{1[4]} Lo importante es que los actos objetivamente tengan esa connotación sexual, independientemente de cuál ha sido la finalidad con que el autor ha emprendido la acción. A los efectos de entender configurada la tipicidad subjetiva, basta con que el sujeto actúe voluntariamente conociendo los elementos objetivos del tipo.

Otro de los aspectos debatidos es la “vulnerabilidad”.^{1[5]} Vulnerable es tener la capacidad de ser herido, física o moralmente.^{1[6]} La vulnerabilidad es una situación de desventaja, que como tal debe ser aprovechada por sujeto activo, procurando mayor facilidad en la ejecución del ilícito. Se parte de que la víctima no puede manifestar su voluntad, oponiéndose a la iniciativa sexual de quien -sin su consentimiento- lo agrede. No obstante, el concepto debe restringirse aún más. El Código Penal Español contiene el supuesto de cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años. Como se ve, la vulnerabilidad viene definida por circunstancias desventajosas en las que se encuentra la víctima, de las cuales se prevalece el agente.

La inclusión del término, en lugar de aclarar el ámbito de aplicación de la norma, genera mayores dificultades interpretativas. Es cierto que la vulnerabilidad es un estado especial de indefensión en que se encuentra el sujeto pasivo, bien sea por su edad, sus limitaciones de comprensión (incapacidad para resistir) o por la violencia ejercida en su contra, o por privar en el caso algún tipo de filiación o autoridad que limite o niegue la reacción oportuna del afectado. Si tales circunstancias ya están previstas en los restantes supuestos que enuncia el artículo 161, resultaba ocioso incluir ese término, pues en realidad el sujeto que accede a otro mediando alguna de las condiciones enumeradas en los incisos del 1) al 4), se prevalece de una ventaja que ostenta con relación a la víctima. Si no se delimita la aplicación del supuesto a los casos referidos, puede arribarse a conclusiones absurdas, pues, tal y como se ha apuntado:

“... Creemos que toda persona en un determinado momento puede ser vulnerable, especialmente vulnerable; si el código se estuviere refiriendo a todos no habría establecido una cualificación agravatoria, de tal manera que al destacar el Código ese carácter personal viene a exigir un criterio restrictivo para su apreciación. Corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia concretar si el carácter de vulnerabilidad ha de ser duradero, que no permanente, o no; si ha de ser apreciado por el agente; o por el entorno de la víctima (familiar, profesional, social); y si tal carácter determina o no la conducta del agente y

sobre todo la de la víctima. En esencia la agravación por vulnerabilidad revela que el potencial autor va a encontrar menos resistencia, menor oposición, para la implicación de la víctima en el acto sexual pretendido...” 1[7]

Por último, se ha indicado que, con el fin de evitar acudir a exigencias del Derecho de Familia para estimar existente una unión de hecho, lo adecuado ha sido regular la expresión “...o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia...”. Esta referencia podría tener importancia para aquellos casos en los que no existe una unión de hecho, pero sí al menos debe existir una estabilidad o regularidad en la cohabitación, que es presupuesto para la vivencia en común. Con ello, se protegerán situaciones no tradicionales de convivencia, sin que sea indispensable la característica de exclusividad (por ejemplo, el caso del sujeto que viola a la hija de su amante).

Mención aparte merecen los problemas que ha suscitado la penalidad de los supuestos de agravación que contemplan los artículos 161 y 162. En el primer caso se indicaba que la pena sería de 4 a 10 años, y en el segundo se establecía la opción oscilante entre 3 a 6 años. No obstante, no se precisaba la naturaleza o tipo de la sanción, si era pena privativa de libertad o si era de multa, o de trabajos a favor de la comunidad. En un caso excepcional, obviando las limitaciones que impone la interpretación analógica de las penas, la Sala Tercera integró el segundo párrafo del artículo 161, pues consideró que se trataba de una agravante de una conducta básica contenida en el mismo texto y que si se reprimía con prisión, igualmente el supuesto calificado debía ser de la misma naturaleza.^{1[8]} Más adelante, con vista en un fallo del Tribunal Constitucional, la Sala de Casación rectificó su posición e indicó en un supuesto concreto, que por no poderse aplicar el numeral 161 párrafo segundo, debía optarse por la figura básica de abuso sexual.^{1[9]} Sin embargo, el error legislativo fue corregido mediante Ley No. 8.002 de 8 de junio de 2.000. El mismo defecto está en la regulación original del Código Penal, que recientemente se remitió en consulta facultativa de constitucionalidad.^{1[10]} Todo parece indicar que si el Tribunal Constitucional es consecuente con sus precedentes, que acostumbra a citar en asuntos de la misma especie, cabe esperar que se decrete la inconstitucionalidad de esta última norma, y sobrevenga un incremento de los procesos de revisión por existencia de una ley penal más favorable: el tipo básico de abusos deshonestos, según su redacción original (artículos 408 incisos e y f del Código Procesal Penal) .

5. Corrupción

Artículo 167.- Corrupción

Quien promueva la corrupción de una persona menor de edad o incapaz o la mantenga en ella, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. La misma pena se

impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, de tal índole.

Para los efectos de este artículo, se entiende por corrupción:

- 1) Ejecutar actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces.
- 2) Hacer ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces.
- 3) Hacer participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad o incapaces en presencia de otros.

Este artículo es el más novedoso. Se erige como reacción ante lo que se consideró un poder excesivo de interpretación de los jueces, respecto a términos tan vagos como “actos perversos, prematuros o excesivos”. Ciertamente, el tema ocupó durante años a la Sala de Casación, pero al fin, se había logrado consenso en la interpretación de esos elementos constitutivos del tipo. No es cierto que todavía se cuestionara en qué consistían tales actos, ni que existiera una anarquía generalizada, una impunidad o escasa respuesta judicial.

Al definir que debe entenderse por “corrupción”, el legislador ha logrado crear mayor impunidad que la que pretendía combatir. Esto se demuestra así: ¿Qué es lo que se protege a través del tipo penal?. El sano y normal desarrollo de la sexualidad. Los incisos 1 a 3 del art. 167 no definen la corrupción, sino que enlistan formas o modos excepcionales con los que puede corromperse a una persona. *Corromper* es ejecutar, hacer ejecutar, o hacer participar a una persona en un comportamiento de naturaleza sexual que sea idóneo para perjudicar el desarrollo de la personalidad del sujeto. ¿En la práctica, cómo puede afectarse ese objeto de protección?. De cualquier forma, pero la común consiste en realizar actos sobre el cuerpo del menor, en privado. Es lo que, con la ley derogada, se consideraba un concurso ideal heterogéneo entre corrupción y violación o abusos deshonestos. Ahora, la situación es diferente: sólo se comete el delito si se: 1) Ejecutan actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces. No dice el texto nada de realizar actos “sobre” o “a” menores de edad o incapaces. En este caso, el sujeto respondería únicamente por la violación o el abuso sexual, aún cuando fuera idóneo para poner en peligro el correcto desarrollo de la sexualidad. Es decir, aunque se afecte el bien jurídico, la conducta sería atípica de corrupción. 2) Hacen ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces. 3) Hacen participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad o incapaces en presencia de otros. Estos dos últimos son los

supuestos de antología. Se ha pretendido dar una definición acudiendo a situaciones excepcionales, pues la lógica y la experiencia, que son máximas del correcto entendimiento que deben informar la creación legislativa, indican que la mayoría de las corrupciones acontecen en ámbitos de intimidad (como no podría ser de otra forma para evitar la persecución penal) y ejecutando actos sobre el cuerpo de la víctima. Exigir la presencia de otros es un absurdo, pues los corruptores no actúan en cuadrilla, sino que por su perversión, realizan sus actos en privado, sin exhibiciones, espectáculos, alejados de la mirada de los demás.

Otra objeción al texto: al desconfiar de la interpretación judicial se imposibilita adecuar la reacción penal a las nuevas formas de criminalidad. La jurisprudencia evolutiva que permitiría tal práctica ha sido truncada por una definición legal, que es única en su especie en América Latina, ignorándose qué sucede en otras latitudes

6. Proxenetismo

Artículo 169.- Proxenetismo

Quien promueva la prostitución de personas de cualquier sexo o las induzca a ejercerla o las mantenga en ella o las reclute con ese propósito, será sancionado con la pena de prisión de dos a cinco años. La misma pena se impondrá a quien mantenga en servidumbre sexual a otra persona.

Las acciones típicas son la promoción, la inducción o el mantenimiento¹[11] de una persona en un estado de prostitución.¹[12] El texto equipara con la misma penalidad (prisión de dos a cinco años) la explotación sexual (proxenetismo) y la servidumbre sexual. Esto es incomprensible. La servidumbre sexual es una modalidad de esclavitud en la que se violenta además de la libertad de decisión sobre las relaciones sexuales, la libertad ambulatoria y el patrimonio. Este es un delito más grave que el proxenetismo, y por ello merecería un reproche y una sanción mayores. Véase que incluso la pena mínima es de dos años de prisión y, eventualmente, el sentenciado podría recibir el beneficio de ejecución condicional de la pena y evitar cumplir la sanción impuesta.

El texto no alude a los medios empleados en la comisión del ilícito. Debería distinguirse entre engaño y violencia, pues ésta es mayormente significativa, aunque en algunos casos las personas son inducidas a error y luego son mantenidas en la prostitución por alguna forma de violencia.

A pesar de que se ha indicado que "... con la reforma, se logra un tipo penal acorde con las conductas que caracterizan los grupos, organizaciones y personas que se dedican a esa actividad..."¹[13], ni en ese artículo, ni en el siguiente, se regula una agravante por haber sido cometido el delito por un grupo organizado de dos o más personas, que es un supuesto presente

en otros tipos penales, pues con la división de funciones se facilita la comisión del ilícito. Esto sucede, por ejemplo, en el robo agravado (arts. 213 inciso 3 en relación con el 209 inciso 7), en la violación agravada (art. 158), en materia de tráfico de drogas (art. 71 inciso inciso f de la Ley 7786).1[14]

7. Rufianería

Artículo 171.- Rufianería

Quien coactivamente se haga mantener, aunque sea en forma parcial, por una persona que ejerza la prostitución, explotando las ganancias provenientes de tal actividad, será sancionado con pena de prisión de dos a ocho años.

La pena será:

- 1) Prisión de cuatro a diez años, si la persona ofendida es menor de doce años.
- 2) Prisión de tres a nueve años, si la persona ofendida es mayor de doce años, pero menor de dieciocho.

La norma indica que el rufián debe hacerse mantener coactivamente, explotando las ganancias de la prostitución. No refiere el tipo la situación del padre o madre que simplemente tolera o consiente, que no se opone a la actividad de su hijo/a, o que incluso puede hasta facilitarla sin coacción evidente. No obstante, si se trata de un menor de edad (el prostituido), la pena se agrava, conforme a los incisos 1 y 2.1[15]

Pudo haberse regulado una agravante para el supuesto en que se exploten dos o más personas, pues esto revela un desprecio cualitativo de los bienes jurídicos protegidos, que son los mismos citados en el proxenetismo.

8. Trata de personas

Artículo 172.- Trata de personas

Quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país de personas de cualquier sexo, para que ejerzan la prostitución o para mantenerlas en servidumbre

sexual o laboral, será sancionado con pena de prisión de tres a seis años. La pena será prisión de cuatro a diez años, si media alguna de las circunstancias enumeradas en el proxenetismo agravado.

En este caso, el infractor promueve, facilita o favorece el ingreso o permanencia en el país de personas para que ejerzan la prostitución. No se regula la promoción, facilitación o favorecimiento para el traslado dentro del país¹[16] o la permanencia en el mismo.

Promueve el que por su propia iniciativa organiza o toma a su cargo la tarea de hacer entrar o salir del país al sujeto pasivo. *Facilita* el que presta una ayuda o colaboración en la obra de un tercero emprendida con esa finalidad. Es en este último caso en el que la doctrina entiende que la autoría de la facilitación desplaza los tipos de complicidad de la Parte General.¹[17]

Al menos en lo que atañe al tipo básico, es menos grave la acción del proxeneta que promueve la prostitución, que la de quien facilita el ingreso o salida de personas en los términos indicados. Esto es ilógico pues el proxeneta se encuentra en una posición inmediata de vulnerar el objeto de protección. De cualquier forma, podría pensarse que entre ambas figuras, en determinados supuestos, podría existir un concurso ideal.

De todas maneras, en éste y en los otros delitos comentados deberían agravar la pena cuando el autor es un funcionario público que realiza su conducta aprovechándose de sus funciones. Esto es así porque el funcionario tiene una mayor vinculación con la ley que el resto de los administrados y cabe esperar de él un respeto de igual intensidad de los derechos de los demás.

9. Fabricación o producción de pornografía

Artículo 173.- Fabricación o producción de pornografía

Quien fabrique o produzca material pornográfico, utilizando a personas menores de edad o su imagen, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años.

Será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años, quien comercie, transporte o ingrese en el país ese tipo de material con fines comerciales.

Como se ha dicho este numeral protege a los menores de edad. No ampara al enajenado mental o incapaz, salvo si además es menor de edad.

Entra en el concepto de producción, la reproducción de revistas, vídeos o discos compactos. En el caso podría haber un concurso ideal con una de las conductas reprimidas por la ley de Derechos de Autor.

Fabrica tanto el que por su propia cuenta origina o reproduce material pornográfico¹[18], como el que financia la producción o fabricación. Incluso, entran en el término acciones como escribir, filmar, retratar, dibujar, editar la voz o imagen de un menor.

Si bien es cierto no se reguló la exportación de ese material, la acción puede comprenderse incluida en el término transportar, que simplemente supone el desplazamiento de un sitio a otro.

Comerciar es comprar o vender. No se incluye ni la posesión ni la donación (que es gratuita) ni el intercambio (este puede ser una modalidad de comercio, pues el sujeto se economiza adquirir el material).

10. Difusión de pornografía

Artículo 174.- Difusión de pornografía

Quien comercie, difunda o exhiba material pornográfico a personas menores de edad o incapaces, será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años.

Ciertamente, no se reguló la posesión de pornografía, pues aquí entró en discusión el problema de si la tenencia era un acto que afectaba el bien jurídico o si era un acto que quedaba en el fuero de disposición del sujeto. Esta última fue la opción del legislador. Esto es comprensible y hasta justificable, conforme al art. 28 de la Constitución Política, pero bien pudo establecerse el supuesto de tenencia de material pornográfico para su comercio, difusión o exhibición.

III.- Bibliografía

AAVV: Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, Tomo I, Marcial Pons editor, Madrid, 1.996.

Breglia Arias, Omar y Gauna Omar: Código Penal y leyes complementarias, Astrea, Buenos Aires, 1.994

Creus, Carlos. Derecho penal Parte Especial, Astrea, Buenos Aires, 1.993

Gómez Mora, Lilliam: Temas de importancia en la investigación de los delitos sexuales contra personas menores de edad, Imprenta Judicial, San José, 2.000

Hernández Gallego, Pedro: Abusos sexuales, en Estudios sobre Derecho Penal. Parte Especial, Consejo General del Poder Judicial, España

Instituto Nacional de la Mujer. Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad. Comentada, Imprenta Nacional, 2.000.

Orts Berenguer, Enrique. Delitos contra la libertad sexual, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.995

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, decimonovena edición, Madrid, 1.970

Torres Hernández, María Elena: El Nuevo delito de corrupción de menores, en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-12.html

Serrano Gómez, Alfonso: Derecho Penal. Parte Especial, Dykinson, 1.999, Madrid

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México-Ilanud. Códigos Penales de los Países de América Latina, México, 2.000, versión CD.

Wilwood, Des: Sexual abuse of men and boys, en revista XY: men, sex, politics, traducido al castellano por Laura E. Asturias bajo el nombre "Abuso sexual de hombres y niños", en http://geocities/.com/HotSprings/Villa/3479/Abuso_sexual_hombres_ninos.html

1[1] Esto es, cuando el acto efectivamente consiste en introducir el pene en la boca. Pero cuando la acción consiste en obligar a otro a lamer el miembro viril, no hay acceso, sino un abuso sexual.

1[2] Se ha indicado que la amplitud del texto es tal que eventualmente permitiría incluir en el concepto de "**Objeto**" cualquier "cosa". Vid: Serrano Gómez, Alfonso: Derecho Penal. parte Especial, Dykinson, 1.999, Madrid, pág. 192. Por ello, debe acudir a un correctivo en la interpretación jurisprudencial: No basta con que se introduzca un objeto, éste debe ser susceptible de sustituir al pene. Hernández Gallego, Pedro: Abusos sexuales, en Estudios sobre Derecho Penal. Parte Especial, Consejo General del Poder Judicial, España, pág. 50. En el mismo sentido se pronuncia Orts Berenguer, cuando sostiene que: "... En cuanto al *objeto* a introducir

pese a la laxitud semántica que dicha voz connota, ha de prescindirse de lecturas que lo hagan equivalente a toda cosa corpórea, pues únicamente aquélla que responde al designio lujurioso del agente y sea susceptible de sustituir de alguna manera al órgano sexual del varón (...) Tendremos, pues, que objeto típico será toda cosa corpórea, material, inanimada, idónea, en principio, para reemplazar al pene en sus quehaceres sexuales...”. Orts Berenguer, Enrique. Delitos contra la libertad sexual, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.995, pág. 182

1[3] En España, el Tribunal Supremo ha dicho que la introducción de dedos en el ano de la víctima no pueden ser considerado como objeto (STS 314/94, del 14 de febrero). La Fiscalía General del Estado en su circular 2/1990 interpretó que por objetos habrá que entender cosas inanes, excluyendo penetraciones de órganos que forman parte de las relaciones sexuales socialmente aceptadas (penetración digital o lingual). Orts Berenguer, Enrique: Op. cit., pags. 182-183.

1[4] Debe tenerse en cuenta que “... El motivo del ataque sexual no es primordialmente el placer o la satisfacción sexual, indiferentemente de si la víctima es masculina o femenina, sino que tiene que ver con poder, control, dominación y humillación. El ataque es una forma de violencia en la cual el “sexo” es utilizado como arma contra la persona de quien se abusó...”. Wilwood, Des: Sexual abuse of men and boys, en revista XY: men, sex, politics, traducido al castellano por Laura E. Asturias bajo el nombre “Abuso sexual de hombres y niños”, en http://geocities.com/HotSprings/Villa/3479/Abuso_sexual_hombres_ninos.html

1[5] El tema ya ha sido objeto de crítica: “... De nuevo se trata de conceptos demasiado amplios, lo que conlleva otra vez una cierta dosis de inseguridad jurídica, teniendo el tribunal que valorar en cada caso. Habrá que pensar en personas desvalidas, con difícil situación económica, adicción a sustancias estupefacientes, padecer determinados problemas de personalidad, etc...”. Serrano Op. cit., pág. 193. En el mismo sentido, se ha indicado que: “... Otro supuesto que agravará la pena será “que la víctima sea persona especialmente vulnerable”. El Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto del 1994 señalaba que la excesiva amplitud del tipo delictivo contenido en el art. 182.2º podía conducir a una inseguridad jurídica difícilmente compatible con el principio de legalidad penal contenido en el art. 25 de la Constitución Española, considerando que el término vulnerabilidad es jurídicamente indeterminado, desconociéndose que tipo de actuaciones se pueden agravar ...” Hernández Gallego, Pedro: Op. cit., pág. 52

1[6] Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, décimonovena edición, Madrid, 1.970, pág. 1.355.

1[8] Así, explicó que: “... Ahora alega el accionante que debe aplicarse la redacción del artículo 161 del Código Penal que estuvo vigente entre agosto de 1999 y junio de 2000, pues en su párrafo segundo, que es el que contempla la agravante que se aplicó en esta causa, no se especifica que la pena de cuatro a doce años necesariamente consista en el internamiento carcelario. Sin embargo, ya esta Sala ha tenido la oportunidad de referirse expresamente al problema de la penalidad que se prevé en el segundo párrafo del artículo 161 del Código Penal, tal cual estuvo regulada en el período supra indicado: “ No es cierto, como lo afirma el impugnante, que la nueva legislación resulta más favorable a los intereses de su patrocinado. Véase que mientras el tipo base, de previo a la reforma, fijaba como extremo mínimo la pena de dos años de prisión el actual lo hace en el tanto de tres años de privación de libertad. De tal suerte, aún y cuando aceptáramos, de manera incorrecta, que los agravantes previstos en la nueva legislación no presentan una adecuada indicación de la clase de pena que debe imponerse, resultando por ello inaplicables, cierto es que el tipo penal en su forma más sencilla sí se encuentra debidamente estructurado con lo cual la sanción que se impondría al justiciable no sería inferior al tanto de tres años de cárcel. Considerando lo antes dicho, bien hace el Tribunal de mérito al señalar que la legislación aplicable en la especie es aquella vigente para la época en que se comete el delito. Punto aparte es considerar si, como lo alega el Lic. R. M, para los agravantes previstos en el artículo 161 del Código sustantivo existe pena privativa de libertad. Para esta Sala no existe duda al respecto. El numeral 161 recién reformado señala que “Quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya el delito de violación, será sancionado con **pena de prisión de tres a ocho años. La pena será de cuatro a diez años en los siguientes casos:** 1) Cuando la persona ofendida sea menor de doce años 2) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación. 3) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima. 4) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco” De tal suerte, es claro que la pena de cuatro a diez años será de prisión en el tanto las conductas allí descritas son formas agravadas de la figura básica. La redacción del numeral es diáfana y no da lugar a otras interpretaciones. Por todo lo antes expuesto, al no existir la indeterminación que reclama el defensor del encartado y siendo que el justiciable fue sancionado con la pena que resultaba más favorable a sus intereses, se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto.” (la negrilla es del original). Lo anterior se extrae literalmente de la resolución N° 2000-00684 de las 8:56 horas del 23 de junio de 2000. En el mismo sentido puede consultarse el fallo N° 2000-000685 de las 8:59 horas del 23 de junio de 2000, donde con mayor amplitud sobre el punto específico se dijo: “Si bien es cierto la Sala Constitucional

reiteradamente ha señalado que no resulta factible integrar mediante interpretación sistemática un tipo penal, cuando dicha norma omite considerar la naturaleza de la sanción a imponer – ver entre otros Voto 6706-99 de as 14:36 horas del 31 de agosto de 1999. Sala Constitucional – en la especie tales consideraciones no resultan aplicables, pues contrario a otros tipos penales, por ejemplo el numeral 97 de la Ley de Armas número 7530 del 23 de agosto de 1995, el artículo 161 del Código Penal, reformado por Ley 7899 del 3 de agosto de 1999, y que la recurrente cuestiona, sí contempla el tipo de sanción punitiva que debe imponerse a quien incurra en las conductas allí descritas. La mencionada disposición normativa, reprime con **pena de prisión** de tres a ocho años a quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, así misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación (párrafo primero). Posteriormente, para los casos de agravación de la figura penal, se indica que la **pena será de cuatro a diez años.** Dentro de una comprensión integrada de la norma, la naturaleza de la sanción punitiva contemplada en su párrafo primero (pena de prisión), sin que sea necesario recurrir a una interpretación sistemática para integrar el tipo penal, se extiende a los presupuestos de agravación de las conductas reprochadas, por cuanto se encuentra descrita en el mismo artículo de ley, sin que se advierta violación alguna al principio de tipicidad penal ni al debido proceso, de allí que el reclamo **es inatendible.**” (la negrilla y el subrayado son del original). Así planteadas las cosas, queda claro que el delito contemplado en el artículo 161 del Código Penal, se ve reprimido con la pena de prisión, la cual se extiende de la conducta base hacia sus agravantes, las cuales se contemplan en el segundo párrafo de ese numeral. Por ello, la no inclusión de la palabra “prisión” en el segundo párrafo de ese numeral no significa, como lo pretende la defensa, que el legislador no haya sancionado esa conducta con privación de libertad, toda vez que del texto completo de esa norma no queda duda alguna que el comportamiento base sí contempla esa pena y por ello se aplica a las circunstancias que señala como agravantes...”(Voto # 240-2.001, de las 9:20 horas del 2 de marzo del 2.001).

1[9] Cfr. Voto No. 554-2001, de 9:25 horas del 8 de junio del 2.001. Los pronunciamientos de la Sala Constitucional son los siguientes: No. 9.453-2.000, de 14:41 horas del 25 de octubre de 2.000 y No. 6.304-2.000, de 15:56 del 19 de julio de 2.000.

1[10] Mediante Voto No. 634-2.001, de 8:52 horas del 29 de junio del 2.001

1[11] Sólo con una interpretación, como no podía ser de otra forma, puede comprenderse que en la acción de mantener quedan abarcados los supuestos de facilitar la prostitución mediante la protección, arriendo de habitaciones o discreta publicidad. Sobre esto último, existen supuestos en la legislación comparada: El art. 312 del **CP Colombiano** establece: Estímulo a la prostitución de menores. El que destine, arriende, mantenga, administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, incurrirá en prisión de dos (2) a seis

(6) años y multa equivalente a multiplicar por una cantidad de cincuenta (50) a quinientos (500) el valor del salario mínimo legal mensual vigente.

El art. 302 del **Código penal cubano** establece que: 1. Incurrir en sanción de privación de libertad de cuatro a diez años, el que:

a) induzca a otro, o de cualquier modo coopere o promueva a que otro ejerza la prostitución o el comercio carnal;

b) directamente o mediante terceros, posea, dirija, administre, haga funcionar o financie de manera total o parcial un local, establecimiento o vivienda, o parte de ellos, en el que se ejerza la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal;

c) obtenga, de cualquier modo, beneficios del ejercicio de la prostitución por parte de otra persona, siempre que el hecho no constituya un delito de mayor gravedad.

2. La sanción es de privación de libertad de diez a veinte años cuando en los hechos a que se refiere el apartado anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) si el inculcado, por las funciones que desempeña, participa en actividades relacionadas, de cualquier modo, con la protección de la salud pública, el mantenimiento del orden público, la educación, el turismo, la dirección de la juventud o la lucha contra la prostitución u otras formas de comercio carnal;

b) si en la ejecución del hecho se emplea amenaza, chantaje, coacción o abuso de autoridad, siempre que la concurrencia de alguna de estas circunstancias no constituya un delito de mayor gravedad;

c) si la víctima del delito es un incapacitado que esté por cualquier motivo al cuidado del culpable.

3. La sanción es de veinte a treinta años de privación de libertad en los casos siguientes:

a) cuando el hecho consista en promover, organizar o incitar la entrada o salida del país de personas con la finalidad de que éstas ejerzan la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal;

b) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionada por el delito previsto en este artículo;

c) cuando el autor de los hechos previstos en los apartados anteriores los realiza habitualmente.

4. En los casos de comisión de los delitos previstos en este artículo puede imponerse, además, como sanción accesoria, la de confiscación de bienes.

5. Se considera comercio carnal, a los efectos de este artículo, toda acción de estímulo o explotación de las relaciones sexuales como actividad lucrativa. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México-Ilanud. Códigos Penales de los Países de América Latina, México, 2.000, versión CD.

1[12] “...Los conceptos de *inducir*, *promover*, *favorecer* o *facilitar* son genéricos, pues el Código no los define, estando todos ellos encaminados a cooperar o ayudar al ejercicio de la prostitución. Según el Diccionario de la Real Academia, *inducir* equivale a “instigar, persuadir”, *promover* a “iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro”; *favorecer* es “ayudar, amparar, socorrer”, y *facilitar* “hacer fácil o posible la ejecución de alguna cosa o la consecución de un fin, proporcionar o entregar”...” Serrano Gómez, Alfonso: Op. cit., pág. 213.

1[13] Instituto Nacional de las Mujeres, Op. cit., pág. 19

1[14] El Código penal español reprime como agravante el hecho de pertenecer a una organización, incluso transitoria, dedicada a tales actividades (art. 187 del CP).

1[15] Si se explota, sin coacción, a un mayor de edad, la conducta es atípica: "... Cuestión central del precepto (art. 452 bis c) y su aspecto más censurable es la irrelevancia que en él se otorga al consentimiento de la persona que ejerce la prostitución, pues si lo hace libremente y, libremente también, decide entregar la totalidad o una parte de sus ganancias a otra persona, no se ve porqué ésta ha de ser castigada, viva o no a costa de aquélla ..." Orts Berenguer, Enrique. Op. cit., pág. 311.

1[16] Esto sí se castiga en Ecuador, donde el CP, art. 528.5 dispone: Será sancionado con pena de dos a cuatro años el que promoviere o facilitare la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de personas para que ejerzan la prostitución.

1[17] Creus, Carlos. Derecho penal Parte Especial, Astrea, Buenos Aires, T.I., p. 237-239. En el mismo sentido: Breglia Arias sostiene que facilita el que presta colaboración o ayuda al promotor o al sujeto pasivo, con lo cual quedan desplazadas las formas ampliadas de adecuación (complicidad) de la parte general. Breglia Arias, Omar y Gauna Omar: Código Penal y leyes complementarias, Astrea, Buenos Aires, 1.994, p. 405.

1[18] El Tribunal Supremo español ha seguido la interpretación de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, según la cual para establecer si hay **material pornográfico** debe comprobarse que: a.- que el material tomado en su conjunto aparezca dominado por un interés libidinoso. b.- que sea potentemente ofensivo porque se desvíe de los standars contemporáneos de la comunidad relativos a la representación de materias sexuales. c.- que se halle totalmente desprovisto de valor social y que tomado en su conjunto carezca de un serio valor literario, artístico, científico, político. Orts Berenguer, Enrique: Op. cit., pág. 214.

La acción civil resarcitoria en el proceso abreviado

Rosaura Chinchilla Calderón

La incorporación del proceso abreviado en el Derecho Procesal Penal costarricense es, a mi juicio, el instituto más polémico de la totalidad de la reforma procesal en vigencia a partir de mil novecientos noventa y ocho, a pesar de la introducción concomitante de figuras novedosas como el criterio de oportunidad reglado, la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, la querrela pública, el papel reconocido al ofendido, etc.-

El proceso abreviado requiere que los sujetos principales de la acción penal (fiscal, defensor e imputado) estén de acuerdo en la aceptación de esa vía, en la calificación legal (pues, de lo contrario, se opondrían a su planteamiento), en la participación del imputado en los hechos atribuidos y en la pena a imponer. En síntesis, se necesita acuerdo entre dichos sujetos¹[1] o, lo que es lo mismo, ausencia de controversia sobre esos tópicos. Si ello es así...¿por qué un importante porcentaje de las casaciones que se han interpuesto entre 1998 y 1999 provienen de procesos en donde se aplicó el abreviado?¹[2]. ¿No será, acaso, que la aceptación de los hechos de la acusación por el imputado no es tan libre ni su consentimiento tan informado o exento de coacción en la realidad como pretendió hacerse ver en la teoría, evidenciándose la praxis como una dolorosa quiebra al principio de culpabilidad?.-

En una oportunidad anterior esboqué las dudas que poseo sobre el acople de dicho instituto con el debido proceso y "la necesaria demostración de culpabilidad" que exige el artículo 39 de la Constitución Política¹[3]. A pesar de que la Sala Constitucional estimó que no existía roce constitucional alguno, soslayó por completo el planteamiento principal de la consulta pues en ninguna parte del voto analizó si la confesión del imputado (y, en este caso, la aceptación de los hechos, que no es lo mismo¹[4]) podía considerarse suficiente a los efectos de cumplir con la "necesaria demostración de culpabilidad" que requirió el constituyente para la imposición de una sanción. En otras palabras, nada se dijo en esa resolución sobre qué debía entenderse por "demostrar" y quién tenía la carga de hacerlo y por qué era violatorio al principio del debido proceso fundamentar una sentencia condenatoria sobre la base única de la confesión (aún circunstanciada) con la legislación procesal derogada y dejó de serlo cuando la condenatoria se basa en una simple aceptación de hechos (sin que el encartado profundice en ellos) según la nueva normativa. Si los principios constitucionales son -por definición- supra-legales y no contingentes a las modificaciones normativas, ninguna explicación lógica o racional se ha esbozado para justificar ese cambio de criterio¹[5].-

Mi posición sobre el particular no ha variado; al contrario, el tratamiento de dicha figura en la praxis confirma mi tesis de que la introducción de este instituto marca un retroceso importante (y doloroso) en el desarrollo de nuestro sistema jurídico-penal [6]. La misma Sala Constitucional -en aras de la eficiencia del sistema- ha avalado no solo la posibilidad de fundamentar una sentencia condenatoria con base en la aceptación de los hechos del acusado sino que, además, ha referido que es violatorio al debido proceso exigir una confesión circunstanciada (lo que, *ipso facto* implica que el órgano jurisdiccional no pueda valorar la espontaneidad y credibilidad del dicho del encartado) y que tampoco se precisa que se le advierta al encartado de su derecho de abstención [7]. No obstante, dado que la jurisprudencia constitucional es vinculante (salvo para sí misma como lo indica el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) el instituto debe seguirse aplicando y es en su recepción práctica en donde se ha determinado un nuevo obstáculo por falta de regulación legal al respecto.-

Aunque el artículo 374 párrafo primero del Código Procesal Penal exige que, al existir querellante, éste deba estar de acuerdo con el abreviado (lo que podría llevar a la actora civil a constituirse en querellante con el fin de que su posición sea determinante en la aceptación del instituto) y jurisprudencialmente se ha indicado que debe escucharse al ofendido aunque su criterio no sea vinculante (voto N° 546-98 de la Sala Tercera ya citado), ha surgido toda una polémica sobre qué hacer cuando se ejerce la acción civil resarcitoria y las partes civiles (no constituídas en querellantes) no están de acuerdo con que el encartado se someta al abreviado ya que, normativamente, no se requiere la aquiescencia del actor o tercero demandado civil para la admisibilidad de ese proceso especial, siendo posible pensar casos en los que:

a)- el tercero demandado civil no esté de acuerdo con el abreviado (pudiendo resultar condenado solidariamente a pagar los daños y perjuicios por la aceptación de los hechos del imputado);

b)- la parte actora civil no esté de acuerdo con la aplicación del instituto pues el encartado acepta los hechos de la acusación pero no acepta la extensión del daño cobrado o no da garantía de resarcirlo.-

Así, si en un proceso se solicita la aplicación del abreviado y hay oposición de quienes ejercen la acción civil, cabrían cuatro posibles soluciones:

1.- que el juez rechace el proceso abreviado ante la oposición del actor civil. Aunque no es exactamente la posición de Daniel González, Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, él si se ha indicado que:

"...el Ministerio Público no debiera aceptar ningún proceso abreviado sino solo cuando se haya propuesto una indemnización incluso cuando no se haya planteado la acción civil resarcitoria. Esto es un asunto de política criminal que se le traslada al Ministerio Público (...) lo que se dijo es que el Ministerio Público se preocupe porque se indemnice a la víctima para llegar a una negociación, no que se prohíba el abreviado, al contrario (...) no he dicho que en todos los casos en que hay acción civil resarcitoria el Ministerio Público debe oponerse al proceso abreviado. Lo que el Ministerio Público debe hacer es preocuparse porque en esos supuestos la víctima sea indemnizada. Si el imputado está detenido y por esta razón se va a esperar un poco más, porque hay que indemnizar también a la víctima en relación al delito que él cometió, pues que siga detenido, ya que el proceso abreviado tiende a la aplicación de una pena, no a eximir al imputado de responsabilidad (...) Creo yo que es indispensable que el Ministerio Público vele por esos intereses, y no es que se prohíba el proceso abreviado cuando hay acción civil resarcitoria"1[8];

2.- que el juez acepte el abreviado y rechace la acción civil. Se invoca, para la aplicación de esta tesis, la solución por la que optó el legislador en materia de suspensión del proceso a prueba previsto por el artículo 25 párrafo sexto del Código Procesal Penal, a más de que:

"...el ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal es accesoria a la persecución penal, de forma que si ésta no se encuentra pendiente, no podría válidamente, ejercitarse aquella en el procedimiento penal (art. 40). El procedimiento no se abre a juicio, y por tanto, el actor civil no puede aspirar que se agote el juicio penal común tan sólo para discutir las consecuencias civiles del delito. Cuando se aplica el procedimiento abreviado, la persecución penal se extingue con el dictado de una sentencia. Por su propia naturaleza la acción civil no podrá deducirse en la vía penal, que se ha extinguido (...) Cuando el acusado admite su responsabilidad penal y discrepa de la civil, ésta debe acreditarse en otro procedimiento..."1[9].-

No obstante, con esta tesis se puede olvidar que cuando se solicita la aplicación del abreviado y el actor civil se opone, aún no ha concluido el proceso por lo que la negativa de la parte accionante civil es válida en la medida en que –aún siendo accesoria su pretensión a la penal- la penal no se ha finiquitado y él tiene la posibilidad de impedir que se haga por esa vía;

3.- que el juez acepte el abreviado y establezca la cesura para discutir las consecuencias civiles. Esta es la posición de Llobet cuando indica:

"...no solamente debe pronunciarse con respecto a la absolutoria o condena del imputado, sino también en lo relativo a la acción civil (Art. 361 inciso e) y 368 C.P.P.). Por otro lado el que no se resolviera sobre la acción civil en el procedimiento abreviado iría en contra del derecho al reclamo de la reparación civil que se establece en el Art. 41 de la Constitución Política. La forma ideal de resolver los asuntos relativos a la acción civil en el procedimiento abreviado es la realización del juicio en dos fases (cesura), el que puede ser solicitado por el imputado o las partes civiles (Arts. 323 y 359 C.P.P.). Por otro lado el Art. 375 C.P.P. permite que el tribunal que conoce del procedimiento abreviado convoque a una audiencia oral para oír a las partes cuando lo estime conveniente. Por ello si a pesar de la aceptación de los hechos por el imputado existe controversia sobre la procedencia de la acción civil sería conveniente la realización del procedimiento en dos fases"
1[10];

4.- que se haga condenatoria en abstracto sobre la acción civil resarcitoria y la parte actora civil vaya a ejecución de sentencia a discutir montos.-

La cuestión, en mi criterio, no es fácil de solucionar porque cada una de esas alternativas representa un gravamen difícil de reparar para alguna de las partes.-

Si se admite la posición **1.-** (rechazo del abreviado), por ejemplo, se supeditaría la posibilidad de abreviar al criterio de alguien que tiene una expectativa de derecho accesoria a lo penal, dándose una obstaculización de lo principal por lo accesorio. Considero que no es admisible esta posición por cuanto el imputado puede estar anuente a pagar varios extremos más no uno que la parte actora civil tase muy alto (por ejemplo, daño moral cuya estimación siempre es bastante caprichosa). Hay voluntad reparadora del imputado pero es entorpecida por el actor civil y eso haría que, por ejemplo, el encartado deba descontar efectivamente prisión si va a un

proceso ordinario y no obtener la posibilidad del beneficio de condena de ejecución condicional de la pena (si a la pena mínima se le rebajara un tercio en el caso del abreviado) o bien descontar una sanción más alta de la que pudo purgar de aceptarse el acuerdo.-

Evidentemente las normas del proceso abreviado se crearon en beneficio del imputado, es un estímulo para él, quien, sabiéndose responsable de los hechos que se le acusan, los acepta y a cambio de su contribución a la celeridad del sistema producida con dicha aceptación (que muestra el primer paso del arrepentimiento y que el fin resocializador o preventivo especial que apareja la pena se cumplirá en el caso concreto) se le disminuye la sanción prevista por el Ordenamiento Jurídico.-

Por ende, estimo que ésta no es la forma óptima de abordar la cuestión.-

Tampoco pienso que el otro extremo [2.-] de considerar, simplemente, que por ser accesoria la acción civil y estar resuelta la "pretensión" principal penal (sobre lo que hay acuerdo) debe remitirse a las partes a la vía civil, sea la solución prudente ya que -en el estado actual de la legislación procesal civil- sería condenar a una parte que ha actuado diligentemente y eligió una vía (sin que incurriera en errores formales o temporales en la interposición de su reclamo indemnizatorio que impliquen el rechazo de éste), a discutir la cuestión resarcitoria por varios años y con varias instancias. Si a lo anterior se le suma el que ni la legislación procesal civil ni la procesal penal indican nada sobre los efectos que la interposición de la acción civil posteriormente rechazada tuvieran sobre la prescripción de la acción civil (cuyo plazo es igual al de la acción penal que, en la actualidad, son bastante cortos en virtud de la reducción a la mitad una vez que ha iniciado el procedimiento y el encartado ha sido indagado: artículos 33 del Código Procesal Penal; 871 del Código Civil y voto N° 5029-93 de la Sala Constitucional que declaró no inconstitucional esta última norma) se concluye que en una investigación penal que dure varios años luego de los cuales se le obligara a la parte civil a ir a la vía ordinaria por haberse aceptado (en contra de sus intereses) un proceso abreviado, podría sostenerse la tesis que no se ha interrumpido o suspendido la prescripción del reclamo civil por equipararse los efectos de ese rechazo a los generados con la deserción o el desistimiento (artículos 206 y 217 del Código Procesal Civil y 118 del Código Procesal Penal). Si bien los artículos 202 inciso 2 y 203 del Código Procesal Civil establecen la prejudicialidad penal respecto al proceso civil, ello opera cuando el proceso civil se ha iniciado y pende uno penal y no cuando el proceso penal se inició –sin interponerse la demanda civil- y culminó y luego de esto se interpone el reclamo civil. Con lo expuesto se evidencia la injusticia que conllevaría aplicar irrestrictamente esta tesis.-

Por otra parte, no es aplicable a esta materia lo dispuesto para la suspensión del proceso a prueba porque, en primer término, el artículo 25 párrafo sexto del Código Procesal

Penal no establece, como se interpreta, que deba rechazarse la acción civil resarcitoria cuando el actor civil no está de acuerdo y se solicita la suspensión del procedimiento a prueba, sino que –simplemente- establece la posibilidad del actor civil de acudir a esa vía si sus pretensiones resarcitorias no fueron enteramente satisfechas. En segundo lugar, en materia de suspensión del procedimiento a prueba debe existir un plan de reparación del daño causado por el delito que puede ser de tres tipos: a)- conciliatorio con la víctima; b)- de reparación natural; c)- de reparación simbólica. Hay una voluntad del encartado de reparar las consecuencias de su accionar ilícito y solo si esa reparación inicial no deja satisfecha a la víctima (lo que sucedería solo en las hipótesis b y c antes mencionadas) puede ella acudir a los tribunales civiles. Esa reparación no existe en materia del procedimiento abreviado por lo que no puede aplicarse, por analogía, la misma solución. Por supuesto que sí sería procedente adoptar esta posición si el imputado, además de cumplir con los requisitos propios del abreviado, efectúa manifestaciones o actos importantes tendientes a la reparación de los daños y perjuicios pero que no satisfacen las expectativas del actor civil pues en tal caso, estimo que el simple capricho de una parte no puede dar al traste a una solución beneficiosa para el encausado que, además, se preocupa por reparar los daños y perjuicios causados.-

Ahora bien la posición de la cesura [3.-] ha sido rechazada enfáticamente por el Magistrado González Álvarez al decir:

"...el procedimiento abreviado no puede ser compatible con la cesura del proceso, pues la misma está prevista básicamente para el proceso ordinario, no para el procedimiento especial. Si bien es cierto se aplican supletoriamente las reglas a los diferentes procesos especiales, debe ser en cuanto sea aplicable conforme a su naturaleza, pero es indiscutible que la cesura del proceso en estas circunstancias es totalmente incongruente (...) La solución al problema está en no utilizar la cesura del procedimiento ordinario, porque este último es incompatible con la naturaleza del procedimiento abreviado..."[11].-

El artículo 372 del Código Procesal Penal hace aplicables a los procesos especiales (y el abreviado lo es por ubicarse en el Libro II de la Segunda Parte de dicho Código que es en donde se regulan tales procedimientos) las normas del procedimiento ordinario (dentro de las que se encuentra la cesura ya que los artículos 323 y 359 del Código Procesal Penal que la regulan se ubican en el Libro I de la Segunda Parte del Código) siempre y cuando no haya regla específica (que no la hay según lo comentado) y no exista incompatibilidad.-

Aunque GONZÁEZ ALVAREZ señala que existe esa incompatibilidad, no he logrado comprender en qué puede radicar la misma pues el hecho generador de la responsabilidad civil (el hecho ilícito dañoso) y aún el nexo causal quedan cubiertos por la aceptación de hechos de

la acusación que realiza el encartado (quien debe ser informado ampliamente por su defensor de ello), quedando pendiente determinar los tipos de daños que ese hecho ocasionó y el *quantum* a que ascienden, que es exactamente lo mismo que se determina cuando una sentencia es anulada en lo que se refiere a la condena civil, en cuyo caso legalmente si es posible realizar el juicio de reenvío exclusivo sobre las consecuencias civiles (artículo 359 párrafo cuarto del Código Procesal Penal).-

Podría pensarse que la incompatibilidad radica en que en un proceso especial en donde no opera el contradictorio se introduce dicho principio respecto a los extremos civiles. Empero, ninguna discrepancia existiría si se piensa que el objetivo del proceso abreviado es, por una parte, acelerar la tramitación del proceso penal, eliminando la realización del debate y, como efecto de ello, limitando (eventualmente y según la etapa del proceso en que se plantee la solicitud) la investigación ante la conformidad del encartado, nada de lo cual se elimina o minimiza con la posibilidad mencionada. Ahora bien, la única inconciliabilidad posible es pensar que el proceso abreviado se fundamenta sobre la base de una "verdad ficticia" que se daría al traste o se evidenciaría con la "verdad real" derivada de la evacuación y valoración de la prueba ofrecida por las partes civiles.-

No obstante, creo que todos estaremos de acuerdo en que una "verdad consensual ficticia", esto es, divorciada del hecho histórico acaecido, no es lo que se pretendió al implantar en nuestro sistema legislativo el proceso que nos ocupa por lo cual, proceso abreviado y cesura no son discordantes.-

Entonces, si el imputado acepta los hechos de la acusación pero no está de acuerdo en el tipo de daños o el monto que liquida el actor civil (estén o no de acuerdo las partes pero máxime si sí lo están porque sobre el particular existiría una especie de "conciliación" en cuanto a la vía procesal para la discusión de esos extremos) nada obsta para que, en la audiencia en la que se planteó el proceso abreviado las partes civiles soliciten la cesura y el juez de la etapa intermedia la acepte remitiéndolas al Tribunal quien, conforme lo dispone el artículo 359 del Código Procesal Penal, emitirá una primera parte de la sentencia pronunciándose sobre la admisibilidad del abreviado y, de ser el caso (pues hemos insistido en que no necesariamente la sentencia debe ser condenatoria), condenando al encartado, a lo cual añadirá el señalamiento para discutir las consecuencias civiles conforme lo posibilita el artículo 375 párrafo primero del Código Procesal Penal. En esa audiencia se evacuaría toda la prueba correspondiente únicamente a los extremos civiles (los daños causados y el monto a que ascienden) con respeto a los principios de inmediación, oralidad, contradictorio y defensa para todas las partes. Se daría oportunidad de que las partes formulen sus conclusiones y luego el juez de juicio emitiría la sentencia correspondiente a la pena del abreviado (con los límites marcados por la normativa correspondiente) y a la reparación civil, con posibilidad de que las partes recurran en Casación de lo resuelto. Otra posibilidad es que se reciba prueba solo sobre

los daños y perjuicios causados pero no de su monto económico y se haga la condenatoria en abstracto para que las partes acudan a la vía civil de ejecución de sentencia.-

Realmente no percibo incompatibilidad alguna en ese sentido y es la opción que satisface las pretensiones de todas las partes ya que el imputado no se ve perjudicado por la oposición –tal vez intransigente- del actor civil, a éste no se le sanciona sin causa alguna puesta por él y se emite una sentencia con carácter y eficacia de cosa juzgada material en la que se hace pronunciamiento sobre las consecuencias civiles derivadas del delito.-

Sin embargo, la solución idónea antes mencionada parece quebrarse cuando hay un tercero demandado civil pues allí sí se le causaría un perjuicio a ese demandado el aceptarse el abreviado pese a su oposición ya que al aceptar los hechos el acusado y tener ese tercero interés en rebatirlos (son los hechos ilícitos los que generan su obligación de resarcir) ninguna defensa podrá tener.-

Sobre el particular se han pronunciado la doctrina y jurisprudencia nacionales al establecer:

–"Problemático es si se requiere que para la procedencia del procedimiento abreviado esté anuente no solamente el imputado, el Ministerio Público y el querellante, sino también el tercero demandado civil. Nótese que el mismo tiene derecho a discutir no solamente su responsabilidad civil por el ligamen con el imputado, sino además si el imputado cometió o no el hecho acusado, resultando que si en la sentencia producto del procedimiento abreviado se tienen por probados los hechos acusados por el Ministerio Público, no se le daría al tercero demandado civil el derecho de combatir la comisión de los hechos acusados por el imputado (sic). Se le dejaría por ello en un estado de indefensión (Art. 12 párrafo 1) C.P.P.). Se agrega a ello que el Art. 124 C.P.P. le concede la (sic) tercero demandado civil todas las facultades concedidas al imputado para su defensa. Por ello debe estimarse que para que proceda el procedimiento abreviado se necesita además la anuencia del tercero demandado civil" 1[12];

–"...si bien el señor Juez realiza una audiencia para decidir las cuestiones civiles, es lo cierto que en la misma ya está fijada la base fáctica en cuanto a la responsabilidad de los acusados, por la aceptación que han hecho ambos imputados de los hechos de la acusación; se da la palabra a las víctimas y se condena a los demandados terceros civiles, sin darse la oportunidad de ser oídos en juicio; se viola consecuentemente el principio de igualdad de las partes en el proceso y el derecho de defensa, porque no se les pide su

anuencia para la aplicación de la medida alternativa (sic) del Proceso Abreviado que, suprime la celebración del juicio oral y con ello la posibilidad del contradictorio a que por ley tienen derecho (...) el nuevo Proceso Penal contempla instituciones, como medidas alternativas para la resolución de los conflictos penales, como una forma de agilizar la Administración de Justicia Penal, en los que parece suprimir la verdad material por una verdad consensual, que atañe sólo a los aspectos penales del proceso y se deja de lado el interés de las partes civiles y su derecho de acreditar el hecho o desacreditarlo. Es claro que el Tercero Demandado Civil, que es llamado al Proceso Penal, en virtud de la acción realizada por otro, tiene el derecho y las facultades que le competen al imputado, conforme lo dispone el numeral 124 del Código Procesal Penal, de donde tiene que ser oído en cuanto a prestar su anuencia con la aplicación del Procedimiento Abreviado, porque le asiste el derecho a alegar y probar todo lo relacionado con la existencia del hecho, el carácter delictivo de éste, la participación del imputado, su vinculación con éste, la procedencia de la indemnización o su disminución; el dejarle sin esa posibilidad y condenar en forma solidaria al pago de la Acción Civil Resarcitoria, como en el caso bajo examen, lesiona el Debido Proceso; concretamente el Derecho de Defensa..."1[13].-

Por eso considero que no es de recibo la posición de GATGENS y RODRÍGUEZ cuando dicen que:

"Para accionar en contra de coimputados no conformes o contra terceros civilmente responsables el ofendido debe acudir al procedimiento civil, y será en éste en donde los demandados podrán contradecir la existencia de la obligación indemnizatoria (por ejemplo por la relación de causalidad o el vínculo entre imputado y civilmente responsable que excluya aquella responsabilidad), o bien cuestionar la prueba aducida para su acreditación, y en último caso, oponerse a la extensión de los montos pretendidos"129[14]

ya que el artículo 164 del Código Procesal Civil establece que las sentencias penales producen cosa juzgada material en lo civil cuando determinan si la persona a quien se le imputan hechos delictivos es autor de ellos. Si se aceptara el abreviado respecto a un demandado civil y se remitiera a las partes a discutir, en la vía civil, la responsabilidad de otros co-demandados o terceros civilmente responsables, éstos –simplemente- quedarían en estado absoluto de indefensión pues no podrían en la vía civil –en virtud del carácter de cosa juzgada material- discutir sobre el hecho originador de su responsabilidad civil (si el hecho existió, si lo cometió el imputado, etc.).-

No obstante lo anterior, debe tenerse claro que si el tercero demandado civil está de acuerdo con el abreviado (en cuanto a la aceptación de los hechos por el imputado) pero solo discrepa de los daños causados y su monto, puede usarse la vía indicada de la cesura pues ninguna lesión se le estaría produciendo a su derecho de defensa. También puede aceptarse el proceso abreviado si hay tercero civil demandado que no se apersonó a los autos pese a la debida notificación que se le hiciera pues así lo posibilitan los artículos 120 del Código Procesal Penal y 310 y 311 del Código Procesal Civil, siempre y cuando se le nombre defensor público e –integrando lo que rige en la materia civil- se ordene notificarle la sentencia respectiva personalmente o por edictos (artículos 2 inciso 4) y 7 de la Ley de notificaciones, citaciones y otras comunicaciones judiciales).-

Ahora bien, esa vulneración al derecho de defensa parece que no se configura si, aparte de la aceptación de los hechos por el imputado, existe otra prueba que sea legítimamente analizable en la sentencia respectiva y en la que el tercero demandado civil haya tenido oportunidad de participar o de combatir y de la que se derive su responsabilidad civil aunque, sobre la admisibilidad de prueba adicional a la aceptación de los hechos por el imputado en materia del abreviado, la Sala Constitucional ha sido contradictoria al indicar:

–"...el dicho del encausado debe estar corroborado por otros elementos de convicción –peritajes, testigos, documentos- que lo hacen creíble al criterio del juez, los que debe ser analizados en su conjunto al momento de fundamentar el fallo condenatorio...";

*–"El procedimiento abreviado parte de la base de un acuerdo entre las partes acerca de los hechos, de modo que sólo en aquellos casos en que sea **absolutamente indispensable** incorporar material probatorio adicional, deberá hacerse"130[15] (el destacado no es del original).-*

Por todo lo anterior se hace necesario, ahora que se elabora el Código General del Proceso, conciliar la legislación procesal civil y procesal penal en estos aspectos, aunque –de promulgarse dicha normativa- parece que el principal inconveniente que se ha esbozado aquí para la segunda posición (excesiva duración del proceso civil si se rechaza la acción civil al aceptarse el abreviado) quedaría superado con la introducción de institutos como la celeridad y la oralidad en el moderno proceso civil por audiencias que se plantea.-

En síntesis, y hecha la excepción mencionada del tercero demandado civil que se opone al abreviado por discutir la responsabilidad del acusado, me parece que la mejor solución para todas las partes es la mencionada de recurrir a la cesura pues no se le causa perjuicio a ninguna de ellas.-

Por último, los que sostienen la tesis de la condenatoria en abstracto (4.-) -que también tiene la ventaja de no perjudicar al imputado negándole el abreviado ni de perjudicar a las partes civiles sometiéndolas a un largo proceso ordinario o abreviado civil- olvidan que para que proceda es necesario tener por acreditado que existieron daños y perjuicios (así lo exige el artículo 368 párrafo segundo del Código Procesal Penal), aunque no se precise el monto y es, justamente, lo primero lo que suele carecer de prueba en el abreviado (puede no saberse si hubo daño moral con la sola aceptación de los hechos por el encartado, por ejemplo).-

Es cierto que no existiría ningún inconveniente (al menos para el juez) si el Ministerio Público se niega a aceptar abreviados cuando las pretensiones civiles no esten satisfechas pero no debe perderse de vista que el Código Procesal Penal, en su artículo 7, establece como uno de sus principios fundamentales la solución del conflicto por lo que si las partes civiles y penales están de acuerdo en producir prueba en la cesura para acreditar los daños y perjuicios y que sea el juez quien los determine, considero que no hay ningún gravamen irreparable y se constituye ésta como la vía más rápida, económica y óptima tendiente a cumplir aquel objetivo programático de solucionar el conflicto subyacente en la relación entre las partes. Antes bien, establecer lo contrario sería hacer predominar lo formal sobre lo sustancial, tendencia contra la que mucho se ha luchado en la jurisprudencia nacional.-

Por lo expuesto, creo que la directriz girada por el Ministerio Público en ese sentido debe replantearse y que en la problemática referida el legislador -en momentos en que se menciona una reforma de "ajuste" a esta nueva normativa procesal penal- debe tener en cuenta (además de las críticas sobre la concordancia del instituto con nuestro sistema jurídico democrático y de los aportes originados en su aplicación práctica) todos los intereses en juego para efectuar una regulación satisfactoria para los distintos sujetos procesales intervinientes.-

En el Proyecto del Código Procesal Penal publicado en el Alcance N° 12 a La Gaceta N° 36 del 20 de febrero de 1996, el artículo 405 inciso 2 que regulaba el tema del proceso abreviado (posteriormente su numeración cambió) exigía la conformidad de la víctima para que se aceptara esta vía, lo que fue suprimido en el trámite posterior.-

Por ello, no es aplicable lo indicado por SAÉNZ ELIZONDO (María Antonieta). "El procedimiento abreviado". En: AAVV. Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Imprenta y

Litografía Mundo Gráfico, San José, 1ª edición, 1996, p. 826 pues se refiere al comentario del proyecto que no fue aprobado en esos términos.-

131[2]. No tengo estadísticas sobre el particular, estudio que sería importante emprender para determinar cuántos procesos abreviados se han admitido, cuántas sentencias de éste tipo se recurren y cuántos de ellos son anulados por Casación, pero si observo –en el trabajo cotidiano- que se da este fenómeno.-

132[3]. Ver.: Chinchilla Calderón, Rosaura. "Proceso penal abreviado y derecho de la Constitución". En: Revista de Ciencias Penales N°14, año 9, diciembre de 1997, pp. 97-104 y consulta judicial de constitucionalidad tramitada en expediente 98-002825-007-CO-M resuelta mediante voto N° 2825-98 de las quince horas con veintisiete minutos del ocho de julio de 1998.-

Las dudas que entonces expresé se refieren a la aplicación de la totalidad del proceso abreviado sin que, personalmente, manifestara tolerancia alguna a que la figura se aplicara cuando se trataba de penas leves como se interpretó por LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. "Procedimiento abreviado, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar". En: AAVV. Nuevo proceso penal y Constitución. Investigaciones Jurídicas S.A., 1ª. Edición, San José, julio de 1998, p. 177. Intenté indicar, en esa ocasión, que si la Sala Constitucional era consecuente con sus anteriores pronunciamientos, iba a declarar la inconstitucionalidad del abreviado salvo que se tratara de penas no privativas de libertad, pues esa era la posición que – hasta antes de 1998- había asumido (ver votos N° 991-90, N° 498-97, N° 1331-90 y N° 4027-92).-

133[4]. Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Op. Cit. p. 170.-

134[5]. El Magistrado Presidente de la Sala Constitucional, Lic. Rodolfo Piza Escalante ha manifestado, en diversos medios periodísticos, la necesidad de que los Magistrados de la Sala Constitucional dediquen más tiempo a uniformar los pronunciamientos de ese órgano, dado su

carácter vinculante que se extiende no solo a la parte dispositiva sino también a la considerativa (voto N° 7062-95 de esa Sala) y con independencia del tipo de asunto que se discuta (amparo, hábeas corpus, consulta o acción de inconstitucionalidad según lo establece el voto N° 927-94 de dicha Sala). Por ello está en discusión en la Asamblea Legislativa un Proyecto para modificar la Ley de la Jurisdicción Constitucional y crear Tribunales Constitucionales encargados de resolver las materias de hábeas corpus y amparo en primera instancia. Ese parece ser el paso siguiente y necesario en nuestra jurisdicción constitucional pues si se analiza la jurisprudencia de la Sala es posible encontrar una serie de pronunciamientos contradictorios sobre muchos tópicos y que se emiten en períodos temporales muy cortos. Por ejemplo, la Sala Constitucional ha venido dando tumbos –dicho con todo respeto- en lo referente a la prescripción de la acción penal: en un primer momento se indica que, en esta materia, debe aplicarse la norma más favorable para el encartado (voto N° 2346-98), luego se modifica ese precedente y se indica que debe estarse a lo dispuesto en los transitorios del Código Procesal Penal que no son inconstitucionales (voto N° 4397-99) y se llega a dar una interpretación, a mi juicio, errónea, sobre la interrupción de la prescripción y la reducción de plazos al indagarse al encartado (artículo 33 del Código Procesal Penal), negándole carácter interruptor e indicando que se trata de una fijación de plazos para la investigación (considerando VI del último voto mencionado). Se dice que la prescripción de la acción penal no cabe decretarla de oficio (voto N° 2932-99) y luego se adopta el criterio correcto de que si procede dicha declaratoria (voto N° 5875-99). Igual contraposición de criterios ha existido en otros temas, como por ejemplo sobre la superación del plazo de diez días que se establece que no es prorrogable por lo que su extrapolación viola el principio de inmediación (voto N° 6824-95) y luego se menciona que puede superarse con anuencia de partes (voto N° 5541-97); sobre la interceptación del listado de llamadas al beeper que se consideró primero documento y, como tal, podía utilizarse en cualquier investigación (voto N° 4454-95) y luego se le considera comunicación y, por ello, solo puede echarse mano a él en investigaciones de delitos de narcotráfico y secuestro extorsivo (voto N° 3444-97), para citar solo los casos en que tengo a disposición el número de voto, aunque la situación no se reduce a ellos.-

135[6]. Aunque la jurisprudencia emitida en torno al abreviado es abundante, algunas referencias interesantes están contenidas en los siguientes pronunciamientos: voto N° 26-F-99 del tres de febrero de 1999 en que los jueces Llobet Rodríguez, Sáenz Fernández y Monge Fallas del Tribunal de Casación Penal sostienen que, aún aplicando el abreviado, debe advertírsele al encartado su derecho de abstención y al no haberse hecho así se anuló la sentencia condenatoria. En igual sentido se pronunciaron los magistrados de la Sala Tercera en voto N° 834-99 de las 8:30 hrs. del 09 de julio de 1999. No obstante, la Sala Constitucional asumió la posición contraria en el citado voto N° 421-2000 de las 15:42 hrs. del 12 de enero del 2000; voto N° 236-F-99 del 25 de junio, emanado del Tribunal de Casación Penal (el imputado cumplió todos los requisitos del abreviado pero antes de admitirse el instituto, aportó un escrito autenticado por otro defensor, en donde indicó que no quería que su causa se tramitara por esa vía. El Juzgado Penal aún así admitió el abreviado y el Tribunal de Juicio condenó. En el pronunciamiento citado los jueces Sanabria Rojas, Chacón Laurito y Dall Anesse Ruiz dijeron que debió advertírsele al encartado el derecho de abstenerse de declarar y

que, mientras no se emitiera la sentencia del tribunal de juicio, el imputado podía arrepentirse, por lo que anuló la sentencia condenatoria y remitió a las partes al ordinario); voto N° 309-F-99 del 06 de agosto de 1999 del Tribunal de Casación Penal en que los jueces Cruz Castro, Chacón Laurito y Fernández Vindas establecieron la inaplicabilidad del proceso abreviado en materia penal juvenil ante la ausencia de capacidad plena del menor de edad para renunciar a sus derechos fundamentales, a más de la incompatibilidad del abreviado con los fines y con el sistema sancionatorio de esa materia; el voto N° 215-F-99 del 18 de junio de 1999 en que el Tribunal de Casación Penal integrado por los jueces Dall Anesse Ruiz, Cruz Castro y López McAdam anuló un proceso abreviado por haberse realizado con posterioridad al auto de apertura a juicio y manifestó que debía tramitarse por la vía ordinaria aunque, en virtud del principio de prohibito de reformatio in pejus, no podía imponérsele a los encartados una pena superior, siendo ellos los únicos recurrentes (la Sala Constitucional, en voto N° 5836-99 del 27 de julio de 1999 sostuvo lo contrario); voto N° 256-99 de las 9:55 hrs. del 05 de marzo de 1999 en que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia establece que el Ministerio Público no puede negociar, como parte del abreviado, la concesión o no del beneficio de condena de ejecución condicional de la pena por ser ésta de aplicación jurisdiccional exclusiva (pronunciamiento que, por paridad de razón, cabría hacer extensivo a la disminución de pena por delito tentado); votos N° 389-99, N° 814-99 y N° 290-99 en que la Sala Tercera indicó que los alcances del acuerdo se reducían al monto de la pena y que no podían comprender ni los extremos civiles, ni el comiso ni la ejecución condicional; voto N° 71-F-99 del 05 de marzo de 1999 en que los jueces Zúñiga Morales, Redondo Gutiérrez y Monge Fallas del Tribunal de Casación sostienen que un juez que intervino en un proceso abreviado no puede hacerlo en el debate de los restantes encartados; votos N° 4835-98 de las 15:54 hrs. del 07 de julio de 1998 y N° 7177-99 de las 14:39 hrs. del 22 de setiembre de 1999 en que la Sala Constitucional indica que no hay un derecho constitucional al proceso abreviado por lo que el Ministerio Público no debe fundamentar su negativa de someterse a él; votos N° 546-98 de las 9:10 hrs. del 12 de junio de 1998 y N° 548-98 de las 9:20 hrs. del 12 de junio de 1998 emanados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (debe oírse al ofendido aunque su criterio no sea vinculante; la disminución de la pena no es de un tercio automáticamente sino de hasta un tercio; si hay querellante se requiere su consentimiento para aplicar el instituto; el Tribunal sentenciador puede disminuir la pena hasta en un tercio aunque las partes hayan convenido en una pena superior y la sentencia no necesariamente debe ser condenatoria); voto N° 564-F-98 del Tribunal de Casación Penal en que los jueces Redondo Gutiérrez, Fernández Vindas y Arroyo Gutiérrez indican que la aceptación de los hechos de la acusación no exime al juez sentenciador de analizar la conducta acusada para determinar si existe tipicidad; voto N° 723-98 de las 9:00 hrs. del 31 de julio de 1998 en que la Sala Tercera determinó que el Ministerio Público no podía negociar los hechos o calificaciones jurídicas con las partes. En sentido contrario en nuestro medio se pronuncian GATGENS GOMEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. El principio de oportunidad: conveniencia procesal de la persecución penal. Editorial Juritexto, San José, 1a. edición, 2000, p. 264); voto N° 7178-99 de las 14:42 hrs. del 22 de setiembre, emanado de la Sala Constitucional en que se estableció que violaba el debido proceso el obligar al imputado, además de aceptar los cargos, a referirse a ellos como requisito para la procedencia del abreviado; voto N° 8190-99 de las 15:21 hrs. del 27 de octubre de 1999 en que la Sala Constitucional determina que no viola el debido proceso la omisión de escuchar a la víctima como paso previo a la aprobación del acuerdo para aplicar el procedimiento abreviado y el voto N° 5-F-99 de las 9:30 hrs. del 15 de

enero de 1999 del Tribunal de Casación Penal integrado por los jueces Dall Anesse Ruiz, López McAdam y Chacón Laurito en que se establece que no procede la recalificación del hecho así sea más benigna para el imputado sino el rechazo del abreviado.-

136[7]. Sala Constitucional, votos N° 7178-99 de las 14:42 hrs. del 22 de setiembre de 1999 (establece la innecesariedad de la confesión) y voto N° 421-2000 de las 15:42 hrs. del 12 de enero del 2000 (innecesariedad de la advertencia del derecho de abstención). Una fuerte crítica a ambas posiciones puede encontrarse en: GATGENS GÓMEZ y RODRÍGUEZ CAMPOS. Op. cit., pp. 271-273. Requiriendo la confesión circunstanciada se pronuncia también CAFFERATTA NORES, José. Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2ª edición, 1998, pp. 153; 159-160.-

137[8]. Ministerio Público. Aspectos prácticos de algunas figuras del proceso penal: Coloquio con el Dr. Daniel González Álvarez, Cuadernos de estudio del Ministerio Público, San José, 1998, pp. 29; 51-52-53.-

138[9]. GATGENS GÓMEZ y RODRÍGUEZ CAMPOS. Op. cit., pp. 288-289.-

139[10]. Llobet Rodríguez, Javier. Proceso penal comentado. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1ª. Edición, San José, Costa Rica, p. 761.-

140[11]. Ministerio Público. Aspectos prácticos...op.cit., pp. 27;29.-

141[12]. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Op. Cit., pp. 763-764. En igual sentido se ha pronunciado: TAMAYO JARAMILLO, Javier. Indemnización de perjuicios en el proceso penal. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª. Edición, Colombia, 1993, p. 99. Este autor establece que la sentencia penal no puede tener, en tales casos, efectos de cosa juzgada erga omnes ya que el mismo legislador de su país previó que no pueda discutirse la responsabilidad civil de terceros cuando haya conclusión anticipada del proceso penal. Empero, cabe preguntarse qué ocurriría si los hechos acreditados en una sentencia penal por la vía abreviada y una civil ordinaria son contradictorios y, en tal caso, cuál sería el órgano jurisdiccional competente para resolver un eventual recurso de revisión.-

142[13]. Tribunal de Casación Penal, voto N° 674-F-98 de las 14:20 hrs. del 15 de octubre de 1998. Jueces Pereira Villalobos, López McAdam y Chacón Laurito. En igual sentido del mismo Tribunal (también integrado por la Licda. Pereira) el voto N° 671-F-98 de las 13:30 hrs. del 15 de octubre de 1998.-

143[14]. GATGENS GÓMEZ. Op. Cit., p. 289.-

144[15]. Sala Constitucional, voto N° 2825-98 de las 15:27 hrs. del 08 de julio de 1998 (considerandos VII y IX, en su orden).-

¿Desdibujar Sujetos o Derribar Los Dogmas?. El Desafío de Construir un Derecho Penal Juvenil Sustantivo.

Gustavo Chan Mora* .

“ Resulta que el Imperio de la Ley no garantiza la subjetividad sino que se la traga y la destruye. Luego la subjetividad no es la negación de la ley, pero presupone su constante relativización en función del sujeto y de sus posibilidades de Vivir.” Franz Hinkelammert.

“Ajustamos los pasos, las costumbres, los credos, el amor, los pensamientos, a la estrechez reseca de este traje apolillado y viejo, que empezó siendo objeto de servicio y se nos ha trocado en carcelero.

Yo digo, sin embargo, que en la vida hay mucho traje fresco. Que debemos quemar este gangoche donde ya no cabe el pensamiento.”

Jorge Debravo

Un vistazo a la Realidad.

1. La Histeria Fundante :

Aún en plena vigencia formal de la Ley de Justicia Penal Juvenil, no podemos dejar de señalar, que, a pesar de las posibles intenciones antiautoritarias del pre legislador, en la decisión política para la aprobación de dicha ley, finalmente privó la histeria social producida y magnificada por los medios de comunicación masiva. En este sentido, la aprobación de la Ley de Justicia Penal

Juvenil fue la respuesta del Poder Político a ciertas conductas conflictivas, de un sector específico de la Infancia y la Juventud Costarricenses.

En la transición formal del Modelo Tutelar de Menores, en que se implementaba la doctrina de la situación irregular, al modelo punitivo garantista vigente, el detonante de la reforma fue, finalmente el manejo periodístico de la opinión pública, carente de motivaciones científicas o de discusiones amplias, las que, además, nunca llegaron a producirse en el seno de la Asamblea Legislativa¹⁴⁵[1], siempre saturada de cálculo electorero.

Digo esto, porque así como la aprobación de la Ley no tuvo como garantía una discusión democrática¹⁴⁶[2], sobre la Política Criminal respecto de las situaciones conflictivas en que se ven inmersas la Infancia y la Adolescencia, tampoco la enunciación formal de derechos y garantías asegura la posibilidad de verificar empíricamente los mismos, ni asegura la exclusión del autoritarismo patriarcal, cultural y adultocéntrico¹⁴⁷[3] que siempre ha caracterizado las prácticas del Sistema Penal.

En realidad, considero que la implementación de la Ley Penal Juvenil ha generado varios fenómenos en los que, parafraseando al Dr. Emiro Sandoval Huertas, se revela de la manera más oscura y a la vez transparente, la eficacia real del Sistema Penal. Por un lado, la puesta en práctica de la Ley, en parte no ha significado otra cosa que la reducción del umbral de criminalización de un sector muy específico de la población costarricense, en el tanto que, la marca legal del primer contacto con el Sistema Penal (que en nuestro margen siempre sigue a la marca de la marginación), y por lo tanto, la especialización criminal, están llegando un poco más temprano. Por otra parte, la ley y su aplicación nacieron diferenciadas, políticamente predirigidas para la criminalización y el castigo penal de sectores bien delimitados de la infancia - juventud costarricense¹⁴⁸[4].

Lo cierto es que la igualdad de esta ley, y no podemos dejar de decirlo, coincide perfectamente con la de aquella que prohíbe y sanciona por igual a los ricos y a los pobres que se atrevan a dormir debajo de los puentes. Representa uno de los ejemplos más claros de la arbitrariedad con que se realiza la criminalización primaria, siendo la ejecución diferenciada de la pena y de las medidas cautelares de la criminalización secundaria¹⁴⁹[5].

Esta tendencia, de carácter autoritario, parece revelarse en la situación que se vive actualmente respecto de los presos sin condena en materia Penal Juvenil. En cuanto a niños y adolescentes privados de libertad, existe una radical inversión de la relación entre el número de privados de libertad provisionales y el número de sentenciados a pena de prisión, sobre todo si se le compara con los porcentajes manejados en materia de adultos¹⁵⁰[6].

Estos fenómenos, y muchos otros que deben ser estudiados a fondo mediante investigaciones de campo, no nos permiten hacer nuestro el falso y peligroso optimismo respecto de la supuesta democratización y humanización del Sistema Penal de Menores, sobre todo si se tiene como consecuencia inmediata y exclusiva de la implementación de una nueva ley¹⁵¹[7].

2. La indiferencia ante la Realidad Cotidiana y la Huida de los Resultados:

Una Analogía sobre la indiferencia:

En el trajín de la vida cotidiana, el habitante ciudadano atraviesa con indiferencia el tumulto, sin prestar mayor atención al ruido de los autos, ni al “smog”. En este ambiente se mueve aprisa entre la multitud, y en las demás personas solo es capaz de reconocer la “otredad”¹⁵²[8] de aquella masa de gente que se le aparece indiferenciable, insubjetivable: “Para el agente que transita solo existen rostros indiferentes desvinculados de subjetividades”. Esta indiferencia, ya no le parece extraña, le ha penetrado tan profundamente que es parte de su vida. Con ello, se le presenta tan natural como cualquiera de sus funciones vitales.

Dentro del universo del castigo institucionalizado en que nos desenvolvemos, asistimos a un fenómeno análogo. Muchas veces los agentes de este submundo, solo son capaces de percibir rostros carentes de subjetividad, expedientes desvinculados de seres humanos. La incongruencia entre principios y garantías formalmente enunciados y la imposibilidad material de verificarlos¹⁵³[9], se diluye así entre números y toneladas de papel. El sinsentido de la prisión como sanción o medida cautelar, los abusos policiales sutiles o brutales, la falta de confidencialidad en el manejo de datos, la carencia de espacio adecuado para proteger la privacidad de las comunicaciones, la imagen y la identidad de los menores; por mencionar sólo

algunos fenómenos, como “funciones vitales” del Sistema Penal, pasan inadvertidas, en un práctica de la indiferencia absoluta ante la realidad cotidiana.

Como respuesta, resulta imperativa una confrontación con la realidad, mediante la que se abandone la “huida de los resultados” profundamente institucionalizada en nuestro medio. Quiero decir, que no basta la expresión de buenas intenciones con que nace una nueva ley, sino la aprehensión de los efectos y fenómenos sociales reales que ha generado, en lo que acá interesa, la aplicación de la Ley Penal Juvenil.

Todavía se extraña la investigación criminológica de campo que pueda ayudarnos a comprender el funcionamiento real del Sistema Penal Juvenil y a distinguir la congruencia o incongruencia de su práctica punitiva con toda la serie de “buenas intenciones” formuladas en la ley¹⁵⁴[10].

Pero la indiferencia en nuestro medio, no se muestra solamente en relación con las prácticas reales del Sistema Penal Juvenil. La indiferencia se presenta, fundamentalmente, respecto de los sujetos sometidos a las prácticas de poder del Sistema Penal Especializado: Los niños y adolescentes que ingresan a la “máquina del castigo especializado”, quienes ahora son objeto y sustancia de enunciados del discurso penal¹⁵⁵[11].

Precisamente por ello, la comprensión y en su caso, la confrontación con las prácticas reales del Sistema Penal, no agota de ninguna manera la opción por una actitud permanente de crítica. No la agota, sobre todo si tomamos en consideración lo antes anotado: que existe una relación directa entre las prácticas sociales (incluidas las prácticas represivas del sistema penal formal) y los discursos o ámbitos de conocimiento que les rodean.

En otros términos, las prácticas de poder propias del sistema penal se relacionan y se actualizan desde elementos tan sutiles como el conocimiento, en este caso desde el mismo concepto técnico jurídico de delito. Por ello, considero necesario someter el concepto técnico jurídico de delito y cada uno de sus componentes estructurales, a una reflexión crítica desde una perspectiva etaria, a partir de la cual podamos enfrentar su supuesta neutralidad¹⁵⁶[12].

Para enfrentar la indiferencia y la arbitrariedad que ha caracterizado la relación entre el derecho y la infancia-adolescencia¹⁵⁷[13], además de realizar una readecuación organizacional y procesal, o una enunciación formal de principios y garantías, quizás debamos además construir un

nuevo discurso penal juvenil de fondo¹⁵⁸[14]. Mientras tanto, cuando menos, debemos comenzar por modificar el existente, adecuándolo a las particulares condiciones de la infancia y la adolescencia.

Este ejercicio teórico respecto de los conceptos y categorías con que trabaja el Sistema Penal, debe ser realizado, no por el placer de "teorizar abstracciones", sino para potenciar transformaciones materiales, o al menos, para reducir los niveles de violencia y selectividad con que trabaja la justicia penal juvenil en nuestro medio. Con lo que creemos y sabemos que se puede dar un uso alternativo del derecho, como factor de cambio¹⁵⁹[15].

Planteamiento del Problema.

Con el surgimiento de la Ley Penal Juvenil ha quedado en claro la pretensión formal de implementar una organización especializada, para el juzgamiento de las personas menores de edad¹⁶⁰[16]. Bien se ha planteado la necesidad de que el Sistema de Justicia Penal Juvenil desarrolle características propias y especiales que lo diferencien del sistema penal de adultos:

“ Tampoco deberíamos de satisfacernos con una simple adecuación o adaptación de los institutos y órganos que participan en la justicia de adultos. Por el contrario debemos promover la idea de la justicia especializada y diferente para personas jóvenes.” ¹⁶¹[17].

Sin embargo, esta especialización, hasta el momento solo ha sido comprendida desde la enunciación de las garantías y principios propios y exclusivos del régimen penal juvenil, desde la readecuación organizacional, y, en lo que más interesa desde una perspectiva procesal*.

Mucho se ha publicitado el nacimiento de una nueva rama del Derecho Penal, pero poco se ha cuestionado la trascendencia que pueda tener este “nacimiento” sobre las

categorías y conceptos con los que ha venido trabajando el derecho penal de fondo. No obstante, considero posible avanzar en la construcción de una verdadera especialización.

Para la construcción de dicha especialización, parto de la siguiente tesis: El Derecho Penal de fondo ha tomado al varón adulto como modelo de lo humano, con lo cual revela el adultocentrismo como una de sus características más importantes.

Significa entonces, que cada una de las categorías de análisis del discurso jurídico penal, y en concreto, cada uno de los elementos estructurales del concepto técnico jurídico de delito puede estar permeado por la “indiferencia del adulto”, respecto de la condición de niño o adolescente de quienes constituyen la clientela del Sistema Penal Juvenil.

Entonces, ¿resulta válido trasladar automáticamente las categorías de análisis del derecho penal de fondo, para juzgar las conductas de niños y adolescentes?. En todo caso, a pesar de la especialización procesal penal juvenil, ¿cuanta indiferencia o arbitrariedad permanece aún, cuando aplicamos mecánicamente categorías creadas desde una perspectiva adultocéntrica?.

La ruptura con posiciones o prácticas autoritarias, no es susceptible de ser realizada tan solo con transformaciones procesales o con la enunciación formal de garantías y principios especializados. Ello es así, porque aún con la verificación objetiva de dichos principios y garantías no se supera la perspectiva adultocéntrica que atraviesa todo el discurso jurídico penal. Quiero decir, parafraseando a Cecilia Sánchez Romero, que en la práctica, leyes formuladas de manera neutral, se aplican desde la visión del adulto, lo que de ninguna manera significa que las normas son correctas y que lo que falla es su aplicación, sino que aún cuando el derecho sea aplicado de forma objetiva, esta forma objetiva tenderá a reproducir la versión adultocéntrica dominante 162[18].

Podemos presentar esta idea a manera de interrogante: ¿acaso el legislador al aprobar el código penal con todos sus tipos penales generales y especiales, con todas sus causas de atenuación y agravación por ejemplo, pudo pensar que el mismo sería aplicado a niños de 12 años o a adolescentes menores de 18 años? (en ese momento “inimputables” o incapaces de responsabilidad penal). ¿O más bien, dicho legislador era incapaz de apreciar lo que significaba ser joven o niño, y qué era o no relevante si efectivamente se fuese niño o joven?163[19].

Para ir todavía un poco más allá del plano legislativo, ¿será posible que los constructores de la teoría del delito, de la teoría de la tipicidad, de la antijuridicidad, o de la culpabilidad, hayan construido sus postulados para ser aplicados de manera invariable a cualquier ser humano? ; o, como planteamos anteriormente, más bien tenían al varón adulto, como modelo de lo humano. En cuyo caso ¿debe y puede ser planteado un nuevo

modelo teórico que tenga como referente las particulares condiciones de la infancia y la adolescencia?¹⁶⁴[20].

Se trata entonces de encontrar y en su caso, de poner en evidencia las posiciones adultocéntricas que permean muchas de las categorías técnico jurídicas de análisis de la teoría del delito, para abrir la posibilidad de su crítica y para intentar la construcción de un nuevo derecho penal de fondo desde una perspectiva etaria.

¿Una consideración etaria en el juicio de tipicidad.? La necesidad de una interpretación restrictiva respecto de los tipos penales.

Si se tiene en claro la selectividad con que trabaja el sistema penal y el sistema penal juvenil especializado¹⁶⁵[21], debemos al menos pautar una serie de requisitos mínimos racionales para atenuar dicha selectividad¹⁶⁶[22]. En este sentido, la conducta del niño o joven criminalizado debe ser sometida claro está, a un análisis en que se determine si presenta "... algunas características objetivables en función de un criterio previamente establecido..." (juicio de tipicidad); pero sobre todo - y aquí es donde queda planteado el reto para la construcción de una perspectiva etaria-, debemos revisar esas características objetivadas de la conducta, sometiéndolas a una perspectiva desde la cual, se enfrenten patrones e interpretaciones exclusivamente adultocéntricos.

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, ha afirmado con evidente razón, que:

"...la agencia judicial deberá hacer siempre una interpretación restrictiva y estricta de la señalización legal que predetermina la acción que le sirve como pauta limitadora." ¹⁶⁷[23]

En ese mismo sentido se debe agregar que, la interpretación restrictiva a la que debe someterse la "señalización legal", debe intensificarse aún más en sede penal juvenil. Básicamente proponemos que en el juicio de tipicidad, debe anteponerse un análisis

restrictivo desde el cual se determine si la “señalización legal”, fue pensada, desde el punto de vista histórico, teleológico y sociológico, para ser aplicada a niños y a jóvenes; y fundamentalmente, en un análisis conglobado de tipicidad, si en función del bien jurídico tutelado, puede un menor (con todas sus particulares características cognoscitivas, fisiológicas, psíquicas, motoras, sexuales, etc.) realizar la conducta seleccionada como delito.

Esta forma de enfocar el problema de la tipicidad, debería llevarnos a delimitar y finalmente a excluir (por ahora mediante interpretación jurisprudencial, pero luego, y mejor aún, mediante selección legal¹⁶⁸[24]), ciertas conductas o situaciones conflictivas, que definitivamente no sean susceptibles de ser realizados por menores. Con lo que la restricción de las figuras típicas según criterios etarios, estaría en perfecta consonancia con la normativa internacional aplicable al efecto. De manera concreta, con el principio de mínima intervención penal y de descriminalización respecto de las conductas conflictivas en que se vean inmersos los menores, y con el principio de desjudicialización, desviación o remisión de las mismas hacia otras instancias diversas al sistema de justicia penal¹⁶⁹[25]; todo ello con el fin de reducir los procesos de estigmatización a que se ven sometidos los menores en su contacto con el sistema penal.

La Ley de Justicia Penal Juvenil, por vía de su artículo 45, exige la aplicación invariable de las disposiciones y principios del Código Penal. Sin embargo, no se puede evadir la duda de si esta aplicación del derecho penal de fondo por vía de la remisión al Código Penal, será la más adecuada para la justicia penal juvenil.

En este sentido y a manera de ejemplo podemos plantearnos algunas interrogantes: ¿acaso serán neutros (desde un punto de vista etario) los tipos penales a los que nos remite la Ley de Justicia Penal Juvenil?; o por el contrario, ¿conllevar algunos de ellos una particular visión adultocéntrica o bien un específico requerimiento de adultez que los convierte, por ejemplo en Delitos Especiales Propios o Impropios?.

Siguiendo con esta línea de cuestionamiento: ¿Resulta proporcional en materia de menores la agravación de la pena y la calificación de los delitos, por la mera concurrencia de un número determinado de personas?. Me explico, para el caso del robo por ejemplo, ¿acaso habrá sido pensada la agravación para el caso de que participaran en la comisión de un ilícito tres niños de 12 años, o uno de esa edad y varios niños de 10 o menos años?¹⁷⁰[26].

Finalmente, ¿Resulta proporcional y racionalmente adecuado, calificar como violación (como lo establece el artículo 156 inciso 1 del Código Penal), el acceso carnal

cuando es realizado por un niño de 12 o 13 años, respecto de un niño o niña de 11 años, que lo ha consentido?.

El desarrollo de este tipo de cuestionamientos, debería permitirnos readecuar el juicio o análisis de tipicidad, y además ciertos criterios de agravación o calificación de los delitos presentes en el Código Penal, partiendo claro está de las particulares características y condiciones de los menores de edad.

Respecto del principio de igualdad, formalmente tutelado por nuestra Constitución, subyace el presupuesto filosófico de que la verificación (aún formal) de la igualdad requiere del reconocimiento de la diferencia. Resulta entonces válido, que como punto de partida nos planteemos si los tipos penales (imperativos, prohibitivos o como veremos, los permisivos) reconocen las diferencias esenciales que son inherentes a la condición de niño o adolescente, o si por el contrario su aplicación indiferenciada significa una transgresión al principio constitucional mencionado.

Desde mi perspectiva, la sola remisión y exigencia de aplicación obligatoria del Código Penal, pretende y realiza un manejo ideológico¹⁷¹[27] de la neutralidad de los tipos penales; pues si dicho manejo no se realizara, si se reconociera alguna diferencia entre los sujetos para los cuales fueron creados los tipos penales y aquellos sujetos a quienes va dirigida su aplicación, mediante la Ley Penal Juvenil, quedaría en evidencia la violación del principio de igualdad mediante la aplicación indiscriminada de esos tipos penales.

Mediante esta remisión al Código Penal, se pretende que cualquier sujeto (adolescente o niño), puede constituirse invariablemente como autor de cualquiera las conductas seleccionadas como delito mediante el derecho penal de fondo. Interesa resaltar entonces, que el mensaje que se emite con la remisión que hace la Ley de Justicia Penal Juvenil al Código Penal, es que, cualquier joven o niño puede ser sujeto activo de cualquier conducta objetivamente tipificada como delito en la Ley Penal de Adultos¹⁷²[28]. Sin embargo, puede que esto no sea tan cierto.

Todos conocemos la existencia de tipos penales que por contener una exigencia específica respecto del sujeto activo se denominan como delitos especiales:

“...hay delitos en los que adquiere importancia el sujeto de la acción. Hay ciertos delitos que solamente pueden cometerlos un número reducido de personas: aquellas que tengan las características especiales del autor requeridas en el tipo penal.”¹⁷³[29]

En otras palabras, estos delitos requieren un elemento subjetivo específico, o más bien una especial característica del sujeto activo para que pueda configurarse la tipicidad.

En el caso de los delitos especiales, resulta obvio que solo pueden ser cometidos por aquellos sujetos que posean las particulares condiciones exigidas por la tipicidad objetiva. Siendo así, ¿será posible leer en algunos tipos penales una exigencia de adultez como un elemento especial de la tipicidad?.

Como todos sabemos, el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Justicia Penal Juvenil, se encuentra restringido según un criterio etario. Sea que dicha ley sólo puede ser aplicada a personas que realizan una conducta seleccionada como delito, siendo menores de dieciocho años y mayores de quince, o bien menores de quince y mayores de doce años. En otros términos, quiere decir que se requiere una calificación o requisito específico del autor de la conducta típica, para que pueda ser juzgado en la competencia penal juvenil.

Considero, en lo que más interesa, que esto debe traducirse en el análisis de tipicidad, en la verificación de que el tipo penal objetivo sea realizable por un menor de 18 años y mayor de 12. Con lo que, como mencioné, queda abierta la discusión respecto de cuales tipos penales son realizables por menores, y cuales no.

A manera de ejemplo, la discusión puede ser abierta o iniciada a partir de una figura penal, en que resulta evidente la exigencia de una especial circunstancia de adultez del autor: El estupro¹⁷⁴[30]. Considero este, como un claro ejemplo de un delito especial, en que la adultez como característica específica del autor se constituye como un requisito de tipicidad.

No obstante, hasta antes de la reforma de los delitos sexuales, de agosto de 1999, el Código Penal Costarricense no mencionaba la circunstancia referida. El artículo 159 del Código Penal, como sucede con muchos Códigos de la región, se limitaba a establecer que:

“Se impondrá pena de prisión de dos a seis años, al que tuviere acceso carnal con mujer honesta aún con su consentimiento, mayor de doce y menor de quince.”

Con lo que en la práctica nos encontrábamos con casos de jóvenes, la mayoría de 14-17 años, criminalizados, sometidos a proceso penal, e inclusive sancionados por haber tenido relaciones consentidas con jovencitas de 13-14 años¹⁷⁵[31].

Con la reforma legal de agosto de 1999, se modificó el tipo penal referido, variando su denominación, sus formas de comisión, y el sujeto pasivo, pero en lo que más interesa fijando que solo lo comete: “...Quien, aprovechándose de la edad...se haga acceder o tenga acceso carnal... con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince, aun con su consentimiento...” (La negrilla y el subrayado son suplidos).

La introducción de este requisito de tipicidad, sea del “aprovechamiento” o del sacar ventaja de la edad para lograr, por ejemplo, el acceso carnal, parece indicar que el tipo penal está dirigido a aquellos adultos que en virtud de su edad y experiencia sexual, se aprovechen de ello para tener relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 12 años y menores de 15.

No obstante, hasta donde tenemos conocimiento, el artículo 159 citado no ha dejado de ser aplicado a jóvenes menores de 18 años y mayores de 12, sujetos de la Ley Penal Juvenil. En otros términos, ni aún con la nueva redacción, ha quedado totalmente en claro quién, desde el punto de vista de la tipicidad, puede aprovecharse de su edad para lograr la relación sexual consentida con un menor de 15 años y mayor de 12. Sobre ese punto en particular, debe potenciarse una interpretación restrictiva desde una perspectiva etaria.

En la definición teórico doctrinal, se ha dicho que con el estupro se castiga “... un acceso carnal cuya ilicitud se fundamenta en la temprana edad y la inexperiencia de la víctima.” 176[32]

La circunstancia o especial exigencia subjetiva de adultez requerida para la autoría del estupro, y ahora para las “relaciones sexuales consentidas con menores de edad”, puede entonces deducirse además si se realiza un análisis del bien jurídico tutelado por dicho tipo penal.

El acceso carnal, respecto de una persona mayor de 12 años y menor de quince, se tiene como delito debido a que se protege como bien jurídico la inexperiencia sexual de la víctima, lo cual queda en evidencia precisamente cuando se tiene por realizada la conducta típica a pesar del consentimiento: solamente se da cuando el sujeto activo logra el acceso carnal valiéndose de la inexperiencia de la víctima menor de 15 y mayor de 12.

Es el propio bien jurídico tutelado, el que a mi parecer delimita quienes pueden ser autores de estupro o de la relación sexual con menores de edad como se le denomina actualmente, y excluye su aplicación respecto de al menos uno de los grupos etarios a los que va dirigida la ley penal juvenil.

El tipo penal en estudio parte de la confrontación experiencia-inexperiencia sexual. Ahora bien, dicha inexperiencia se establece según un límite etario arbitrariamente fijado, actualmente de manera expresa al menos respecto de la “víctima”. Quiere decir, que supuestamente se “es” sexualmente experto o inexperto según la edad que se tenga.

Pero, ¿quién se encuentra en posibilidad real de valerse de esa inexperiencia?. Considero, que el tipo penal referido requiere que el autor se encuentre en una posición de superioridad, dada por su edad y por tanto por su experiencia sexual, para poder aprovecharse de la inexperiencia sexual del sujeto pasivo y lograr el acceso carnal.

El tipo penal del estupro y más claramente el tipo penal de “relaciones sexuales con menores de edad” no es “neutro”, desde un punto de vista etario. No es aplicable a cualquier sujeto. Es más, desde una perspectiva histórica y sociológica, esta figura del Código Penal fue pensada para sancionar al adulto que tuviera relaciones sexuales con un niño o niña, fue pensada para castigar sujetos caracterizados por la adultez, que precisamente permite aprovecharse de la inexperiencia sexual de la víctima. Esto se hace particularmente evidente en el caso de la reforma del artículo 159 debido a su inclusión dentro de la ley 7899 o “Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad”.

Ahora, independientemente de nuestra posición sobre las razones de Política Criminal, que llevan a la penalización de esta conducta, e independientemente de las pautas culturales que en una sociedad concreta puedan desmentir una presunción arbitraria y estrictamente legal para la determinación de la experiencia o inexperiencia sexual de una persona; resulta ser que dicho criterio legal es arbitrariamente etario, y que desde ese criterio se define no sólo quien puede ser víctima de estupro, sino también, quien puede ser su victimario.

Planteamos esto, porque, para distinguir quien puede valerse o aprovecharse de la inexperiencia sexual de un menor de 15 y mayor de 12 años, cabe preguntarse si legalmente la capacidad de actuar y la “experiencia” que faculta el consentimiento sexual, se adquieren a la misma edad.

Para los efectos, la Convención Americana de Derechos del Niño delimita mediante su artículo 1° un concepto de “niño”. En ese sentido establece que quien tiene más de 18 años es adulto y que quien tiene menos de esa edad es un niño. Podríamos interpretar entonces, siguiendo este criterio legal, que respecto de la “experiencia” que faculta consentir una relación sexual, todo sujeto menor de 18 años se encuentra presumiblemente en la misma situación jurídica.

Podría responderse entonces, que para los efectos todo menor de 18 años tiene el mismo grado de experiencia (o más bien de inexperiencia sexual). Por disposición supra constitucional, todo sujeto menor de 18 años se encuentra presumiblemente en la misma situación jurídica respecto de su experiencia o inexperiencia sexual.

Dicho de otra forma, partiendo de este criterio para la definición de niño, para todo menor de 18 años se supondría el mismo grado de inexperiencia sexual, lo cual excluye toda posibilidad de que un menor (de cualquiera de los dos grupos etarios con que trabaja la ley penal juvenil) se pueda constituir como autor del delito de estupro o de relaciones sexuales con personas menores de edad: su naturaleza (por definición jurídica) es la de inexperto sexual, por ello incapaz de valerse de la inexperiencia sexual de otro menor para lograr el acceso carnal.

Ahora bien, también puede interpretarse que la normativa costarricense establece, para presumir la experiencia sexual, una edad distinta a aquella con que se adquiere la capacidad de actuar. Tal límite parece encontrarse en la edad de los 15 años (normas del

matrimonio, tipo penal en estudio), con lo que a esa edad se adquiere la experiencia sexual y con ello la capacidad de consentir y decidir sobre la propia vida sexual.

Siendo así, cualquier “victimario” de más de 12 y menos de 15 años, quedaría ubicado también como un inexperto sexual, en el mismo grado que su “víctima”; no pudiendo entonces valerse de su experiencia, pues jurídicamente sería igual de inexperto que su víctima al momento de tener un contacto sexual como el requerido por el tipo penal analizado. Por lo tanto, no es posible que un sujeto ubicado en este grupo etario, pueda constituirse como autor de dicho tipo penal. Según los fines y presunciones de la ley, ambos “víctima” y “victimario” tendrían un mismo grado de experiencia sexual que excluye el aprovechamiento de uno respecto de la inexperiencia del otro para lograr el acceso carnal.

Según el criterio jurídico del que se parta para determinar cuando se adquiere la madurez o experiencia sexual, podríamos afirmar que el estupro no es realizable por ningún menor ubicado dentro de cualquiera de los grupos etarios con que trabaja la Ley de Justicia Penal Juvenil, o bien que la conducta descrita por el art. 159 del Código Penal, no es típica ni punible respecto del grupo etario que la ley ubica entre los 12 y los 15 años.

En lo que interesa, considero que el estupro y particularmente el delito de relaciones sexuales con personas menores de edad, es un delito especial no realizable por menores. Especialmente por menores ubicados en el último grupo etario mencionado. Fundamentalmente porque, si se afirma que puede ser realizado por menores, se oculta que es una figura penal con la que históricamente se pretendió y se pretende proteger a los menores de 15 años y mayores de 12, del contacto sexual con adultos que puedan valerse de su inexperiencia con ese fin; y no, criminalizar el normal desarrollo de los jóvenes que descubren su sexualidad.

Un análisis similar puede realizarse respecto de los delitos de corrupción de menores, del rapto impropio y particularmente respecto de la violación por la causal exclusiva de que la víctima sea menor de 12 años (art. 156 inc. 1, Código Penal), cuando la edad que la separa del victimario es mínima.

En el caso de los delitos sexuales, considero extremadamente necesario realizar una adecuada y rigurosa distinción entre lo que son simples contactos sexuales y lo que son agresiones sexuales. Este debe ser uno de los parámetros o puntos de partida para realizar la despenalización de algunos delitos sexuales en sede penal juvenil.

Lo más adecuado, para evitar criminalizar el desarrollo de la sexualidad de los jóvenes (sobre todo mediante aquellas figuras penales en que media el consentimiento de la “víctima”); parece ser la inclusión de un “tope” o diferencia mínima de edades entre “víctima” y “victimario”¹⁷⁷[33]. En otras palabras, al construir un derecho penal juvenil sustantivo, y en el caso de delitos como los mencionados, se debe incluir como un elemento

del tipo penal, una diferencia de edades de al menos cuatro o cinco años entre “víctima” y “victimario”¹⁷⁸[34].

Un análisis aparte, que escapa a los fines de este trabajo, debe realizarse también respecto de ciertas figuras penales cuya complejidad requiere la capacidad de actuar, de obligarse o de contratar por parte del sujeto activo. Me refiero a ciertos delitos funcionales, a los delitos económicos, a algunas formas de estelionato, al caso de ventas sucesivas en el fraude de simulación, al libramiento de cheque sin fondos, etc.; cuya particular complejidad parece excluir de antemano la posibilidad de que puedan ser realizados por niños o adolescentes menores de 18 años¹⁷⁹[35].

La consideración etaria respecto de las causas de justificación: El caso particular de la legítima defensa.

En la construcción de una perspectiva etaria, crítica respecto de la supuesta neutralidad de las categorías empleadas por la teoría estratificada del delito, debemos acceder a cada una de dichas categorías jurídicas. De esta forma, debemos confrontar la siguiente categoría de análisis del concepto técnico jurídico de delito: la antijuricidad.

Frente a las causas de justificación, frente a los tipos penales permisivos, se debe realizar un particular enfoque, para determinar si, respecto de los mismos, podemos reconocer algunas diferencias que nos permitan realizar modificaciones en cuanto a su interpretación y aplicación, atendiendo a las particulares características de los menores de edad.

Por el momento interesa realizar algunas apreciaciones respecto de una causa de justificación en particular: la legítima defensa.

Para comenzar, no sobra decir que la historia de la relación entre el Derecho y la infancia-adolescencia, es en gran medida la historia de la exclusión absoluta de los niños respecto del universo del derecho y del derecho penal en particular.

La reciente y reiterada aplicación en sede judicial, de la doctrina de la situación irregular, es el ejemplo más claro de esa exclusión. Con el modelo tutelar, los menores de edad eran percibidos por el derecho desde una perspectiva “compasivo - represiva”. La forma en que el derecho o el Estado, se había acercado a la infancia-adolescencia, únicamente permitía asumir a dichos sectores como un problema de caridad o de policía.

Como bien afirma el profesor Luigi Ferrajoli, el origen histórico de la exclusión de la infancia-adolescencia del ámbito del derecho, lo encontramos en la consolidación de "... los derechos de libertad de los individuos machos y adultos...", a costa de "cosificar" a la familia y sus miembros. Sea de ubicarlos como parte del patrimonio, como otros objetos de la casa, como parte del patrimonio sobre el cual el varón adulto podía desplegar de manera irrestricta todo su dominio. Al pertenecer los niños, a esta esfera privada de ejercicio pleno del derecho de propiedad, se les excluía como sujetos de derecho¹⁸⁰[36].

Siendo así, bien podemos afirmar que la historia de la relación entre el Derecho y la infancia-adolescencia, está ligada a la historia del sometimiento. Del sometimiento de los niños al poder irrestricto del padre, detentador de toda autoridad y monopolizador de la razón en la esfera del hogar; y como vemos, de sometimiento al mundo adulto y sus "razones". Dicho en otros términos:

"El universo doméstico, no muy diversamente de la fábrica, se ha configurado como sociedad "natural", dentro de la cual los menores y las mujeres resultan ajenos al derecho y en cambio sometidos al poder absoluto "paterno conyugal" consecuencia lógica de las libertades "civiles" del padre patrón.¹⁸¹[37]"

Lo interesante para la perspectiva "etaria" que se debe construir, será "rastrear" en el discurso penal vigente posiciones como la descrita: adultocéntricas, de apelación absoluta y exclusiva al poder y la autoridad del adulto.

Y es que la historia de la indiferencia y la arbitrariedad respecto de los niños y adolescentes, no es para nada lejana y aún se encuentra interiorizada en nuestro medio. Algunos "rastros" de "arbitrariedad pura", pueden encontrarse aún a lo interno del discurso jurídico penal, o al menos de algún sector de la doctrina. Dicha arbitrariedad se ve materializada en la mera exclusión de los menores del universo del derecho penal mediante su sometimiento a relaciones de fuerza.

Un ejemplo donde queda plasmado este autoritarismo puro, marcadamente adultocéntrico y patriarcal, lo podemos encontrar en alguna doctrina, que excluye la legítima defensa o defensa necesaria, en aquellos casos en que los hijos se defienden de la agresión de sus padres, basando dicha posición, de manera exclusiva, en la relación de autoridad del padre respecto del hijo, posición ligada a esta opción de sometimiento irrestricto a la autoridad del padre:

"Límites de la defensa necesaria... no se admite un derecho de defensa cuando entre el agresor y el agredido existen estrechas relaciones personales (padres e hijos, esposos, personas que conviven, etc.) En estos casos el agredido deberá recurrir

siempre a medios que eviten la agresión de una manera suave, aunque el medio sea inseguro." 182[38]

En este caso, mediante un proceso de "cosificación" o adscripción de los niños a la esfera de lo privado, se excluye cualquier posibilidad de amparar su conducta en el tipo penal permisivo de la legítima defensa. Los hijos, como meros objetos, deben aceptar cualquier conducta agresiva desplegada por el "buen padre de familia".

Esta politización de la legítima defensa, mediante su exclusión respecto de las agresiones realizadas por la figura de poder, sirve como ejemplo y evidencia del más puro y arbitrario adultocentrismo, de apelación exclusiva a la figura de la autoridad sin bases racionales.

Dudo que posiciones tan extremas como la anterior puedan sostenerse en nuestro medio. Sobre todo por la evidente contradicción entre esta "imposibilidad de rechazar agresiones ilegítimas" en el medio familiar, "cargada" a los menores; y aquel principio generalmente aceptado, según el cual, el motivo o razón de ser de la legítima defensa desplegada por los particulares, se encuentra precisamente en la imposibilidad del Estado de intervenir en defensa de quien sufre la agresión ilegítima.

Pero el autoritarismo patriarcal y adultocéntrico, no sólo se manifiesta de manera "pura" mediante la exclusión absoluta de los niños y adolescentes del universo del Derecho Penal. El autoritarismo adultocéntrico también se diluye (y con ello se oculta) mediante la indiferencia. Se presenta al ignorar las condiciones físicas y psicológicas de los niños y adolescentes que deben desplegar una legítima defensa; esto es, al exigirles la misma capacidad de reacción que tendría un adulto.

Lo que quiero decir es que la negación o exclusión absoluta de dicho ejercicio de la legítima defensa es una posición extrema, pero también la exigencia de realización de dicha causa de justificación (o de cualquier otra) bajo los mismos supuestos o condiciones en que la realizaría un adulto, significa o se traduce en una exclusión material de cualquier posibilidad de defensa por parte de un menor.

Los elementos objetivos de la legítima defensa son harto conocidos: agresión humana ilegítima, injustificada, realizada de manera actual e inminente, respecto de la que se emplea una defensa necesaria y racional 183[39].

La polémica ha surgido fundamentalmente respecto de la exigencia de la inminencia o actualidad de la agresión y de la racionalidad de la misma.

Tradicionalmente se ha dicho, que la inminencia se distingue en la conducta del agresor, cuando la agresión puede darse en cualquier momento o amenaza con suceder prontamente. Situación que solo se presenta de manera inequívoca, cuando el agresor tiene los medios agresivos listos para el ataque, o porque el uso que hace de ellos hace evidente que el ataque sucederá.

Respecto de los elementos objetivos de la legítima defensa, como la inminencia y la proporcionalidad, formulados de modo neutral, en la perspectiva de su crítica, se ha dicho que los mismos se aplican desde una visión masculina, pero más aún, se ha podido constatar que lo que existe no es una falla de aplicación (producto de erróneas interpretaciones de los jueces por ejemplo), sino que aún la aplicación correcta de dichos requisitos, implica la reproducción de la versión patriarcal-masculina dominante¹⁸⁴[40]. En otros términos, los requisitos objetivos de la legítima defensa, - se ha apuntado desde la perspectiva de género-, están planteados:

“...desde parámetros de masculinidad, excluyentes de la especificidad de la reacción que puede darse de parte de una mujer frente a una agresión”¹⁸⁵[41].

El fundamento de la crítica, resulta en extremo coherente. Sobre todo por que se ha afirmado con razón, -respecto del momento para que se verifique la legítima defensa-, que la exigencia de que la agresión sea actual o de que “esté sucediendo”, la convertiría en ineficaz¹⁸⁶[42]. Pero la crítica ha ido aún más allá, afirmando que en el caso de las mujeres, y respecto de la actualidad de la agresión:

“... si lo que se exige es que "esté sucediendo", ello convierte la legítima defensa en inaplicable para la mujer y limitada a los hombres, quienes sí se pueden defender en el momento inmediato de la agresión.” ¹⁸⁷[43]

Este requisito, según el cual sólo se puede repeler lo que está aconteciendo, requiere ser reinterpretado, sobre todo en el caso de las agresiones incesantes y constantes; pero también para lograr determinar si respecto de la actualidad de la agresión debiera prevalecer la necesidad de la defensa empleada.

La conclusión parece ser evidente si trasladamos dichos razonamientos a nuestra materia. Vale la pena agregar, que los requisitos objetivos de la legítima defensa están contruidos desde parámetros de adultez.

En el caso de los menores, los requisitos objetivos de la legítima defensa, se traducen en la exigencia de condiciones heroicas o prodigiosas en niños y adolescentes, quienes deben conducirse en una dimensión “cuasi-Homérica” o mítica, desplegando el mismo arrojo y fuerza física que los adultos; evidenciando con ello un alto grado de indiferencia y desinterés ante sus particulares condiciones físicas y psicológicas¹⁸⁸[44].

Si se “construye” al varón adulto como modelo de lo humano, y si los elementos objetivos de la legítima defensa (como la inminencia del ataque) parten de este modelo, obviamente se estarían imponiendo requisitos objetivos discriminatorios, que la harían inaplicable para la generalidad de los niños y adolescentes de este país, a quienes por sus particulares características físicas no puede exigírseles una reacción ni siquiera similar a la de un adulto.

En el fenómeno de la violencia social y sobre todo de la violencia intrafamiliar, los niños resultan ser el punto donde se cierra el círculo, el punto donde generalmente concurren todas las agresiones: las del agresor primario y finalmente las de la madre o mujer agredida. Siendo así, nos preocupan sobre todo las particulares exigencias que se hagan respecto de la reacción de un menor para repeler una agresión¹⁸⁹[45].

Sobre este punto en particular, el papel de la defensa pública en materia Penal Juvenil no puede ser otro que el de potenciar reinterpretaciones jurisprudenciales, sobre todo para excluir el modelo adultocéntrico de legítima defensa, cuyo contenido como hemos visto es marcadamente discriminatorio.

El camino parece ser difícil, sobre todo si se atiende al carácter marcadamente conservador de nuestros jueces. Pero desde el momento en que intentamos problematizar la realidad, queda abierta la posibilidad de lograr transformaciones, no solo teóricas si no, fundamentalmente, de las prácticas desarrolladas en el sistema penal.

Construir una perspectiva etaria en materia de legítima defensa, significa entonces y sobre todo, cuestionar los presupuestos objetivos de dicha causa de justificación, para lograr su redefinición o readecuación de acuerdo a las particulares características de la infancia-juventud en conflicto con el sistema penal: reinterpretando los tipos penales permisivos, y “rellenando” o construyendo así una particular forma de exclusión de la antijuricidad y del injusto penal¹⁹⁰[46].

Valdría la pena también, intentar un replanteamiento general de todos los tipos permisivos para que a este nivel se pueda hablar, ya con propiedad, de una perspectiva etaria en el ámbito de la justificación.

El análisis de culpabilidad respecto de las conductas conflictivas de la infancia y la adolescencia.

Como señalé páginas atrás, el objetivo fundamental del intento por construir una perspectiva etaria, es reducir la violencia selectiva y arbitraria con que trabaja el sistema penal juvenil, mediante la readecuación y reconstrucción del discurso técnico jurídico que informa su práctica.

Siendo así, la construcción de una perspectiva etaria respecto del juicio de reproche, requiere revelar, de ser posible, las particulares pautaciones culturales de la infancia-adolescencia de nuestro país; para distinguir en su caso la existencia de diferencias relevantes para el análisis de culpabilidad.

Este punto en particular es de difícil tratamiento y de aún más difícil aceptación, pues aceptar la existencia de pautaciones culturales exclusivas y características de la infancia-juventud costarricense, diversas a las generalizadas en nuestra sociedad; implicaría, por ejemplo, reconocer la existencia de contraculturas o subculturas a lo interno de nuestro país (situación no muy cómoda para el poder político), y con ello, la posibilidad de errores de prohibición culturalmente condicionados, respecto de sujetos pertenecientes a grupos o estratos sociales cuya procedencia o diversidad étnica no resulta relevante.

Sin embargo, la valoración de dicha divergencia cultural, puede ser realizada mediante mecanismos científicos, apoyada claro está en peritajes antropológico-sociológicos. Es a los antropólogos sociales y a los sociólogos a quienes les corresponde asumir una línea de trabajo en ese sentido.

En todo caso, se debe discutir este punto en particular, con el fin de determinar si es posible distinguir algún grado de inexigibilidad en la interiorización de pautaciones de conducta diversas a las del grupo social o etario al que se pertenece¹⁹¹[47]. O bien para analizar en cada caso concreto, si existe un particular grado de invencibilidad, un error de prohibición invencible (determinado por la edad y el desarrollo cognitivo) en virtud del cual no resulta posible para un joven, plantearse su conducta como prohibida y sancionada por el ordenamiento jurídico penal¹⁹²[48].

En relación directa con lo mencionado, se encuentra el análisis de la capacidad cognoscitiva de los menores en conflicto con el sistema penal. Los peritajes psiquiátricos y psicológicos que se han venido realizando, se conforman con determinar la existencia o inexistencia de algún presupuesto biológico de exclusión de la culpabilidad (por enfermedad o insuficiencia mental), sin entrar a valorar con detenimiento la coincidencia o no, entre la edad cronológica de los menores examinados y su verdadera edad psicológica o de maduración. ¿Que sucedería por ejemplo, si un menor, sin ningún tipo de patología que le impida ser consciente de sus actos, tuviese una edad cronológica de 14 años y una edad o desarrollo psicológico de 11?. Lo cierto es que dichas valoraciones actualmente no se están realizando.

Finalmente se debe agregar que, en el análisis de culpabilidad debería considerarse un aspecto de fundamental importancia, sobre todo en el caso de la infancia y adolescencia. Me refiero a un aspecto que resulta naturalmente inherente a la condición de niño o joven, como lo es la dimensión lúdica, el juego, la fantasía; aspectos de particular importancia en la vida cotidiana de los niños y adolescentes, cuya consideración resulta en extremo relevante a la hora de juzgar sus conductas.

El juego, en el caso de los niños al menos, sigue teniendo un particular sentido existencial como medio para estrechar los vínculos colectivos o el sentido de pertenencia a un grupo. Para los menores, el sentido de pertenencia o adscripción a un grupo muchas veces nace de la realización de determinados juegos. En este mismo orden de ideas vale la pena reflexionar sobre la fundamental importancia de esta dimensión lúdica en el desarrollo y formación de la personalidad de los menores¹⁹³[49], sobre todo para comprender la dimensión real de muchas de sus conductas.

El análisis sobre la dimensión lúdica, podría realizarse desde la perspectiva del error de prohibición culturalmente (etariamente) condicionado: múltiples conductas pueden ser percibidas y consideradas como un simple juego dentro de determinados grupos etarios, excluyendo la posibilidad de percibir las como sancionadas por el ordenamiento jurídico.

La reflexión debe orientarse en el sentido de determinar en qué medida el derecho a jugar, a soñar y crear fantasías, en qué medida esta dimensión lúdica que forma parte inherente de la condición de niño o adolescente y que ha sido recogida por la Declaración Universal de los Derechos del Niño, esta siendo anulada con la penalización de las conductas.

En el contexto de la sociedad disciplinaria, el problema se presenta en extremo complejo y preocupante, pues el hecho de imponer patrones de conducta de adultos a los niños y jóvenes, o el de criminalizar los suyos propios, no implica simplemente dejar de jugar. Aquí el peligro para el niño y el adolescente, para el ser humano y para la libertad, se presenta en el tanto que la criminalización de las conductas propias de los niños y adolescentes, castre su ludicidad natural, el sentido o la dimensión lúdica ante la vida, la imaginación y lo que es más importante, el derecho a soñar y a crear nuevas realidades.

A manera de conclusión: otra analogía sobre la indiferencia.

Durante muchos años, y fundamentalmente durante la Edad Media, el arte ignoró a los niños. Fueron los grandes ausentes de las creaciones más importantes. Luego, cuando se cobró conciencia de que estaban ahí, presentes, quienes les retrataban (adultos al fin), sólo fueron capaces de pintarlos como adultos reducidos, o más bien como versiones imperfectas de un adulto:

“ Hasta aproximadamente el siglo XVII, el arte medieval no conocía la infancia o no trataba de representársela; nos cuesta creer que esta ausencia se debiera a la torpeza o a la incapacidad. Cabe pensar más bien que en esa sociedad no había espacio para la infancia... El pintor no dudará en dar a la desnudez del niño, en los pocos casos en que aparece desnudo, la musculatura del adulto... En el mundo de fórmulas románicas y hasta finales del siglo XVIII no aparecen niños caracterizados por una expresión particular, sino hombres de tamaño reducido... Vemos en ello algo más que una simple coincidencia. Partimos de un mundo de representación en el que se desconoce la infancia.”¹⁹⁴[50].

La relación entre el Derecho, y particularmente, la relación entre el Derecho Penal y la infancia-adolescencia, ha sido más o menos la misma:

Primero, ignorando a estos grupos, excluyéndolos como sujetos titulares de garantías, y fundamentalmente como sujetos de enunciados, como sujetos del discurso penal de fondo; ello debido a su “inimputabilidad”, y como hemos visto, también como consecuencia de su deber de sometimiento respecto de quien detenta la autoridad en la esfera “inmune” del núcleo familiar.

Luego, cuando se ha cobrado conciencia de su presencia y de todas las arbitrariedades a que se veían sometidos en el sistema tutelar, desde nuestro mundo de adultos, en el que -como diría Saint Exupéry- hemos perdido el recuerdo de lo que significa ser niño o adolescente, nos los representamos a partir de ignorarlos. Incapaces de diferenciarlos y de particularizarlos, los captamos como “adultos reducidos” y sin ninguna objeción los “metemos” en el mismo mundo de representación categorial de los adultos. En síntesis, al igual que en el Medioevo, los desdibujamos como sujetos.

Es claro, los niños y adolescentes han sido los eternos olvidados, o más bien, los eternos ignorados de la historia. Siguen siéndolo, ahora más que nunca en nuestras sociedades dependientes y fragmentadas, en las cuales se les niega el presente y el futuro, y

se les convierte en “desechables” cuando no ocupan un nicho como consumidores. A estos clientes, el sistema penal formal ya no los ignora más... les reprime.

En la búsqueda y consecución de ese objetivo, en su mayoría sólo se han particularizado las formas procesales bajo un ropaje garantista. Esta evolución del Derecho con el fin irrefragable de reconocer a los niños y adolescentes todas las garantías procesales y derechos fundamentales, no se ha preocupado por constituir para ellos un espacio categorial adecuado a su medida.

Aún se analizan y juzgan las situaciones conflictivas en que se ven envueltos los niños y adolescentes, desde las mismas categorías con las que se analiza y juzga a los adultos. Paradójicamente, en el rechazo del modelo tutelar, de la doctrina de la situación irregular y de toda su arbitrariedad, no hemos sabido aún superar un problema mayor: el de captar y diferenciar la particular sensibilidad de la infancia adolescencia, el de seguir dibujando niños y jóvenes desde “cánones” de adultos.

El derecho y la doctrina penal no han sido aún capaces de leer, captar y "dibujar" a la infancia y a la adolescencia desde sus particulares condiciones y características. Quiero decir con ello, que no ha sido capaz de construir categorías de análisis adecuadas a esas particularidades. La empresa sigue sin realizarse, o lo que es peor aún, sin siquiera asumirse.

Es posible que la construcción de un Derecho Penal Juvenil Especializado, de una nueva rama del Derecho Penal, deba partir de la construcción de nuevas y particulares categorías de análisis. Repetimos: ¿ O es que acaso no es una muestra de autoritarismo y de indiferencia, ese esfuerzo en aplicar mecánica e indiscriminadamente a los niños y adolescentes, categorías de análisis originalmente construidas y destinadas al Derecho Penal de Adultos, otorgándoles una neutralidad que no poseen?.

El desafío queda planteado, debemos elegir entonces, entre desdibujar sujetos o derribar los dogmas...

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Defensor Público en materia penal juvenil en la defensa pública de Costa Rica. Ha sido profesor interino de derecho penal general en la Universidad de Costa Rica, Sede de Occidente. Miembro de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

195[1] En este sentido, por ejemplo, respecto de la fijación del *quantum* o duración máxima de la pena privativa de libertad, privó un criterio absolutamente irresponsable y carente de coherencia respecto de la totalidad de la Ley de Justicia Penal Juvenil, a partir de la cual se pretende más bien la utilización de otro tipo

de sanciones para desestimular la utilización de la pena privativa de libertad , ello en consonancia con los más serios estudios doctrinales y de campo a partir de los cuales ha quedado en evidencia el sinsentido de la segregación y el contenido absolutamente deshumanizante de la prisión.

196[2] Lo cual ejemplifica además un fenómeno generalizado en nuestras sociedades: el de la despolitización de la Política Criminal, mediante su transformación en una "mano invisible". La anulación del debate o la discusión, sobre aspectos tan fundamentales como la duración máxima de la pena de prisión para niños o adolescentes, representa finalmente un ocultamiento de la Política Criminal como fenómeno de Poder; dejando en posición cuestionable la "calidad" de cualquier democracia. En este sentido véase Binder (Alberto), Política Criminal de la Formulación a la Praxis, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1a edición, 1997, pp.41-42.

Un análisis, como el que se pretende realizar en el presente trabajo, crítico respecto del discurso jurídico penal asociado a las prácticas represivas del Sistema Penal Juvenil, debe estar ligado a una teoría sobre la juventud, cuya categoría central es el adultocentrismo. Precisamente por que es esta sensibilidad del adulto, la que articula y es inherente a una serie de discursos sociales sobre los niños y los jóvenes, discursos dentro de los cuales se encuentra el legal.

De manera previa, se debe aclarar qué es el adultocentrismo. En términos generales "... es una **categoría teórica** que designa en nuestras sociedades una relación asimétrica y tensional de poder entre los adultos (+) y los jóvenes (-), que por lo general toma la forma de discriminación por razones biológicas, de edad. Aparece como una relación de autoridad, justificada por la supuesta situación psicológica y vivencial (falta de experiencia), precaria y " adolescente" de los jóvenes, lo que obliga a la **vigilancia (y/o castigo) de su desarrollo**, posibilitando así la invisibilización, exclusión y silenciamiento de éstos y/o la intervención de los adultos en la esfera de autonomía de los jóvenes. En sus manifestaciones como una

"sensibilidad social" , ésta **cumple y legitima funciones de control social formal e informal** contra este sector de la población que se percibe como potencialmente transgresor y subversivo por su tendencia a agruparse y solidarizarse, lo mismo que por una tendencia natural al cuestionamiento (traducida como "rebeldía")".

Lo que interesa resaltar es que en ésta relación de autoridad se parte de la imagen del *Patriarca*, del *adulto* como modelo de perfección y madurez. En realidad con esta categoría se pone en evidencia una asimetría social construida en la cultura occidental. Asimetría que tiene como sus víctimas a los niños y jóvenes sometidos a situaciones de marginación y discriminación por su situación biológica de edad, ignorando o lo que es peor aún, invisibilizando, su realidad existencial, su personalidad, individualidad y desarrollo particulares. Debemos entonces buscar, revelar y denunciar las manifestaciones del adultocentrismo en el discurso jurídico penal de fondo.

Sobre la categoría **adultocentrismo**, puede verse ARÉVALO SOLÓRZANO (Oscar), Croquis Para Algún Día (Jóvenes de América Latina en los Noventa). Revista Pasos, San José, Edición especial # 6/, editorial DEI, 1996, pp. 43-48.

197[4] Como señalé al principio, la implementación de la Ley Penal Juvenil fue finalmente el producto de la histeria y el miedo al crimen creados por los medios de comunicación respecto de algunas conductas conflictivas particulares, atribuidas a grupos de jóvenes de zonas urbano marginales. Con lo que, la intención política para su aprobación estuvo motivada por el ansia punitiva respecto de las conductas características de ese sector específico de la población y no por una reflexión sobre la necesidad de dar vigencia real a los compromisos adquiridos al suscribir y ratificar nuestro país la Convención de Derechos del Niño.

Por eso se dice que la ley nació y finalmente se aplica de manera diferenciada. La práctica, la aplicación cotidiana de la ley, nos muestra como la clientela del sistema penal juvenil proviene mayormente de sectores con menor poder social, y con ello se evidencia, como la posibilidad de ser definido como delincuente es mayor respecto de estos sectores.

198[5] Con lo que resulta evidente que todo sistema penal judicial tiene sus principios de selección de casos. Dicho en términos más claros por el profesor Binder: “ Es una formulación simplista del Principio de Legalidad, aquella que pretende que con la sola afirmación de dicho principio, todos los casos son investigados con igual intensidad y preocupación, ésta se mueve en el terreno de la ficción”. BINDER (Alberto), Op.Cit. p.49-50, cita a pie de página #8.

199[6] Esta inversión bien puede ser producto de la extensión cultural y de la interiorización de las ideas tutelares y de la doctrina de la situación irregular, a pesar de los triunfos formales del garantismo y de la protección integral como doctrina. Con lo que todavía se considera en muchos ámbitos, que la privación de Libertad en cualquiera de sus modalidades, es una forma de caridad, a pesar de que en realidad implica una forma de sufrimiento y de limitación de un derecho fundamental. Una muestra más de que en nuestro país aún no sabemos afrontar con mecanismos diversos a la estigmatización, las situaciones conflictivas en que se ve inmersa la infancia- adolescencia.

Claro está que la explicación también puede encontrarse, en alguna motivación autoritaria, cuya coherencia lógica y jurídica definitivamente puede ser cuestionada: hace ya varios años atrás, observamos con asombro como el Tribunal Penal Juvenil, mediante reiteración jurisprudencial, integró dentro de los motivos de detención provisional el peligro de reiteración delictiva, a pesar de que no se encuentra previsto en la enunciación taxativa realizada por el artículo 58 de ley Penal Juvenil. Todo ello a soslayo de los Principios de Interpretación Restrictiva de la Ley Penal, de Especialización y de Protección del Interés Superior de los Menores, formalmente recogidos por nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido pueden verse los votos 42-97 de las 8:40 horas del 4 de marzo de 1997, 49-97 de las 15:30 horas del 10 de abril de 1997, y para todo el voto 20-98 de las 9 horas del 10 de febrero de 1998, todos ellos del Tribunal Penal Juvenil..

Sobre la difusión cultural de las ideas tutelares, véase BINDER (Aberto), Política Criminal..., p.242.

Sobre la crítica al peligro de reiteración delictiva como motivo para decretar la Prisión Preventiva, puede verse a LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), La Prisión Preventiva (Límites Constitucionales), San José, Universidad para la Cooperación Internacional, 1a edición, 1997, pp. 234-251.

200[7] Una reforma en el Sistema Penal, no puede quedarse exclusivamente en el plano normativo. Debe ser multidimensional, suscitar también transformaciones infraestructurales, administrativas, ideológicas y culturales, que redunden en transformaciones reales, materiales, empíricamente verificables, de las prácticas del Sistema Penal.

201[8] Ya para el caso concreto del control social y de sus mecanismos formales e informales, se pretende dejar en claro la utilización de este mecanismo como instrumentos de contención política. Siendo así, la categoría “**otredad**” designa el producto de una estrategia política del desencuentro y la fragmentación social. Si afirmo esto, es porque en nuestras sociedades, las tecnologías del poder realizan fundamentalmente la anulación de la “**alteridad**”, (como posibilidad de suscitar la diferencia respecto de la realidad axiológica y material), mediante la construcción de la “**otredad**”, una diferencia a lo interno del pueblo latinoamericano que destruye su identidad. La construcción de la “**otredad**” como racionalidad política, sirve para la diferenciación y fragmentación de sujetos y sectores sometidos a asimetrías sociales, con fines políticos y económicos. Esta posición ya la he desarrollado más ampliamente.

Puede verse CHAN MORA (Gustavo), Noción de Delito, Castigo y Ejercicio del Poder Político en la Sociedad Fragmentada. Elementos para la Construcción de una Nueva Lógica de lo Sancionatorio. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, 1996, 227 p.

Sobre la fragmentación de la sociedad como estrategia política, resulta de particular interés el ensayo realizado por Alberto Binder. Véase: BINDER (Alberto), **La Sociedad Fragmentada**, en Política Criminal... Op.Cit. pp.81-92.

202[9] En nuestro medio, la incongruencia entre garantías constitucionales y prácticas represivas, ha sido adecuadamente ejemplificada por el Doctor Gilbert Armijo en lo que respecta a la actividad policial. El Doctor Armijo muestra además como dicha incongruencia se ha verificado en sede jurisdiccional. En este sentido, un estudio realizado en materia penal de adultos mostró como numerosas sentencias condenatorias se basaban exclusivamente en confesiones judiciales o extrajudiciales, prescindiendo de cualquier otro sustento probatorio y lo que es más grave, soslayando la realización del juicio de tipicidad penal. La incongruencia entre teoría y práctica es parte de nuestra historia, la experiencia nos demuestra que sigue siendo parte de nuestra realidad.

Sobre estos puntos en particular, puede verse:

ARMILLO SANCHO (Gilbert), Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y La Transición al Nuevo Proceso Penal, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1ª edición, 1997. pp.198-233, 252-256 y p. 278, cita a pie de página # 46, respectivamente.

203[10] Nos referimos a la necesidad de estudiar y distinguir el margen de distorsión entre la Política Criminal proyectada a partir de la Ley de Justicia Penal Juvenil y la Política Criminal finalmente realizada por la gestión de los jueces y de todos los involucrados en las prácticas del Sistema Penal Juvenil.

204[11] El poder (la posibilidad de determinar o hacer posibles ciertas conductas en los sujetos) se realiza mediante espacios visibles (contenidos) y mediante enunciados o discursos (expresiones), a los cuales corresponde una **forma** y una **sustancia**. Todo espacio visible tiene a la vez una **forma**, o sea una particular distribución, organización o utilización del espacio, y una **sustancia**, compuesta por ejemplo, por los sujetos dispuestos en esa organización del espacio. También los discursos tienen a la vez una **forma**, o sea una particular manera de organizar el conocimiento, y una **sustancia** compuesta por los sujetos a los cuales va dirigido el discurso, que a la vez son el objeto al cual se refiere dicho conocimiento.

En este caso en particular, me interesa recalcar que la transición del modelo Tutelar al modelo Punitivo Garantista Penal Juvenil, no implicó, en lo fundamental, la construcción de una nueva **forma** del discurso en el derecho Penal de fondo. **Lo que se ha realizado es una traslación mecánica del discurso penal, a una sustancia (niños y adolescentes) cualitativamente distinta.** Siendo así, la pregunta a responder es precisamente la siguiente ¿Cuanta indiferencia o arbitrariedad puede encontrarse en la aplicación automática a niños y adolescentes, de formas discursivas, de categorías de análisis construidas para otro tipo de sujetos (adultos)?

Forma y Sustancia de Contenido y de Enunciación, son categorías creadas y utilizadas por el filósofo francés Gilles Deleuze para explicar el análisis realizado por Michel Foucault respecto de la relación existente entre Poder y Conocimiento. Para un estudio detallado de este punto en particular, puede verse: DELEUZE (Gilles), Foucault, Barcelona, Ediciones Paidós, 1987, pp. 77-80.

205[12] Con ello objetamos aquella proposición que imagina al saber como algo desinteresado o neutral donde las relaciones de poder se hallan anuladas. Más bien consideramos que “el poder produce saber”, que toda relación de poder constituye un campo de saber, y que el saber supone y constituye relaciones de poder. En este contexto, se ofrece para la discusión la tesis de que el concepto técnico jurídico de delito de ninguna manera es neutral, sino que más bien permite y actualiza las relaciones de poder propias del Sistema Penal, y que en el caso del Sistema Penal Juvenil permite y actualiza formas de dominación adultocéntricas, como veremos más adelante. Sobre la relación conocimiento - poder puede verse:

FOUCAULT (Michel), Vigilar y Castigar Nacimiento de la Prisión, México D.F., Editorial Siglo XXI, Decimoctava edición en español, 1990, pp. 34-35.

FOUCAULT (Michel), La Verdad y las Formas Jurídicas, Barcelona, Editorial Gedisa, Cuarta edición, 1995, p.28.

DELEUZE (Gilles), Op.Cit., pp. 65-80.

POSTER (Mark), Foucault, El Marxismo y la Historia, México D.F., Editorial Paidós, 1a edición, 1991, pp. 113-120 y 135-164.

206[13] Véase infra, notas # 31, 33 y la cita textual # 38.

207[14] Vale la pena apuntar, que en este nivel de la reflexión teórica y desde nuestra realidad Latinoamericana, el Profesor Zaffaroni ya ha trazado el camino para la construcción de un nuevo discurso “penal” (si se le puede denominar así). Sobre el concepto Técnico Jurídico de Delito ha dicho, que como concepto general es indefinible, puesto que el delito no “es”, ontológicamente hablando. No tiene naturaleza o caracteres esenciales que lo hagan susceptible de ser definido. En este sentido el Profesor E.R. Zaffaroni, frente al concepto jurídico de delito planteado como dogma, ha afirmado que en realidad: “ ... no es tal, sino que es la síntesis de los requisitos que debe presentar cualquier acción conflictiva de un autor seleccionado por el poder del sistema penal, para que la agencia judicial responda al proceso de criminalización en curso”.

Respecto de la construcción de un derecho penal juvenil de fondo, vale la pena aclarar que coincido con la posición del Dr. Javier Llobet cuando afirma que **cuantitativamente** el aspecto más característico o identificatorio del derecho penal juvenil es lo atinente a las sanciones, aspecto de fondo; y no lo relativo a normas procesales como erróneamente ha planteado el Doctor Emilio García Méndez. No obstante, considero que eso no significa que no se pueda o deba avanzar más en la construcción de un discurso penal juvenil de fondo “caracterizante” en tanto realmente especializado: construyendo un catálogo específico de delitos para esta materia, pero lo que es más importante, particularizando sobre aspectos de teoría del delito desde un punto de vista etario.

Sobre la Crítica al “concepto” técnico jurídico de delito, puede verse a:

ZAFFARONI (Eugenio Raúl), En Busca de las Penas Perdidas, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima editora comercial, industrial y financiera, 1ª edición, 1989, p.253 y pp. 251-288.

Sobre las sanciones como aspecto característico del derecho penal juvenil, y la polémica suscitada al respecto, puede verse: TIFFER (Carlos) y LLOBET (Javier), La Sanción Penal Juvenil y Sus Alternativas en Costa Rica, San José, Unicef-Ilanud-Comunidad Europea, 1999, pp.11-12, y 88.

208[15] Tal parece ser uno de los motivos originales que ha rodeado la reforma legal que en materia procesal penal ha sido implementada en nuestro país. Motivación presente, al menos, en algunos de los gestores de dicha reforma. En todo caso, detrás de la reforma podemos leer una gran transformación de las pautas ideológicas generales de la política criminal costarricense. El alcance de dicha transformación puede ser comprendido a partir del ejemplo de la conciliación entre partes. Dicho instituto procesal rompe nada más y nada menos que con el modelo Racional Abstracto construido desde el clasicismo y neoclasicismo penal. Rompe con el modelo que asocia siempre al delito una pena o castigo como consecuencia lógica invariable, y permite el surgimiento de otros valores como la bondad o el perdón. Con ello se derriba uno de los pilares fundamentales del Derecho Penal "Clásico" y de aquella posición, según la cual el proceso penal es mera reactualización o reconstrucción histórica para el castigo, abriendo paso a la visión del proceso como medio para la solución de conflictos interpersonales, mediante la provocación del encuentro entre sujetos individuales y por qué no, sociales. Por otra parte es una forma de socialización de la práctica jurídico penal, con lo que se tiende a su democratización mediante la intervención y participación directa de los ciudadanos. El reto planteado, consiste en potenciar desde la conciliación como nueva práctica relacional, el surgimiento de nuevas formas de conocimiento, y por qué no, de una nueva percepción social de lo que es considerado y tenido como delito. Las posición jurisprudencial más reciente, en el tanto que cierra o restringe esta nueva práctica o gestión respecto de los conflictos, implica un claro retroceso en la construcción de una nueva práctica relacional entre los sujetos.

[16] Especialización, que aún en el plano organizacional de los juzgados y tribunales costarricenses en realidad no se ha verificado. Sobre todo si tomamos en consideración, que el conocimiento de la materia Penal Juvenil fue recargado en la mayor parte del país en los juzgados de familia. De lo que dudamos fundamentalmente es de la idoneidad de dicho recargo, primero por la fuerte visión tutelar que conservan muchos de los juzgadores de esa materia, pero sobre todo por el mismo perfil que requiere la judicatura respecto de los jueces de familia.

Respecto de la especialización del Tribunal Penal Juvenil, la misma aún no ha podido ser totalmente verificada, pues la integración del tribunal se ha modificado constantemente. Dicha situación se ha traducido en **resoluciones “pendulares”**, en las cuales no se evidencia aún una uniformidad de criterios, respecto de

numerosos aspectos,. Valga retomar el ejemplo del peligro de reiteración delictiva como causal de detención provisional en materia de menores: En materia de detención provisional, el “péndulo ha oscilado” entre aquél extremo en que sin mayor reparo se aceptan criterios de peligrosidad como fundamento de la detención provisional (por ejemplo, votos 42-97, 49-97, 20-98 del Tribunal Penal Juvenil), y aquél otro en que se rechaza dicho criterio e inclusive se llega a afirmar que el peligro de reiteración delictiva, como criterio peligrosista, se encuentra en franca contradicción con el principio de inocencia, al prejuzgar sobre la culpabilidad del acusado (por ejemplo votos 2-96, 168-97 y 181-97); último criterio con el que obviamente coincidimos.

Con lo referido queda en evidencia que nuestra materia penal juvenil aún se encuentra permeada por criterios propios de la materia penal de adultos, y se sigue debatiendo por una verdadera especialización .

Obviamente dicha situación puede verificarse en otros aspectos prácticos y teóricos.

209[17] TIFFER SOTOMAYOR (Carlos), Proporcionalidad en el Proceso Penal con Especial Referencia en la Ley de Justicia Penal Juvenil, Ponencia para el Congreso de Derecho Procesal Penal y Derechos Fundamentales. La Catalina, Heredia, 19 de abril de 1998. p.19.

* Valga la aclaración hecha en la parte final de la nota al pie de página # 14.

210[18] SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia), La Mujer en el Proceso Penal, en Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal, San José, Fondo Editorial del Colegio de Abogados, 2a edición, 1997, p.408. La autora llega a esta conclusión al realizar su análisis desde la perspectiva de género.

211[19] Parafraseamos a la Doctora Elena Larrauri, quien se refiere al caso de las mujeres, obviamente desde una perspectiva de género. Ver LARRAURI (Elena), La Mujer ante el Derecho Penal. Revista de Ciencias Penales, San José, #11, julio de 1996, p.12.

212[20] Ante una respuesta afirmativa, no dudamos que debe ser aprovechada la crítica construida desde la perspectiva de género, con la cual se ha descodificado al derecho penal en su carácter de instrumento androcéntrico de dominación, que produce y reproduce estructuras de pensamiento creadas a partir de patrones estrictamente masculinos, a partir de los cuales se considera a la población femenina únicamente en función de las necesidades y preocupaciones del grupo masculino dominante. SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia), Op.Cit, p.405

213[21] En materia Penal de adultos, los clientes del sistema se caracterizan por ser adultos, de entre 18 y 35 años de edad, de baja escolaridad, sin trabajo y fundamentalmente pobres. En materia de menores una investigación del ILANUD, determinó que **el 89% de los casos sancionados por los sistemas de justicia juvenil corresponden a las dos categorías sociales de menor ingreso familiar**. En este sentido puede verse

CARRANZA (Elías), Criminalidad ¿Prevención o Promoción?, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1ª edición, 1994, p 117.

214[22] ZAFFARONI (Eugenio Raúl), Op.Cit., En Busca de..., pp.251-288.

215[23] ZAFFARONI (Eugenio Raúl), Op.Cit., p.256.

216[24] Véase Infra, nota al pie #28.

217[25] Sobre este punto en particular, se ha establecido que: " Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de contar con políticas progresistas de prevención de la delincuencia... que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás". Fijando a su vez la necesidad de emplear la "... remisión a otros servicios, y de recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los menores al sistema de justicia penal". ONU, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil "Directrices de Riad", Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 45/112, directrices 5 y 58, respectivamente.

De la misma manera, La Convención sobre los Derechos del Niño señala que: " Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para... tratar a esos niños [en conflicto con el sistema penal] sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetaran plenamente los derechos humanos y las garantías legales". ONU, Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por Ley #7184 del 12 de julio de 1990, " La Gaceta #149 de 9 de agosto de 1990", art. 40 inc. 3.b.

De manera coincidente puede verse: ONU, Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores "Reglas de Beijing", Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1985, Resolución 40/33, Regla 11.1.

218[26] El caso particular de este motivo de agravación, que tiene como base la simple concurrencia o pluralidad de autores, tiene como fundamento en el mayor poder vulnerante de la actuación realizada por tres o más personas. Sin embargo, es válido cuestionar si esta protección intensificada del bien jurídico, resulta proporcional en todos aquellos casos en que intervienen en la comisión del ilícito solamente menores. O en otros términos, si es dable afirmar de manera invariable, la existencia de un mayor poder vulnerante por la sola concurrencia de tres menores de edad. En todo caso, ¿ Cuando se pensó este motivo de agravación, cuando se aprobó la norma, se tomó en consideración que iba a ser aplicada a niños o adolescentes?.

Sobre este motivo de agravación, véase CREUS (Carlos), Op.Cit., pp-460-461.

219[27] Utilizo el concepto de ideología en el mismo sentido que lo emplea Alessandro Baratta al realizar su clasificación de las Teorías Tecnocráticas y la Teorías Ideológicas de la pena. La ideología o el manejo ideológico, en este caso, designa una distorsión u ocultamiento de la realidad. En el caso de los tipos penales, la remisión que hace la Ley Penal Juvenil al Código Penal, produce en los ciudadanos y en los operadores del Sistema Penal un consenso respecto de una imagen ideal y mixtificada del origen y funcionamiento de los tipos penales: la idea de su neutralidad. Que oculta precisamente el hecho de que **fuieron construidos para ser aplicados a adultos, y que su aplicación indiscriminada a los menores implica una forma de dominación adultocéntrica**. Sobre el modelo del saber ideológico en la legitimación del Sistema Penal, véase BARATTA (Alessandro), Viejas y Nuevas Estrategias en la Legitimación del Derecho penal. Revista Poder y Control, Barcelona, #0, 1986, pp. 83-86

220[28] Como proyecto por construir, luego de un análisis pormenorizado de los tipos penales existentes en materia penal de adultos, y de su confrontación con las particulares condiciones de la infancia-adolescencia; en lugar de utilizar un modelo de simple remisión al derecho penal de adultos, bien podría optarse por un modelo especializado de tipificación penal de las conductas.

Quiero decir que podría emplearse un modelo restrictivo especializado, o sea un Código **Penal** Juvenil, en el que se seleccione solamente un número restringido de conductas o situaciones conflictivas graves y de alta dañinidad social. Dejando ver, de manera clara, cuales tipos penales pueden ser realizados por menores y cuales no.

En el derecho comparado, en Chile por ejemplo, el anteproyecto de la Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal, realiza una selección restrictiva mediante su artículo 4. En otros términos los menores de 18 años, solo pueden ser perseguidos penalmente por un número restringido de “infracciones juveniles”, por conductas precisamente señaladas y delimitadas mediante ley especializada.

Sobre este aspecto puede verse:

Anteproyecto de Ley Sobre Responsabilidad por Infracciones a la Ley Penal, en Infancia, Ley y Democracia, #1, Santiago de Chile, Ministerio de Justicia-Unicef, 1998, pp.13-28.

221[29] BACIGALUPO (Enrique), Lineamientos de la Teoría del Delito, San José, Editorial Juricentro, 2a edición, 1985, p.31.

222[30] La discusión debe extenderse además a figuras en que puede darse esta exigencia de adultez: el Rapto Impropio, la Corrupción de Menores, la Rufianería, la Violación por la causa exclusiva de que la víctima sea menor de 12 años, etc.

223[31] Ya desde el año 1995, desde la perspectiva de las teorías del relativismo cultural y del conflicto de normas de cultura, el criminólogo Elías Carranza llamaba la atención y proponía la reflexión sobre el castigo

de jóvenes menores de edad, por el delito de estupro, aún cuando mediaba el consentimiento y la ignorancia de parte de los menores de que se cometía un “delito”. Véase CARRANZA (Elías), Op.Cit., p.40.

224[32] CREUS (Carlos), Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2a edición, 1988, p.207.

225[33] Hasta la utilización de conceptos como el de víctima y victimario, se hacen de difícil manejo respecto de los menores que intervienen por mutuo acuerdo en una relación sexual. Detrás de esta problematización, debe realizarse no sólo una revisión del tipo penal referido, desde una perspectiva etaria, sino también una revisión que parta de las pautaciones culturales vigentes entre la juventud respecto de su conducta sexual, pautas de la realidad de las cuales parece estar divorciada la ley. Sobre todo, por que la madurez sexual atiende a pautaciones culturales y no a criterios legales. De ahí que la penalización de la relación sexual consentida entre jóvenes, resulta ridícula y culturalmente arbitraria, **sobre todo entre jóvenes o pre adolescentes entre los cuales no parece exigible que interiorizen una relación sexual como conducta sancionada por el ordenamiento jurídico como delito.**

226[34] Esta fue la opción propuesta en Chile, en dónde se estableció que algunos delitos sexuales previstos para adultos “...sólo podrán constituir una infracción juvenil a la ley penal si la diferencia de edad existente entre el joven y la víctima es al menos de cuatro años.”

Véase, Anteproyecto de Ley Sobre Responsabilidad por Infracciones a la Ley Penal, en Ifancia, Ley y Democracia, #1, Santiago de Chile, Ministerio de Justicia-Unicef, 1998, art. 5.

227[35]El Doctor Juan Bustos Ramírez ya ha esbozado esta posición.

Conferencia del Dr. Juan Bustos Ramírez, desarrollada en el Seminario de Análisis del Proyecto de Ley de Protección de Derechos del Niño y el Adolescente, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 24 y 25 de marzo de 1999.

La información al respecto, fue suministrada por el Lic. Alejandro Rojas Aguilar, coordinador de la defensa pública penal juvenil de Costa Rica.

228[36] En palabras de Luigi Ferrajoli: “El estado paleo-liberal, partiendo de la confusión entre libertad y propiedad y entre derechos y poderes, preservó el máximo número de estos ámbitos [ámbitos de vida y esferas de poder] de la intervención del derecho reservándolos a la «libertad» del ciudadano: sobre todo la fábrica, donde no entraba el derecho; en segundo lugar, **la familia, sujeta a la absoluta potestad del padre y, por consiguiente, a las dinámicas de las relaciones internas de fuerza... instituciones totales que**

formaban, y en parte forman todavía, ordenamientos particulares dentro del ordenamiento general.”

Suplimos la negrilla y lo escrito entre llaves.

Sobre este punto en particular, véase a: FERRAJOLI (Luigi), Derecho y Razón, Traducción al español de IBAÑEZ (Perfecto Andrés) y Otros, Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 935-934.

229[37] FERRAJOLI (Luigi), Prefacio en Ifancia, Ley y Democracia, #1, Santiago de Chile, Ministerio de Justicia-Unicef, 1998, p.9.

230[38] BACIGALUPO (Enrique), Op.cit, p.68. La negrilla es suplida.

Esta posición, de exclusión del derecho de defensa necesaria o legítima defensa se encuentra también en: BACIGALUPO (Enrique), Manual de Derecho Penal, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis, 1a. edición, 1994, p.127.

231[39] La falta de provocación suficiente de la persona que se defiende, exigida en otras legislaciones como requisito del tipo objetivo de la justificante, debe ser abordada en nuestro medio desde la perspectiva de la necesidad de la defensa, para determinar la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la Agresión. Véase CHIRINO SANCHEZ (Alfredo) y SALAS PORRAS (Ricardo), La Legítima Defensa, Alcances y Límites Dogmáticos y Jurisprudenciales, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1a edición, 1993, pp. 59-62.

232[40] LARRAURI (Elena), citada por SANCHEZ ROMERO (Cecilia), Reflexiones..., Op. Cit, P.408.

233[41] LARRAURI (Elena), Jornadas de Criminología y Política Criminal, Colegio de Abogados de Costa Rica, del 3 al 7 de abril de 1995. Apuntes personales.

234[42] CHIRINO SANCHEZ (Alfredo) y SALAS PORRAS (Ricardo), Op. Cit, p.53.

235[43] SANCHEZ ROMERO, Op. Cit, p.408

236[44] Este desinterés de los adultos para representarse la realidad de la infancia y de la adolescencia, al exigirles la misma fuerza física, la misma valentía y posibilidad de reacción, ha sido parte de la historia de la

cultura occidental. Para ejemplificar la indiferencia del mundo adulto ante la realidad de la infancia, Philippe Ariés señala que: “ Los historiadores de la literatura han hecho la misma observación a propósito de la epopeya, donde los niños prodigio se conducen con el mismo **arrojo y fuerza física** que los valientes. Sin duda alguna, eso significa que los hombres de los siglos X y XI **no perdían el tiempo con la imagen de la infancia, la cual no tenía para ellos ningún interés, ni siquiera realidad.**” La negrilla es nuestra. La misma indiferencia, podría señalarse respecto un análisis adultocéntrico de la legítima defensa, en que no se incorpore una perspectiva etaria, un análisis de las particulares condiciones físicas y psicológicas de los jóvenes.

Véase, ARIÉS (Philippe), El Niño y la Vida Familiar en el Antiguo Régimen, Madrid, Editorial Taurus, 1ª edición, 1987, p.59. En este sentido véase **Infra**, nota 39, p.

237[45] No se debe olvidar la añeja y peligrosa posición que tiene cierta doctrina señalada páginas atrás, en el sentido de excluir tajantemente cualquier posibilidad de que un hijo desarrolle una legítima defensa respecto de las agresiones de su padre.

238[46] De manera inmediata, y con particular importancia, se debe provocar la adecuación de la inminencia de la agresión y de la necesidad y proporcionalidad de la defensa con que se repele dicha agresión. Alguna Jurisprudencia “germinal” ha sido emitida ya por la Sala Tercera. Debemos potenciar entonces interpretaciones similares en la Jurisprudencia del Tribunal de Casación. Cobran particular importancia los votos 327-92 y 274-93 de la Sala Tercera. El primero de ellos por que recoge la agresión constante y reiterada dentro del concepto de inminencia, con lo cual un homicidio que en principio fue sancionado bajo la atenuante de la emoción violenta, fue finalmente tenido como justificado bajo las reglas de la legítima defensa. El segundo porque implicó un análisis de necesidad y racionalidad concreto, en el sentido de que atendió las particulares características y situación de la mujer agredida, admitiendo la causa de justificación de la legítima defensa aún cuando la defensa desplegada pudiera ser considerada en abstracto como excesiva.

46Como ya mencioné anteriormente para el jemplo del estupro, **no parece exigible, sobre todo entre jóvenes o pre adolescentes, que interiorizen o se representen una relación sexual consentida, como conducta sancionada por el ordenamiento jurídico, como delito.**

Siguiendo la recomendación de Elías Carranza, y aplicándola al caso particular de la materia penal juvenil, debe profundizarse la investigación criminológica que diferencie las particulares pautaciones culturales en que se desenvuelve la infancia -adolescencia de nuestro país. Sobre todo por la trascendencia que dicho enfoque podría tener, por ejemplo, en el análisis del error de prohibición, como motivo de exclusión de la culpabilidad. De donde la importancia práctica de este tipo de enfoques resulta obvia.

Sobre la propuesta de investigación criminológica a partir de las teorías del relativismo cultural, puede verse: CARRANZA (Elías), Op.Cit., p.40.

239[47] Para un ejemplo de error de prohibición culturalmente condicionado, vale lo apuntado para el estupro en la parte final de la nota 33.

240[48] Varios años atrás, la Fiscalía Adjunta Penal Juvenil de San José acusó formalmente por privación de libertad a tres niños, cuya conducta supuestamente consistió en encerrar a un compañero de escuela en el aula y no dejarlo salir; conducta de por sí común y reiterada como un juego en dicho lugar. El ejemplo resulta apropiado para ser abordado desde el análisis de culpabilidad, en el sentido de si resulta invencible la percepción que puedan tener dichos menores de su accionar como un simple juego, razón que impediría su “visualización” como conducta sancionada, y con ello impediría la posibilidad de motivarse conforme a derecho.

241[49] La importancia de esta dimensión, consubstancial a la condición de niño, ha sido comprendida hasta el punto de enunciarla formalmente como un derecho de todos los sujetos pertenecientes a este grupo etario.

La declaración de los Derechos del Niño en su principio 7 establece claramente que “ El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones...”. En el mismo sentido, el Código de la Niñez y la Adolescencia establece en su artículo 73 que “ Las personas menores de edad tendrán derecho a **jugar** y participar en actividades recreativas, deportivas y culturales...”. Sin embargo la enunciación formal de este derecho no garantiza su verificación material, ya que el mismo se encuentra muchas veces anulado, por el trabajo infantil de subsistencia por ejemplo, y resta determinar en que medida, por la criminalización de las conductas.

242[50] En este sentido, luego de un pormenorizado “rastreo arqueológico”, el historiador Francés Philippe Ariés, demuestra la indiferencia y la arbitrariedad con que el mundo adulto en la cultura occidental, se ha representado y se representa a la infancia, sin reconocer sus particularidades. Véase: ARIÉS (Philippe), Op.Cit., pp. 57-59. La negrilla es nuestra.

LOS DERECHOS INDÍGENAS Y SU SITUACIÓN FRENTE AL DERECHO PENAL (El caso del error culturalmente condicionado) *

J. Federico Campos Calderón *

“El principio por lo menos parece claro:
la Constitución debe ser ciega.
Si el sujeto es el individuo, no lo habrá de ser como tal
el indígena ni tampoco ya, como tal, el no indígena.
Habrán de serlo ambos por lo que tienen en común
y no por lo que les distingue”.
(Bartolomé Clavero, 1994)

Sumario:

1.- ASPECTOS INTRODUCTORIOS. 2. LEY PENAL, DERECHOS HUMANOS y CULTURA INDÍGENA. a) La situación del indígena Latinoamericano. a.1- Ley penal y cultura indígena. a.2- Los derechos indígenas y su tutela jurídica dentro del marco de los derechos humanos. 3. EL ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO. a) El Error de comprensión (culturalmente condicionado). a.1- Naturaleza del planteamiento de E.R. Zaffaroni. a.2- Tipos de error culturalmente condicionado. a.2.1- Como un error de comprensión. a.2.2- Como un caso de conciencia disidente. a.2.3- Como justificación putativa. a.3- Comentario crítico a la posición del autor. a.3.1- En el supuesto de conciencia disidente no hay error de prohibición. a.4- El caso del error culturalmente condicionado en la jurisprudencia penal costarricense. a.5- Las condiciones sociales y culturales en la

legislación penal costarricense como presupuestos valorativos para la determinación de la culpabilidad y de la pena. 4. CONCLUSIONES.

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS.

-

El presente trabajo tiene como objetivo esencial abordar la problemática situación que afronta el indígena latinoamericano en su cotidiana relación con la Ley penal, fenómeno social que se presenta con menor medida en Costa Rica, ello debido a los pocos indígenas que habitan nuestra región, sin embargo, no significa que aunque poco numerosos, no se trate de individuos que potencialmente estén al margen de una injusticia frente a la Ley penal en razón de la incomprensión por parte de los operadores del sistema de administración de justicia de algunas peculiaridades legales al momento de valorarse la aplicación de la norma penal a un sujeto de estos y en un caso concreto, problema éste que lamentablemente es más suscitado en otros países del área de Latinoamérica.

Cualquier indígena que esté sometido a un proceso penal merece nuestra atención, ya que es relevante determinar bajo qué circunstancias pudo haberse determinado su comportamiento, razones que bien podrían estar comprendidas dentro de la figura del Error y con consecuencias relevantes en la fijación de su responsabilidad penal.

Concretamente, en primer término se abordará aquí el tema de la relación existente entre la Ley penal, los derechos humanos y la cultura indígena, en este sentido, se hará conciencia sobre la necesidad de considerar a los indígenas y frente a todas las circunstancias como detentadores de los derechos humanos, los cuales deben ser siempre respetados y de la misma manera como sucede con los atinentes a cualquier otro ciudadano común. También se esbozarán algunas consideraciones sobre la importancia del relativismo que debe existir cuando haya antinomias en la aplicación de la ley penal a un sujeto miembro de un grupo indígena y cuya conducta pudo haber estado culturalmente condicionada, ya que aunque en principio parezca delictiva la acción, bien pudo tratarse de un hecho constitutivo de un Error culturalmente condicionado.

No obstante lo anterior, en contraposición a lo estimado por el autor argentino E. R. Zaffaroni, considero que ésta modalidad de error –que toma en cuenta los condicionamientos culturales como un elemento que incide en la comprensión de la norma penal- debe ser interpretada con algunos matices, ya que no en todos los supuestos se incurre en una imposibilidad de comprensión de los alcances de la norma, más bien creer en ello podría conllevar a la impunidad de verdaderos delitos que sean cometidos bajo argumentos de carácter religioso, político u otros similares.

Al momento de la punición de los delitos y en general ante la respuesta del reproche jurídico-penal debe tenerse específico cuidado cuando se trata de procesados indígenas, quienes por lo general en Latinoamérica han sido víctimas del sometimiento de sus costumbres a una legislación penal que desconocen y que les ha sido impuesta desde la

época de la Conquista hasta la fecha, de forma indiferente, como a cualquier ciudadano, sin tomar en consideración las peculiaridades que inciden en su conocimiento sobre el significado de la Ley, matices estos que no son relativos a una cuestión de inimputabilidad, sino más bien a condicionamientos culturales que les dificulta o en muchos otros casos les impide asumir como propias dichas normas penales, dando origen así a una antinomia entre la Ley penal y sus formas de organización social.

Debe considerarse también, que durante muchos años han existido en las relaciones sociales internas de los grupos indígenas otras reglas de orden consuetudinario, las que tanto ellos como todos sus antepasados han seguido fielmente, pero a pesar de lo anterior, muy poco nos ha importado brindarle a esas normas sociales y jurídicas la relevancia penal que sí tienen, salvo como un simple detalle referencial histórico.

2. LEY PENAL, DERECHOS HUMANOS Y CULTURA INDIGENA.

a) La situación del indígena Latinoamericano.

a.1- Ley penal y cultura indígena.

Muy pocas veces se reflexiona acerca de los criterios de administración de justicia que durante cientos de años ha regulado las relaciones internas y los conflictos entre los grupos indígenas, me refiero concretamente al derecho consuetudinario y demás normas que a duras penas han perdurado dentro de las diversas culturas indígenas latinoamericanas, a pesar que desde la llegada de los españoles al continente americano dichos grupos han sido sometidas a un brutal etnocidio²⁴³[1] por parte de nuestros antepasados europeos y en la actualidad a una discriminación generalizada de los pocos grupos que aún sobreviven, inclusive por parte de la misma ley penal, a pesar de que en algunos países del área centroamericana existe aún mayoría poblacional indígena, tal y como es el caso de Guatemala, y de otros países suramericanos como Bolivia, Ecuador y Perú, donde los indígenas representan la mitad o más de la población total²⁴⁴[2]. En general, se estima que en la totalidad del continente americano existen aproximadamente 40 millones de indígenas, de los cuales cerca de 12 millones de estos habitan sólo en México²⁴⁵[3]; sin embargo –como se indicó– en el caso de Costa Rica el número es bastante reducido, ya que

actualmente sólo habitan aproximadamente 50 mil indígenas, distribuidos en 22 reservas a través de todo el territorio nacional²⁴⁶[4].

Las comunidades indígenas son todas aquellas que en la actualidad tienen una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y colonización española, que se consideran distintas a otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, que antes eran suyos pero de los cuales –hay que reconocerlo- fueron despojados en forma inmisericorde. Hoy día, lamentablemente aún constituyen sectores marginados, sin embargo están en pie de lucha procurando que se respeten todos sus derechos y costumbres con la finalidad de preservarlas y transmitir las a sus demás descendientes²⁴⁷[5].

Es importante destacar, la necesidad de tener en consideración al aplicar la ley penal la totalidad de factores diferenciales existentes entre la cultura de los grupos indígenas y la realidad de nuestras sociedades, dando de esta manera relevancia al principio constitucional de igualdad, que conlleva a su vez a un necesario trato desigual a favor de una diversidad cultural que se encuentra desprotegida, con el fin de que se les permita formalmente igualarse con quienes tienen la ventaja de comprender y seguir una ley penal que se pretende imponer sin tomar en cuenta esas diferencias.

Hay quienes consideran que debe ser sostenido el principio de que la ley penal rige en forma igual para todos los individuos; mientras que otros piensan, que las características propias del indígena y su situación social demandan que se incluyan reglas especiales en las legislaciones penales donde se tomen en consideración tales aspectos²⁴⁸[6]. Al respecto, también debe tenerse en cuenta que, al igual como sucede en nuestras sociedades, las diferencias están presentes entre los mismos pueblos indígenas, razón por la cual sería erróneo aplicar criterios de solución únicos y generales para todos los grupos étnicos.

Simplemente se trata de buscar soluciones en procura de resultados justos, pero nunca recurriendo a la aplicación de criterios discriminatorios, tal y como lo han hecho en el pasado algunas legislaciones latinoamericanas; por un lado, catalogando de inimputables²⁴⁹[7] a los indígenas con la supuesta intención de otorgarles un “beneficio” en relación con la aplicación de la ley penal, o por otro lado, considerándolos también erradamente como grupos minoritarios, a pesar de que como ya se indicó, algunos son en sus países mayoría poblacional. Lo anterior es un claro reflejo de una visión etnocentrista que ha caracterizado durante muchos años las relaciones con estos grupos, es por ello que debe recurrirse a un relativismo cultural que tenga como orientación la comprensión y el

respeto de las diferencias existentes con esos grupos, para atemperar así dicho etnocentrismo que aún prevalece y que ha llevado no sólo a considerarlos como minorías, sino que también inimputables.

Esto conlleva al derecho penal a la búsqueda y aplicación de figuras jurídicas que permitan tener en cuenta esas circunstancias especiales, que bien pueden ser determinantes en la comisión de un hecho que para nosotros es delictivo, pero que para la cultura indígena puede no serlo, sino más bien una situación normal. Una de estas soluciones posibles la representa el error de prohibición, cuando por un condicionamiento cultural se da la imposibilidad para el Indígena de comprender la norma penal, es decir, se trata de una antinomia o contradicción entre una conducta que para nosotros es delictiva, pero que la misma no puede ser interiorizada o comprendida por los Indígenas porque choca con sus costumbres, ya que para ellos es un acto lícito o que está dentro de lo que es moralmente tolerable.

No siempre los hechos que para nosotros configuran delito son considerados así por los grupos indígenas, pues en muchos casos estos forman parte de sus costumbres o ritos²⁵⁰[8]. En este sentido, hay prácticas de la medicina indígena tradicional que requieren de la utilización de plantas específicas, cuyo origen se remonta a épocas pre-coloniales y que están legalmente prohibidas, a pesar de ello, no significa que los indígenas tengan que sufrir por el mal uso que nosotros le hemos dado a las mismas, privando a ellos y a su medicina de su uso²⁵¹[9], sin embargo no se prohíben otras actividades -como el tabaco y el alcohol- cuyo consumo también causa adicción, ya que detrás de ello hay una actividad empresarial que genera millones de dólares y de colones a quienes las poseen.

Por otro lado, existen algunas prácticas sexuales que para nosotros son moralmente inaceptables y además constitutivas de contravenciones o delitos, como por ejemplo el caso de las relaciones íntimas con menores de edad, que en nuestro país se castigan penalmente con pena privativa de libertad²⁵²[10]; sin embargo, entre los indígenas costarricenses de Amubri Talamanca ésta es una práctica muy común y casi que necesaria, ya que ahí la mujer tiene pleno derecho de disponibilidad sobre su sexualidad y normalmente tiene relaciones con miembros de su grupo aproximadamente a la edad de los doce años de edad, asumiendo así desde muy jóvenes roles de mujer adulta²⁵³[11].

Se sostiene aquí, visualizar la necesidad de incluir expresamente en la legislación penal reglas específicas que tomen en cuenta ésta real situación diferencial, como por ejemplo el error culturalmente condicionado, procurando así la preservación de

las normas de convivencia social de los indígenas, atemperando o excluyendo el reproche jurídico penal cuando existan antinomias.

a.2- Los derechos indígenas y su tutela jurídica dentro del marco de los derechos humanos.

El tema del respeto de los derechos de los Indígenas, ha sido una constante preocupación en las discusiones que se han generado a nivel de los Congresos y demás reuniones sobre Derechos Humanos en los últimos cincuenta años. Desde que en el año de 1948 se promulgó la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁵⁴[12] por la Organización de las Naciones Unidas, se marcó el punto de partida para el tema de las injusticias y de la no discriminación de los pueblos indígenas, a las que han sido sometidos en muchos países; es decir, fue éste hecho histórico un impulso inicial para la posterior inclusión en otros instrumentos internacionales de referencias a las relaciones entre indígenas y los poderes estatales. En este mismo sentido, fueron aprobadas la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁵⁵[13] en 1948, y posteriormente en el año de 1969 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)²⁵⁶[14], cuyos postulados establecen el respeto de la dignidad humana y la igualdad de derechos entre las personas.

Posteriormente, surgen otros pactos internacionales cuyos derechos ahí contenidos pertenecen y pueden ser exigidos por cualquier habitante del Estado donde hayan sido ratificados, entre los cuales están por supuesto los Indígenas. Surgen así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁵⁷[15], y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵⁸[16], que desde el año de 1976 son instrumentos que prohíben la discriminación racial y otras violaciones que puedan afectar a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, constituyéndose así en una forma de tutela jurídica frente a las arbitrariedades de alguna autoridad gubernamental.

Asímismo, debe resaltarse que también en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha habido interés en lo relativo al tratamiento de los derechos de los indígenas, y en virtud del mismo surge en el año de 1989 el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes²⁵⁹[17], siendo éste el principal

instrumento jurídico internacional que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas en forma amplia y detallada, cuyas violaciones por parte de las autoridades nacionales pueden ser denunciadas en forma directa ante el Comité de Expertos de la OIT, ente encargado de la supervisión de la convenios de esta organización²⁶⁰[18].

3. EL ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO.

Uno de los apogemas jurídicos quizás más conocidos para el ciudadano común, es el relativo a la imposibilidad de alegar como excusa la ignorancia de la ley -ignorantia iuris non excusat-, sin embargo, debe indicarse que éste principio, muy propio del Derecho Privado, ha sido relativizado por el Derecho Penal, admitiendo ante situaciones muy específicas la posibilidad del error como causal de exclusión o de disminución de la responsabilidad penal.

Lo anterior es resultado del convencimiento, imposible de obviar en la realidad, de que errar es cosa común entre los seres humanos -errare humanum est-, teniendo en cuenta además, que no puede negarse la existencia de situaciones que son involuntarias y derivadas de un error, que si bien es cierto lesionan determinados bienes jurídicos protegidos penalmente, el reproche que el Estado y el ordenamiento jurídico le asignan no puede ser idéntico que aquel otro reproche que se aplica a aquellos hechos de naturaleza dolosa o culposa que sí merecen una mayor punición.

Hay errores que son derivados de la incompreensión, y en el caso de los indígenas, ésta incompreensión puede tener una génesis cultural que es capaz de condicionar la determinación del comportamiento de dichos sujetos conforme lo requiere la norma jurídica.

a). El Error de comprensión (culturalmente condicionado).

a.1- Naturaleza del planteamiento de E.R. Zaffaroni.

El autor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, ha sido uno de los principales impulsores del error culturalmente condicionado en el derecho penal²⁶¹[19]. No es de extrañar que el interés por esta modalidad de error nazca precisamente en la doctrina

jurídica latinoamericana²⁶²[20], ya que es en nuestro medio donde principalmente se ha dado un choque entre normas penales y cultura indígena -como se indicó supra-, lo cual ha generado el interés por afrontar dicha situación desde una dimensión diferente a las posturas tradicionales relativas al error de prohibición.

a.2- Tipos de error culturalmente condicionado:

Básicamente, según E. R. Zaffaroni, la figura del error de prohibición como error culturalmente condicionado se puede presentar de tres formas:

- Como un error de comprensión.
- Como un caso de conciencia disidente.
- Como una justificación putativa.

a.2.1- Como un error de comprensión: Se presenta cuando a una persona de otra cultura le es imposible entender y aceptar una norma prohibitiva o imperativa de una conducta, que establece como ilegítima una acción u omisión, que para sus efectos está dentro de lo normal. En esta primera forma de error culturalmente condicionado el autor recurre a un claro ejemplo para ilustrar el punto, siendo que relata el caso de un sujeto miembro de una comunidad indígena que tiene desde hace varios siglos sus propios ritos para los funerales y sepelios, los cuales muy probablemente se apartan de la reglamentación existente para las inhumaciones, incurriéndose en ese supuesto en una tipicidad contravencional, siendo muy duro entonces -para el tratadista- exigirle al indígena que abandone todas esas pautas para adecuarse a las nuestras, y a la misma vez, reprocharle el que no lo haya hecho²⁶³[21].

Según el autor, en este supuesto se está ante un error de comprensión invencible: “porque no se nos podría exigir la posibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta, en el sentido de internalizar las normas. En estos supuestos estaremos ante un error invencible de prohibición en la forma de error de comprensión (...) particularmente relevantes serán en este sentido los errores de comprensión culturalmente condicionados, es decir, cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha

internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura, como en el ejemplo de la inhumación clandestina del indígena que expusimos”264[22].

Las dificultades para la comprensión de la norma radica en los condicionamientos culturales, la persona conoce la norma prohibitiva pero no la puede interiorizar porque existen razones culturales que se lo impiden. El condicionamiento puede llevarse a cabo no sólo cuando se cree erradamente que se actúa lícitamente (conocimiento equívoco), sino también cuando el agente ni siquiera se ha planteado seriamente las dudas o padece de ignorancia absoluta sobre la ilicitud del hecho265[23].

a.2.2- Como un caso de conciencia disidente: En esta modalidad de error, dice el mismo tratadista argentino, que existen casos en los que el sujeto tiene conocimiento de la prohibición y de la ausencia de permiso, y sin embargo no le es exigible la interiorización de la pauta que conoce para que actúe conforme a ella por razones culturalmente condicionadas, siendo constitutivo lo anterior de un error invencible con exclusión de la culpabilidad.

Al respecto señala el citado autor: “debe aceptarse como realidad que quien obra con conciencia disidente, es decir, quien siente su obrar como resultado de un esquema general de valores distinto del nuestro, tiene algo al menos reducida su capacidad de internalizar la antijuridicidad (...) La llamada conciencia disidente (...) siempre nos dará un menor grado de reproche, pero por sí misma no excluirá la culpabilidad y menos aún neutralizará el eventual juicio de peligrosidad a nivel de individualización de la pena. De cualquier manera, habrá casos de conciencia disidente en que aparezca un verdadero error de comprensión invencible y, en tales supuestos no habrá culpabilidad. Particularmente relevantes serán en este sentido los errores de comprensión culturalmente condicionados,...”266[24] (el subrayado y negrita es nuestro).

a.2.3- Como justificación putativa: El mismo autor establece la eventual posibilidad de estar ante una situación de error de prohibición indirecto o justificación putativa, pero culturalmente condicionada. Sería el caso -que se expone en el texto- de una cultura indígena ecuatoriana, donde a lo interno del grupo se tiene el falso convencimiento de que el hombre blanco siempre les matará en cuanto les vea, de modo que estos deben adelantarse a esta acción, entendiendo lo anterior como un acto de legítima defensa putativo culturalmente condicionado.

a.3- Comentario crítico al planteamiento del autor.

La posición de E.R. Zaffaroni es muy respetable, sin embargo se comparte sólo parcialmente; la razón de esta discrepancia tiene varios matices, los que se esbozarán a continuación:

a.3.1- En el supuesto de la conciencia disidente no hay error: Resulta muy aventurado y peligroso la afirmación del criterio de que la conciencia disidente se adecua al supuesto del error, y que por ende debe ser tratada -en el caso hipotético de grupos indígenas- como un error culturalmente condicionado.

Como la misma palabra lo indica, la disidencia se presenta cuando no se está de acuerdo con una situación específica, sin embargo el desacuerdo no es por error, sino precisamente porque se conocen el contenido y los alcances de la norma penal pero no se comparten, es decir, hay una rebelión contra la misma, con la característica de que no está fundada en un error. Desde el momento en que sí se conocen los alcances de una prohibición, no se comparten y además se obra distinto porque chocan con la creencia de una cultura, religión u otro, entonces el error en el conocimiento ya no existiría, sino que lo que se constituye es una franca y conciente oposición al planteamiento normativo²⁶⁷[25].

Cuando el autor ya comprende la dañosidad de su conducta, aún existiendo un condicionamiento cultural, el error desaparece y queda comprendido dentro de la conciencia disidente, pudiendo tenerse la mayor o menor dificultad de la interiorización de la norma al momento de la individualización de la sanción²⁶⁸[26].

No es el mismo caso el del error de comprensión cuando por razones culturales no se conoce la prohibición legal, o tampoco, cuando por la misma razón cultural sea un imposible interiorizar o comprender la norma correctamente, como sucede con algunos grupos indígenas, ya que en estos supuestos no es posible imponer o exigir forzosamente a una persona cuya posición cultural no se lo permite, que conozca los alcances de la norma penal y además la interiorice. El caso de la conciencia disidente es muy diferente, principalmente cuando quien se opone a su mandato es una persona de la ciudad y que se supone no tiene limitaciones de índole cultural para acceder al conocimiento, pero que alega posteriormente razones culturales, religiosas u otro para justificar su desobediencia a un mandato legal que es conocido previa y plenamente, ya que en este caso la conciencia disidente no sería constitutiva de un error de prohibición²⁶⁹[27]; difícil de resolver también

sería el supuesto de un indígena que emigra a la ciudad, y que después de un tiempo conozca claramente las prohibiciones que regulan el comportamiento en la misma y pese a ello se rebela contra el ordenamiento penal por razones culturales. Pareciera, sin embargo, que en todos estos supuestos la postura de E.R. Zaffaroni sería la de considerarlos erradamente como errores de prohibición culturalmente condicionados, lo mismo que lo haría muy probablemente nuestra jurisprudencia²⁷⁰[28].

Según se sabe, el análisis de la culpabilidad implica un examen de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y además de la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión; de acuerdo con éste razonamiento, el error implica una afectación de ambos tópicos, una comprensión errónea de la norma prohibitiva que a su vez afecta la capacidad de determinación, ya que esto conlleva a una actuación errada; pero en el caso de la conciencia disidente el conocimiento no es erróneo y por ello no se puede hablar de error, a pesar de que la capacidad de determinarse según ese correcto conocimiento se puede ver afectada²⁷¹[29].

Por ello, considero que no es correcto recurrir a la aplicación de la figura del error, ni siquiera como atenuante, ya que la confrontación conciente con lo estipulado por la norma sería a título doloso (dolo natural) y además con pleno conocimiento de la ilicitud (Culpabilidad) que representa desatender el contenido de la misma²⁷²[30]; en consecuencia, no es válido alegar un error de prohibición para atenuar el conciente desacato contra un mandato legal, ni siquiera por reñir contra una cultura o una creencia religiosa, al menos no estableciéndolo como un error porque no es un caso de falsa creencia ni de ignorancia. La libertad de determinación no es tan elástica para admitir la conciencia disidente en los términos que lo pretende E. R. Zaffaroni, como por ejemplo cuando se alegan razones religiosas para no seguir los dictados de una norma penal, principalmente sería inadmisibles si están en juego valores supremos como la vida humana de terceros.

En este sentido, para que se pueda aceptar como viable la atenuación derivada de la conciencia disidente, el legislador tendría que crear expresamente las figuras concretas que disminuirían el reproche del ordenamiento penal, ya que sólo así podría ser aceptada dicha figura. Como se ha insistido, recurrir a la figura del error de prohibición no es en buena técnica jurídica una salida aceptable, ya que no se trata de una falsa creencia ni de un caso de ignorancia para poder encuadrarlo dentro del error, según lo explicado en el segundo epígrafe de este trabajo²⁷³[31].

Considero también que el autor llega a confundir en su exposición, los casos de conciencia disidente con los de error de comprensión; para muestra de ello un ejemplo literal:

“...de cualquier manera habrá casos de conciencia disidente en que aparezca un verdadero error de comprensión invencible y, en tales supuesto no habrá culpabilidad. Particularmente relevantes serán en este sentido los errores de comprensión culturalmente condicionados ...” 274[32].

Según se expuso antes, cosas muy distintas son: por un lado, incurrir en un error de prohibición basado en la no comprensión de la norma por imposibilidad cultural para asumirla, y por otro lado, es muy diferente, que quien conociendo la norma y pudiendo actuar conforme a ella disienta libremente y que posteriormente, con base en dicha rebelde oposición, decida desobedecer su contenido; según mi criterio, resulta aquí inaceptable la admisión de la figura del error. Además, para sustentar la diferencia, debe decirse que se está en uno de los supuestos o en el otro, pero no es posible estar en ambos a la vez como sí lo considera E. R. Zaffaroni.

Para el primero de los casos del párrafo anterior, es preciso el ejemplo de un Indígena a quien le resulta imposible interiorizar el contenido de alguna norma, precisamente porque tiene un condicionamiento cultural que psíquicamente le impide aceptarla. Para el segundo supuesto, es buen ejemplo el hipotético caso del Testigo de Jehová, que comprende la norma, puede interiorizarla, pero simplemente decide no hacerlo porque riñe con su creencia religiosa; ya en este supuesto es muy discutible que exista una imposibilidad cultural de introspección, como sí le puede suceder a los Indígenas en caso de antinomia con su legislación, sino que considero, que más bien se trata de una disidencia muy conciente y que nada tiene que ver con un error de prohibición, porque no hay error en la comprensión del significado de la norma, ni tampoco hay desconocimiento de la antijuridicidad del acto o de la omisión, y mucho menos viven en una cultura con pautas de comportamiento disímiles con las nuestras.

Tampoco es correcto considerar el último ejemplo como un error vencible, es decir, cuando la persona que lo alega ha pertenecido con anterioridad a una religión donde la conducta era prohibida, ya que más bien en ese conocimiento de la ilicitud que posee se encuentra el fundamento de la conciencia disidente, por lo que no puede ser aceptado como una forma de error. Admitir la conciencia disidente como error para estos casos, no sólo conlleva a aplicar una salida que la Ley no prevé expresamente, sino que además con ese argumento se podría ver ensombrecida la punición de verdaderos delitos que se cometan bajo fundamentos religiosos, políticos o similares, y en los que posteriormente se pretenda acudir a la figura del error para atemperarlos o excluirlos.

El caso de los Indígenas es muy diferente, ya que ellos sí podrían estar ante un error de comprensión culturalmente condicionado cuando, como ya se ha indicado, exista una antinomia entre una norma del Estado y otra de su cuerpo de leyes consuetudinarias, cuya génesis es anterior a la colonia española, y que desde entonces organizan las relaciones sociales de esos grupos étnicos con igual o mayor obligatoriedad que aquellas otras que emanan del legislador. No es el caso de una norma aislada de un grupo religioso o político que se contrapone a una estatal, que aunque puede ser obligatoria para ese grupo, no se puede pretender igualarla con una norma consuetudinaria indígena; evidentemente, el error de comprensión culturalmente condicionado es aplicable al especial caso indígena y no a cualquier grupo que decida disentir del contenido de una norma penal.

-

a.4- El caso del error culturalmente condicionado en la jurisprudencia penal costarricense.

El antecedente jurisprudencial costarricense, quizás más importante, en torno a la admisión de un error de comprensión culturalmente condicionado, se ha desarrollado en el seno de la Sala de Casación Penal mediante el voto 561-F- de las 9:45 horas del 15 de octubre de 1993.

Se trató aquí de un hecho acusado como Abandono Agravado de Incapaz y no fue una situación en la que estuviera acusado algún miembro de un grupo indígena, sin embargo, sí se trató de un caso en el que un menor de edad requería de atención médica y sus padres no se la brindaron alegando razones religiosas. En el voto citado, la Sala de Casación Penal admitió que se estaba en presencia de una conducta dolosa, pero que a nivel de la culpabilidad procedía un error vencible de comprensión culturalmente condicionado, atenuándose así la pena que previamente había impuesto el Tribunal A-Quo.

Los argumentos que utilizó la Sala para considerar la existencia de un error vencible, se sustentan en forma contradictoria. Se indica primeramente, que no era posible exigirle a la acusada que interiorizara la norma por estar ella comprometida y convencida de los postulados de su nueva fe religiosa, pero que no obstante lo anterior, sí se estaba en presencia de un error de comprensión vencible por haber ella pertenecido antes a la religión católica, lo cual implicaba que sí tenía conocimiento de la ilicitud.

Pareciera más bien que el argumento de la Sala analiza un problema que no es de comprensión de la ilicitud del hecho, sino que se trata más bien de una situación en la que sí se tiene ese conocimiento y que más bien se disiente conscientemente, por lo que el error queda excluido; a lo sumo, podría tratarse de una imposibilidad de determinación de la conducta según esa comprensión, y que es otro de los elementos de la Culpabilidad, lo que tampoco configura ningún error.

Los problemas para comprender la norma -según el fallo- son fundados en los principios religiosos de la nueva fe que se profesa, por ello es que considero que la

aplicación del error de comprensión en este caso en concreto no era lo correcto, ya que al adquirirse los postulados de una nueva fe religiosa no implica desaparecer de la psiquis del autor el conocimiento de la ilicitud previamente adquirido, sin embargo hay algunos que opinan lo contrario.

a.5- Las condiciones sociales y culturales en la legislación penal costarricense como presupuestos valorativos para la determinación de la culpabilidad y de la pena.

Debe decirse que en forma paralela a la figura del error, específicamente con la graduación de la Culpabilidad, existe actualmente la posibilidad de que en el momento de la determinación de la pena a imponer se puedan tomar en cuenta las circunstancias sociales, educativas, etc., que pudieron haber incidido en la comisión de un hecho delictivo; en este sentido, en el numeral 71 del actual Código Penal se establece esta exigencia, permitiéndose así que ante situaciones en las que no es factible la aplicación del error, el juzgador sí gradúe la pena tomando en cuenta esas circunstancias. De igual manera, en el artículo 73 del Proyecto del Código Penal, se han incluido expresamente la consideración de las circunstancias culturales y personales del autor, como otros elementos para la determinación de la pena.

Lo anterior representa un reconocimiento legalmente expreso de la importancia y de la incidencia que pueden tener los condicionamientos culturales en la comisión de un hecho delictivo, además de la situación de error ya señalada, los que correctamente utilizados podrían atemperar fundadamente la imposición de una pena privativa de libertad, llevándola a los extremos mínimos, o bien, llegar a imponer otras penas más racionales seleccionadas de la gama de alternativas que el citado Proyecto de Ley ofrece.

No debe dejar de mencionarse que en el Código Procesal Penal costarricense, de reciente promulgación, se contempla también un artículo denominado “Diversidad Cultural”²⁷⁵[33] y que se refiere –entre otras cosas- a la posibilidad de que, cuando así amerite, el Tribunal juzgador conozca mediante una pericia específica la realidad social y las normas culturales que rigen la vida del imputado, ello con el fin de apreciar y en una adecuada forma los elementos probatorios y llegar con ello a una sentencia más justa.

4. CONCLUSIONES.

-

Ha quedado verificada la necesidad de atender la situación de la relación de los Indígenas con el derecho penal, no sólo por las injusticias que se pueden cometer al exigirles que interioricen normas que no comprenden, sino porque además es un derecho

humano el respeto de las leyes que regulan las relaciones entre estos, siendo nuestro deber tutelarlas.

Una solución que el derecho penal brinda es a través de la aplicación del error de prohibición, en su modalidad de error culturalmente condicionado, cuando exista un condicionamiento cultural que se traduzca en una imposibilidad de adecuar una conducta al contenido de una norma penal, sin embargo, no hay duda que esto es aplicable a las comunidades indígenas cuando sus costumbres les impidan asumir como propias otras normas, lo cual sin embargo no es lo que sucede con otros grupos, quienes no son otra cultura, y los que a pesar de conocer la antijuridicidad de un hecho obran bajo una conciencia disidente que jamás puede ser adecuada a la figura del error, tal y como lo venido proponiendo E. R. Zaffaroni desde hace varios años atrás. La jurisprudencia no debe convertirse en una vía para legislar y así adecuar las propuestas dogmáticas que le parecen justas, ya que se puede incurrir en aplicaciones erróneas e ilegales que la ley no ha previsto y que sólo el legislador puede crear.

Si se quiere aplicar un derecho penal menos riguroso para estas situaciones de conciencia disidente no comprendidas dentro del error culturalmente condicionado, hay otras salidas jurídico-penales que la ley tiene previstas, como lo es el poder tomar en cuenta las circunstancias sociales, culturales y personales al momento de imponer la pena, pero nunca considerándolo como un error, porque si algo no existe en esos casos es una ignorancia o una falsa percepción de un hecho; no obstante lo anterior, insisto, no es la situación de los Indígenas, quienes sí merecen el reconocimiento de su legislación consuetudinaria y que regula sus relaciones sociales, un derecho que es previo al impuesto por los colonizadores y que ha subsistido en muchos países de Latinoamérica durante muchos años, a pesar de los atropellos sufridos para someterlo al Estado.

Con este humilde trabajo pretendo contribuir de alguna manera a los otros muchos que se han escrito en las últimas décadas relativos a una preocupación por los grupos indígenas; mi interés ha sido responder a la preocupación que en 1981 tuvo con buen tino G. Yrureta, cuando afirmó en uno de los trabajos que con mayor seriedad se han elaborado sobre el tema, que: “muchos de los principales tratados latinoamericanos proporcionan información sobre el derecho penal aborígen, como una ilustración histórica de las normas penales que fueron aplicables antes de la conquista española, pero pocas de ellas dedican alguna atención a la situación penal del indio en el momento actual, que es el aspecto que nos interesa”²⁷⁶[34]; espero entonces responder a esta inquietud, que aún lamentablemente sigue persistiendo.

* La presente ponencia fue expuesta en el marco de la II Jornada Centroamericana, Panamá y el Caribe de Derecho Penal, celebrada en San José durante el mes de diciembre del año 2000.

* Defensor Público del Poder Judicial de Costa Rica. Durante el año 2000 cursó la Especialidad Penal del Posgrado en Administración de Justicia en Centro América, Panamá y el Caribe, que se imparte en la Universidad Nacional de Heredia.

277[1] Como lo señala R. Stavenhagen: *“Con mayor frecuencia, los pueblos indígenas y tribales han sido víctimas del genocidio cultural o etnocidio. El etnocidio comporta dos aspectos principales: uno económico y el otro cultural. El etnocidio económico encaja en la teoría y la práctica del desarrollo. Significa que todas las formas de organización pre-modernas deben necesariamente desaparecer para dar paso ya sea al capitalismo privado o multinacional, ya sea al socialismo de planificación central o a una combinación de ambos. El etnocidio cultural (tal vez una tautología) significa que todas las unidades étnicas subnacionales deben desaparecer para dar paso al Estado-nación dominante, el Behemoth de nuestros días”*, tomado de “Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional”. En Revista IIDH, vol. 10, julio/diciembre, 1989, pp. 61.

278[2] Así, Stavenhagen, Rodolfo. Derecho indígena y derechos humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1 ed., México-D.F., 1988, pp. 97.

279[3] Cifras señaladas en Carrasco, Tania. Costumbres jurídicas de los indígenas en México. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México-D.F., 1994, pp. 7.

280[4] Según datos facilitados por CONAI (Comisión Nacional de Asuntos Indígenas) y que constan en el documento Mapa de Reservas Indígenas de Costa Rica, junio-2000, elaborado por la Ingeniera Silvia Cordero Sancho.

281[5] Acerca de las luchas de los sectores indígenas por sus derechos en los diversos países de América, es de mucha utilidad consultar de Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Perspectivas sobre la Administración de Justicia y Pueblos Indígenas. Resumen de la Memoria del II Seminario

Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas (Guatemala, 21-24 de setiembre, 1998), 1 ed. San José, Costa Rica, 1999.

282[6] Yrureta, Gladys. El indígena ante la ley penal. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 49.

283[7] Cfr. Reyes Echandía, Alfonso. “Derecho penal y cultura”. En Grupos Étnicos, Derecho y Cultura. Editorial Presencia, 1 ed., Bogotá, Colombia, 1987, pp. 159 y sts., y también Salamanca Correa, Adolfo. “El indígena y el derecho penal colombiano”. Idem, pp. 144, quienes han defendido una posición discriminatoria en la legislación colombiana. En contraposición a lo anterior y en igual sentido al nuestro, Vid. de Chirino, Alfredo y otros. “El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas”. En Revista de Ciencias Penales, año 6, No. 9, San José, Costa Rica, 1994, pp. 52.

284[8] Así Yrureta, Op Cit., pp. 21.

285[9] Según Francisco Puc Chan, indígena Maya y miembro del Consejo local de médicos indígenas, de forma elocuente considera: “...*el uso de plantas medicinales ha significado sólo utilizar lo que la tierra nos ha dado. Nosotros no la utilizamos con otros fines que no sean los terapéuticos y medicinales, en la cura del dolor y sus enfermedades. Que el hombre “civilizado” haya dado un uso distinto a lo que el Señor Dios nos dio, es una ofensa a su persona, porque es como el cuerpo que nos fue proporcionado como la principal fortaleza para allegarnos a los víveres de la familia y de la casa, y el que hace mal uso de él, se envilece. Del mismo modo nosotros conceptualizamos que la labor que hacemos es para el bien y no para hacer el mal*”, tomado de “Problemas legales por el uso de plantas y animales considerados sagrados por los pueblos indígenas”. En Derechos Religiosos y pueblos indígenas. Instituto Nacional Indigenista, México, D.F., 1998, pp. 73.

286[10] El artículo 159 del Código Penal establece: “*Quien aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince, aún con su consentimiento, será sancionado con pena de prisión de dos a seis años. Igual pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos. La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de doce y menor de dieciocho, y el agente tenga respecto de ella la condición de ascendiente, tío, tía hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador*”.

287[11] Dobles Ovares, Víctor y Guillén Grillo, Georgina. “Problemas de la aplicación de la Ley penal a los grupos indígenas costarricenses”. Tesis de grado para optar al título de Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1988, pp. 284.

288[12] Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

289[13] Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, 1948.

290[14] Adoptada en San José, Costa Rica, el día 22 de noviembre de 1969.

291[15] Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, pero entró en vigor hasta el día 23 de marzo de 1976.

292[16] Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

293[17] Adoptado por la Conferencia General de la OIT el 27 de junio de 1989; sin embargo, previo a dicho convenio ya existía el Convenio No. 107 Relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, adoptado por la OIT el 26 de junio de 1957.

294[18] Consultar de Leary, Virginia A. La utilización del Convenio No. 169 de la OIT para proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999. Véase también de Stavenhagen, Rodolfo. “Los derechos indígenas en el sistema internacional: un sujeto en construcción”. En Revista IIDH, No. 26, julio-diciembre, 1997, pp. 101.

295[19] Vid. Zaffaroni, E.R. Manual de Derecho Penal. Cárdenas editor, 2 ed., México, D.F., 1988, pp. 583 y sts.

296[20] Para un sector de la doctrina alemana el error de prohibición es irrelevante, sin embargo, la legislación de ese país sí lo contempla como atenuante a nivel de la culpabilidad (vid. nota al pie No. 36).

297[21] Idem. pp. 583-584.

298[22] *Ibidem*. pp. 584.

299[23] Peña Cabrera, Raúl. “El error de prohibición y el error culturalmente condicionado en los artículos 14(2 párrafo) y 15 del Código Penal Peruano”. En Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia, facultad de Derecho, Madrid, España, 1993, pp. 608.

300[24] Idem, pp. 584.

301[25] Resulta apropiado traer a colación la posición de Roxin sobre el tema en la legislación alemana, al respecto dice: “*Si se contempla como objeto de la conciencia de la antijuridicidad la prohibición o el mandato jurídicos, de ello se deduce que el sujeto que actúa por motivos de conciencia o por convicción no puede invocar el #17, en la medida en que sabe simplemente que el ordenamiento jurídico prohíbe tal conducta (...) no actúa en error de prohibición si sabe que el ordenamiento desaprueba el hecho que él considera necesario. Sólo se daría un error de prohibición cuando el sujeto pensara que también el ordenamiento jurídico aprobaba su conducta en las circunstancias concretas del caso. De la misma manera que una actuación contra la propia conciencia no excluye un error de prohibición, tampoco la propia decisión en conciencia con conocimiento de la prohibición puede eliminar la conciencia de la antijuridicidad*”. Roxin, Claus. Op Cit., pp. 868-869; vid también del mismo texto pp. 949 a 953.

302[26] Así García Vitor, Enrique. Diversidad Cultural y Derecho Penal. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Paraná, Brasil, 1994, pp. 32.

303[27] El caso de grupos religiosos que imponen determinadas actuaciones u omisiones que son lesivas de bienes jurídicos tutelados penalmente, en éste caso la conciencia disidente es inaceptable y menos como un error. Por ejemplo, concretamente los credos religiosos que impiden el tratamiento médico de sus miembros bajo un claro conocimiento del contenido de la prohibición de abandono de personas, lo cual excluye cualquier error, pero que sin embargo puede afectar su capacidad de determinación.

304[28] Véase el precedente de la Sala de Casación Penal, voto 561-F de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993, sobre el cual se hará referencia más adelante.

305[29] “*...El mismo también puede comportarse conforme a Derecho (si bien en condiciones más dificultosas), pues el dictado de la conciencia produce una fuerte presión en la motivación, pero no determina excluyendo otras alternativas de acción, como lo hace una enfermedad mental o una neurosis obsesiva.*”. Roxin, Claus. Op Cit., pp. 950.

306[30] Si la confrontación con la norma se hace bajo un extremo estado de necesidad, habrá que analizar si se trata de una situación justificante o exculpante.

307[31] En este sentido Vid Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte General. 3 ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994, quien sobre la conciencia disidente indica: “*Está muy lejos del error, tal como lo hemos expuesto, lo que se denomina conciencia disidente, donde el autor comete el delito porque su conciencia (por convicciones éticas, que pueden tener un origen religioso o de otro carácter) así se lo impone (...) Los casos de conciencia disidente (por ej, no prestación del servicio militar, negativa a autorizar una transfusión de sangre o una intervención quirúrgica de representantes de incapaces de prestar consentimiento) sólo pueden ser resueltos por el legislador de modo específico*”. pp. 365.

308[32] Zaffaroni, Op cit. pp. 584.

309[33] “*Artículo 339: **Diversidad Cultural**. Cuando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayor detalle sus normas culturales de referencia, el tribunal podrá ordenar un peritaje especial, dividir el juicio en dos fases y, de ser necesario, trasladar la celebración de la audiencia a la comunidad en que ocurrió el hecho, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba*”.

310[34] Yrureta, Op Cit., pp. 46

Más ley, menos Derecho: Comentarios sobre la Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad

Lic. **Alexánder Rodríguez C.**
Profesor de la Universidad de Costa Rica
Letrado de la Sala de Casación Penal

SUMARIO: I. Introducción. II. Delitos sexuales reformados: 1. Violación. 2. Relaciones sexuales con personas menores de edad. 3. Relaciones sexuales remuneradas con menores. 4. Abusos sexuales. 5. Corrupción. 6. Proxenetismo. 7. Rufianería. 8. Trata de personas. 9. Fabricación o producción de pornografía. 10. Difusión de pornografía. III. Bibliografía

I.- Introducción

Mediante Ley No. 7.899, del 3 de agosto de 1.999, se reformó parcialmente el Título III, Secciones I y II del Código Penal. La modificación legislativa tenía como claro propósito proporcionar una solución política inmediata a denuncias, severas y crecientes, que alertaban sobre la explotación sexual de niños y mujeres en nuestro país. Aunque autoridades del más alto nivel minimizaron el fenómeno, la presión de ONG vinculadas con la protección de los derechos de los niños, y las demandas de agrupaciones femeninas agrupadas en torno al Ministerio de la Condición de la Mujer, encontraron eco en el Congreso.

Fue aquí donde se operativizó con mayor vigor el “nuevo” postulado de “*Política Criminal*”, que dice algo así como “*oportunos en la prevención, fuertes en la represión e implacables en la ejecución*”. Por ello, no es de extrañar que se hubiera acudido a la utilización del Derecho Penal como panacea para enfrentar las vicisitudes que implicaban estas nuevas formas de criminalidad. De esta forma, la propuesta legal incorporó nuevas infracciones, redefinió algunos delitos y aumentó la penalidad de otros. El mensaje estaba dado: si con la ley no podía disuadirse a los infractores, entonces, con una perspectiva retribucionista, debería sancionárseles con mayor severidad.

No obstante, la nueva ley contiene mayores deficiencias que las que ha pretendido erradicar. Estos defectos van desde la inclusión de términos ambiguos, pasando por la desazón de

obviar conductas delictivas relevantes, y culminando en defectos sobre la proporcionalidad de la sanción cuando está legalmente prevista, pues según tendrá ocasión de verse, algunos tipos calificados no contenían una clara determinación del tipo de pena a imponer. Todo ello redundaba en una clara desprotección de los bienes jurídicos.

La nueva ley contiene mayores incongruencias, lagunas y arbitrariedades que las que ha pretendido evitar. Este es un caso que pone de manifiesto, nuevamente, que el Derecho Penal no es ni debe ser el instrumento para resolver la conflictividad social, pues es tan sólo un medio (el último, por cierto) para reconducir la reacción estatal. Y pone en evidencia, además, que los buenos propósitos pueden malograrse con una inadecuada técnica legislativa.

El presente comentario no pretende analizar exhaustivamente cada uno de los elementos objetivos y subjetivos de los diversos delitos, sino que pretende: (i) resaltar las innovaciones introducidas por la ley 7899, y (ii) la valorar críticamente la desprotección del bien tutelado.

II.- Delitos sexuales reformulados

1.- Violación.

Artículo 156.- Violación

Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima sea menor de doce años.
- 2) Cuando la víctima sea incapaz o se encuentre incapacitada para resistir.
- 3) Cuando se emplee la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos.

Esta norma registra importantes modificaciones: Respecto al *sujeto activo*, es decir, la persona que realiza la infracción, se abandona la discusión de si la mujer podía ser autora del delito, pues se partía que la esencia de la conducta era el "acceso carnal", que sólo podía ser realizado por la introducción del miembro viril en la vagina o en el ano. Ahora, el autor puede ser tanto un hombre como una mujer. Esto por dos razones: (i) la mujer puede *hacerse acceder* por un menor de doce años, o utilizando a un inimputable o acudiendo a la violencia física o psíquica;

pero también puede suceder que: (ii) la mujer introduzca objetos o dedos en la vagina de otra mujer o en el ano de otra persona.

El concepto tradicional de violación, según el cual se reprimía el ingreso -aún parcial o breve, pero en todo caso no consentido- del pene en la vagina o en el ano, se ha modificado. La conducta básica sigue siendo el acceso carnal, pues constituye la forma más frecuente en que se presenta el delito. No obstante, lo que otrora se consideraran como actos constitutivos de abusos deshonestos, ahora se califican como violación: tales son los supuestos de obligar a otro a realizar sexo oral³¹¹[1], y la introducción de objetos o dedos en la vagina o en el ano.

Problemática es la definición del término “objeto”. Las referencias científicas más próximas las encontramos en el sistema español. En ese país los autores han precisado que sólo puede ser considerado como objeto aquella cosa que represente y sustituya al pene en sus funciones invasivas y de penetración.³¹²[2] No entrarían en la acepción gases, líquidos, ni “cosas pequeñas” (botones, por ejemplo). Sí integran el concepto, la introducción de frutas, verduras, lapiceros, trozos de árbol o de escobas, clavos, y aún la penetración mediante el miembro de un animal.

La distinción que se realiza en el tipo entre “objeto” y “dedos” patentiza la intención de discernir entre cosas inanimadas e “instrumentos corpóreos”. Dentro de éstos últimos expresamente se alude a los dedos, dejando por fuera de la regulación introducir la lengua en la vagina, el ano o la boca. Tales acciones no quedan impunes, pues pueden perseguirse a través del delito de abusos sexuales (art. 161 CP). Esta última precisión es la adecuada a la exigencia de taxatividad, pues es prohibido interpretar análoga o extensivamente el tipo penal en contra del reo (arts. 1 y 2 CP), y aún desde el punto de vista de la proporcionalidad es coherente, pues aún cuando implican un serio vejamen, el contenido injusto de las acciones no es equiparable entre sí.³¹³[3]

2. Relaciones sexuales con personas menores de edad

Artículo 159.- Relaciones sexuales con personas menores de edad

Quien, aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince, aun con su consentimiento, será sancionado con pena de prisión de dos a seis años. Igual pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o

varios dedos u objetos. La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de doce años y menor de dieciocho, y el agente tenga respecto de ella la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador.

Esta norma modificó la definición tradicional de acceso carnal consentido con una persona con edad entre 12 y 15 años (“estupro”), que aludía directamente a una connotación de imposible acuerdo entre jueces y aún en la misma doctrina: “mujer honesta”. Durante la vigencia de esa norma, se llegó incluso a interpretar que no ostentaba tal calidad la fémica que aceptara fumar o ingerir bebidas alcohólicas, que tuviera una vida disoluta y que frecuentara salones de baile, o que acostumbrara cambiar de novio o acompañante. Es más se llegó a pensar que no lo era aquélla que por su propia voluntad había decidido incursionar en la vida sexual, “perdiendo su virginidad”. Positivamente la reforma tutela la autodeterminación de la víctima que ve disminuida su posibilidad de negarse a la oferta sexual, pues en este caso el sujeto activo saca ventaja de su edad y experiencia, que lo hace estar en una posición privilegiada respecto de la víctima.

No obstante los beneficios apuntados, esta norma contiene un error que también se advierte en los delitos de proxenetismo y pornografía. Protegen a la víctima sólo si se trata de menor de edad, o se emplea respecto a ella violencia o engaño, pero no tutela -con un supuesto agravado- a quienes no poseen, total o parcialmente, temporal o permanentemente, la capacidad para comprender y decidir sobre el uso de su propia sexualidad. Los inimputables son los grandes ausentes de la reforma; salvo, evidentemente, que concurra alguna de las hipótesis legales, pero por sólo aquélla condición no son protegidos. Incluso se puede acudir a un *razonamiento ad minus*: Si alguien se encuentra o es colocado en un estado psíquico tal que le impide reaccionar oportunamente ante una violación o un abuso sexual, se le protege por estar en una situación de alta vulnerabilidad que facilita la consumación de esos delitos. Si en esos casos se ha otorgado prevalencia a la situación de un inimputable, reprimiendo con penas severas a quienes ataquen su sexualidad, no se explica cómo no se reguló una tutela igual respecto a otras conductas punibles que son reprimidas con similar penalidad. Al menos en lo que concierne al proxenetismo el supuesto en estudio podría subsumirse en sus modalidades agravadas, siempre que se interprete que ha existido engaño, violencia, abuso de autoridad, o medien vínculos de parentesco o convivencia o confianza. De nuevo, como corresponde al ejercicio de la función judicial, debe acudirse a la interpretación sistemática de las normas, por más y que ésta tarea haya sido una de los obstáculos que infructuosamente se hayan querido superar. Sobre esto volveremos al comentar el delito de corrupción.

3. Relaciones sexuales remuneradas con menores

Artículo 160.- Relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad

Quien pague a una persona menor de edad de cualquier sexo o prometa pagarle o darle a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza, para que ejecute actos sexuales o eróticos, será sancionado:

1) Con pena de prisión de cuatro a diez años si la persona ofendida es menor de doce años.

2) Con pena de prisión de tres a ocho años, si la persona ofendida es mayor de doce años, pero menor de quince.

3) Con pena de prisión de dos a seis años, si la persona ofendida es mayor de quince años, pero menor de dieciocho.

Este es un tipo penal nuevo. Sanciona a quien pague o prometa pagar, mediante dinero u otra ventaja, a una persona menor de edad para que ejecute *actos sexuales o eróticos*. Nuevamente, se introducen términos amplios, de difícil delimitación. Para el caso son insuficientes las definiciones que ofrecen los diccionarios. Hay que acudir a datos de experiencia para saber qué es lo que se protege en la norma.- En primer lugar, el bien jurídico abarca la indemnidad sexual de quien se presume –en la ley- no puede consentir válidamente ejecutar actos sexuales (el menor de 12 años), y la autodeterminación sexual, es decir, la posibilidad de escoger libremente con quien y cuando se tienen encuentros sexuales (mayores de 12 años); y en ambos supuestos se regula además el sano desarrollo de la sexualidad, resguardando a los menores de la explotación de esa índole.

Para que se perfeccione el delito basta con que el sujeto ofrezca o pague, teniendo la finalidad de que el menor realice aquellos actos. No es necesario que efectivamente los realice. Si los ejecuta, simplemente se agota el delito que se ha consumado.

Por actos sexuales podrá entenderse el acercamiento corporal entre dos personas, bien sea manipulando sus zonas erógenas o en otras partes del cuerpo, cuando las circunstancias hagan indubitable la naturaleza sexual del acto, por ejemplo una fricción prolongada en una extremidad. Mientras que, por acto erótico, podría considerarse aquellos que tiendan a estimular o aumentar en otro el deseo sexual (por ejemplo, desnudarse, masturbarse, etc). Estos supuestos podrían estar en concurso ideal con el delito de corrupción.

4. Abusos sexuales (arts. 161 y 162)

Artículo 161.- Abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces

Quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años.

casos: La pena será de cuatro a diez años de prisión en los siguientes

1) Cuando la persona ofendida sea menor de doce años.

2) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.

3) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.

4) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

Artículo 162.- Abusos sexuales contra personas mayores de edad

Si los abusos descritos en el artículo anterior, se cometen contra una persona mayor de edad, (la pena será de dos a cuatro años de prisión.

La pena será de tres a seis años de prisión en los siguientes casos:

1) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.

2) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.

3) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

Desafortunada es la redacción del texto. En lugar de incluir la fórmula “actos con fines sexuales”, hubiera resultado más aproximada a la aspiración del legislador la frase “actos sexuales”, pues como se ha indicado, cuando el autor realiza el abuso generalmente no lo hace por el simple deseo de satisfacer sus pasiones sexuales, sino que en su conducta pueden influir otras motivaciones (odio, venganza, poder, etc).^{314[4]} Lo importante es que los actos objetivamente tengan esa connotación sexual, independientemente de cuál ha sido la finalidad con que el autor ha emprendido la acción. A los efectos de entender configurada la tipicidad subjetiva, basta con que el sujeto actúe voluntariamente conociendo los elementos objetivos del tipo.

Otro de los aspectos debatidos es la “vulnerabilidad”.^{315[5]} Vulnerable es tener la capacidad de ser herido, física o moralmente.^{316[6]} La vulnerabilidad es una situación de desventaja, que como tal debe ser aprovechada por sujeto activo, procurando mayor facilidad en la ejecución del ilícito. Se parte de que la víctima no puede manifestar su voluntad, oponiéndose a la iniciativa sexual de quien -sin su consentimiento- lo agrede. No obstante, el concepto debe restringirse aún más. El Código Penal Español contiene el supuesto de cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años. Como se ve, la vulnerabilidad viene definida por circunstancias desventajosas en las que se encuentra la víctima, de las cuales se prevalece el agente.

La inclusión del término, en lugar de aclarar el ámbito de aplicación de la norma, genera mayores dificultades interpretativas. Es cierto que la vulnerabilidad es un estado especial de indefensión en que se encuentra el sujeto pasivo, bien sea por su edad, sus limitaciones de comprensión (incapacidad para resistir) o por la violencia ejercida en su contra, o por privar en el caso algún tipo de filiación o autoridad que limite o niegue la reacción oportuna del afectado. Si tales circunstancias ya están previstas en los restantes supuestos que enuncia el artículo 161, resultaba ocioso incluir ese término, pues en realidad el sujeto que accede a otro mediando alguna de las condiciones enumeradas en los incisos del 1) al 4), se prevalece de una ventaja que ostenta con relación a la víctima. Si no se delimita la aplicación del supuesto a los casos referidos, puede arribarse a conclusiones absurdas, pues, tal y como se ha apuntado:

“... Creemos que toda persona en un determinado momento puede ser vulnerable, especialmente vulnerable; si el código se estuviere refiriendo a

todos no habría establecido una cualificación agravatoria, de tal manera que al destacar el Código ese carácter personal viene a exigir un criterio restrictivo para su apreciación. Corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia concretar si el carácter de vulnerabilidad ha de ser duradero, que no permanente, o no; si ha de ser apreciado por el agente; o por el entorno de la víctima (familiar, profesional, social); y si tal carácter determina o no la conducta del agente y sobre todo la de la víctima. En esencia la agravación por vulnerabilidad revela que el potencial autor va a encontrar menos resistencia, menor oposición, para la implicación de la víctima en el acto sexual pretendido...” 317[7]

Por último, se ha indicado que, con el fin de evitar acudir a exigencias del Derecho de Familia para estimar existente una unión de hecho, lo adecuado ha sido regular la expresión “...o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia...”. Esta referencia podría tener importancia para aquellos casos en los que no existe una unión de hecho, pero sí al menos debe existir una estabilidad o regularidad en la cohabitación, que es presupuesto para la vivencia en común. Con ello, se protegerán situaciones no tradicionales de convivencia, sin que sea indispensable la característica de exclusividad (por ejemplo, el caso del sujeto que viola a la hija de su amante).

Mención aparte merecen los problemas que ha suscitado la penalidad de los supuestos de agravación que contemplan los artículos 161 y 162. En el primer caso se indicaba que la pena sería de 4 a 10 años, y en el segundo se establecía la opción oscilante entre 3 a 6 años. No obstante, no se precisaba la naturaleza o tipo de la sanción, si era pena privativa de libertad o si era de multa, o de trabajos a favor de la comunidad. En un caso excepcional, obviando las limitaciones que impone la interpretación analógica de las penas, la Sala Tercera integró el segundo párrafo del artículo 161, pues consideró que se trataba de una agravante de una conducta básica contenida en el mismo texto y que si se reprimía con prisión, igualmente el supuesto calificado debía ser de la misma naturaleza.³¹⁸[8] Más adelante, con vista en un fallo del Tribunal Constitucional, la Sala de Casación rectificó su posición e indicó en un supuesto concreto, que por no poderse aplicar el numeral 161 párrafo segundo, debía optarse por la figura básica de abuso sexual.³¹⁹[9] Sin embargo, el error legislativo fue corregido mediante Ley No. 8.002 de 8 de junio de 2.000. El mismo defecto está en la regulación original del Código Penal, que recientemente se remitió en consulta facultativa de constitucionalidad.³²⁰[10] Todo parece indicar que si el Tribunal Constitucional es consecuente con sus precedentes, que acostumbra a citar en asuntos de la misma especie, cabe esperar que se decrete la inconstitucionalidad de esta última norma, y

sobrevenga un incremento de los procesos de revisión por existencia de una ley penal más favorable: el tipo básico de abusos deshonestos, según su redacción original (artículos 408 incisos e y f del Código Procesal Penal) .

5. Corrupción

Artículo 167.- Corrupción

Quien promueva la corrupción de una persona menor de edad o incapaz o la mantenga en ella, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, de tal índole.

Para los efectos de este artículo, se entiende por corrupción:

- 1) Ejecutar actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces.
- 2) Hacer ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces.
- 3) Hacer participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad o incapaces en presencia de otros.

Este artículo es el más novedoso. Se erige como reacción ante lo que se consideró un poder excesivo de interpretación de los jueces, respecto a términos tan vagos como “actos perversos, prematuros o excesivos”. Ciertamente, el tema ocupó durante años a la Sala de Casación, pero al fin, se había logrado consenso en la interpretación de esos elementos constitutivos del tipo. No es cierto que todavía se cuestionara en qué consistían tales actos, ni que existiera una anarquía generalizada, una impunidad o escasa respuesta judicial.

Al definir que debe entenderse por “corrupción”, el legislador ha logrado crear mayor impunidad que la que pretendía combatir. Esto se demuestra así: ¿Qué es lo que se protege a través del tipo penal?. El sano y normal desarrollo de la sexualidad. Los incisos 1 a 3 del art. 167 no definen la corrupción, sino que enlistan formas o modos excepcionales con los que puede corromperse a una persona. *Corromper* es ejecutar, hacer ejecutar, o hacer participar a una persona en un comportamiento de naturaleza sexual que sea idóneo para perjudicar el desarrollo

de la personalidad del sujeto. ¿En la práctica, cómo puede afectarse ese objeto de protección?. De cualquier forma, pero la común consiste en realizar actos sobre el cuerpo del menor, en privado. Es lo que, con la ley derogada, se consideraba un concurso ideal heterogéneo entre corrupción y violación o abusos deshonestos. Ahora, la situación es diferente: sólo se comete el delito si se: 1) Ejecutan actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces. No dice el texto nada de realizar actos “sobre” o “a” menores de edad o incapaces. En este caso, el sujeto respondería únicamente por la violación o el abuso sexual, aún cuando fuera idóneo para poner en peligro el correcto desarrollo de la sexualidad. Es decir, aunque se afecte el bien jurídico, la conducta sería atípica de corrupción. 2) Hacen ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces. 3) Hacen participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad o incapaces en presencia de otros. Estos dos últimos son los supuestos de antología. Se ha pretendido dar una definición acudiendo a situaciones excepcionales, pues la lógica y la experiencia, que son máximas del correcto entendimiento que deben informar la creación legislativa, indican que la mayoría de las corrupciones acontecen en ámbitos de intimidad (como no podría ser de otra forma para evitar la persecución penal) y ejecutando actos sobre el cuerpo de la víctima. Exigir la presencia de otros es un absurdo, pues los corruptores no actúan en cuadrilla, sino que por su perversión, realizan sus actos en privado, sin exhibiciones, espectáculos, alejados de la mirada de los demás.

Otra objeción al texto: al desconfiar de la interpretación judicial se imposibilita adecuar la reacción penal a las nuevas formas de criminalidad. La jurisprudencia evolutiva que permitiría tal práctica ha sido truncada por una definición legal, que es única en su especie en América Latina, ignorándose qué sucede en otras latitudes

6. Proxenetismo

Artículo 169.- Proxenetismo

Quien promueva la prostitución de personas de cualquier sexo o las induzca a ejercerla o las mantenga en ella o las reclute con ese propósito, será sancionado con la pena de prisión de dos a cinco años. La misma pena se impondrá a quien mantenga en servidumbre sexual a otra persona.

Las acciones típicas son la promoción, la inducción o el mantenimiento³²¹[11] de una persona en un estado de prostitución.³²²[12] El texto equipara con la misma penalidad (prisión de

dos a cinco años) la explotación sexual (proxenetismo) y la servidumbre sexual. Esto es incomprensible. La servidumbre sexual es una modalidad de esclavitud en la que se violenta además de la libertad de decisión sobre las relaciones sexuales, la libertad ambulatoria y el patrimonio. Este un delito más grave que el proxenetismo, y por ello merecería un reproche y una sanción mayores. Véase que incluso la pena mínima es de dos años de prisión y, eventualmente, el sentenciado podría recibir el beneficio de ejecución condicional de la pena y evitar cumplir la sanción impuesta.

El texto no alude a los medios empleados en la comisión del ilícito. Debería distinguirse entre engaño y violencia, pues ésta es mayormente significativa, aunque en algunos casos las personas son inducidas a error y luego son mantenidas en la prostitución por alguna forma de violencia.

A pesar de que se ha indicado que "... con la reforma, se logra un tipo penal acorde con las conductas que caracterizan los grupos, organizaciones y personas que se dedican a esa actividad..."³²³[13], ni en ese artículo, ni en el siguiente, se regula una agravante por haber sido cometido el delito por un grupo organizado de dos o más personas, que es un supuesto presente en otros tipos penales, pues con la división de funciones se facilita la comisión del ilícito. Esto sucede, por ejemplo, en el robo agravado (arts. 213 inciso 3 en relación con el 209 inciso 7), en la violación agravada (art. 158), en materia de tráfico de drogas (art. 71 inciso inciso f de la Ley 7786).³²⁴[14]

7. Rufianería

Artículo 171.- Rufianería

Quien coactivamente se haga mantener, aunque sea en forma parcial, por una persona que ejerza la prostitución, explotando las ganancias provenientes de tal actividad, será sancionado con pena de prisión de dos a ocho años.

La pena será:

- 1) Prisión de cuatro a diez años, si la persona ofendida es menor de doce años.
 - 2) Prisión de tres a nueve años, si la persona ofendida es mayor de doce años, pero menor de dieciocho.
-

La norma indica que el rufián debe hacerse mantener coactivamente, explotando las ganancias de la prostitución. No refiere el tipo la situación del padre o madre que simplemente tolera o consiente, que no se opone a la actividad de su hijo/a, o que incluso puede hasta facilitarla sin coacción evidente. No obstante, si se trata de un menor de edad (el prostituido), la pena se agrava, conforme a los incisos 1 y 2.325[15]

Pudo haberse regulado una agravante para el supuesto en que se exploten dos o más personas, pues esto revela un desprecio cualitativo de los bienes jurídicos protegidos, que son los mismos citados en el proxenetismo.

8. Trata de personas

Artículo 172.- Trata de personas

Quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país de personas de cualquier sexo, para que ejerzan la prostitución o para mantenerlas en servidumbre sexual o laboral, será sancionado con pena de prisión de tres a seis años. La pena será prisión de cuatro a diez años, si media alguna de las circunstancias enumeradas en el proxenetismo agravado.

En este caso, el infractor promueve, facilita o favorece el ingreso o permanencia en el país de personas para que ejerzan la prostitución. No se regula la promoción, facilitación o favorecimiento para el traslado dentro del país³²⁶[16] o la permanencia en el mismo.

Promueve el que por su propia iniciativa organiza o toma a su cargo la tarea de hacer entrar o salir del país al sujeto pasivo. *Facilita* el que presta una ayuda o colaboración en la obra de un tercero emprendida con esa finalidad. Es en este último caso en el que la doctrina entiende que la autoría de la facilitación desplaza los tipos de complicidad de la Parte General.³²⁷[17]

Al menos en lo que atañe al tipo básico, es menos grave la acción del proxeneta que promueve la prostitución, que la de quien facilita el ingreso o salida de personas en los términos

indicados. Esto es ilógico pues el proxeneta se encuentra en una posición inmediata de vulnerar el objeto de protección. De cualquier forma, podría pensarse que entre ambas figuras, en determinados supuestos, podría existir un concurso ideal.

De todas maneras, en éste y en los otros delitos comentados deberían agravar la pena cuando el autor es un funcionario público que realiza su conducta aprovechándose de sus funciones. Esto es así porque el funcionario tiene una mayor vinculación con la ley que el resto de los administrados y cabe esperar de él un respeto de igual intensidad de los derechos de los demás.

9. Fabricación o producción de pornografía

Artículo 173.- Fabricación o producción de pornografía

Quien fabrique o produzca material pornográfico, utilizando a personas menores de edad o su imagen, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años.

Será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años, quien comercie, transporte o ingrese en el país ese tipo de material con fines comerciales.

Como se ha dicho este numeral protege a los menores de edad. No ampara al enajenado mental o incapaz, salvo si además es menor de edad.

Entra en el concepto de producción, la reproducción de revistas, vídeos o discos compactos. En el caso podría haber un concurso ideal con una de las conductas reprimidas por la ley de Derechos de Autor.

Fabrica tanto el que por su propia cuenta origina o reproduce material pornográfico^{328[18]}, como el que financia la producción o fabricación. Incluso, entran en el término acciones como escribir, filmar, retratar, dibujar, editar la voz o imagen de un menor.

Si bien es cierto no se reguló la exportación de ese material, la acción puede comprenderse incluida en el término transportar, que simplemente supone el desplazamiento de un sitio a otro.

Comerciar es comprar o vender. No se incluye ni la posesión ni la donación (que es gratuita) ni el intercambio (este puede ser una modalidad de comercio, pues el sujeto se economiza adquirir el material).

10. Difusión de pornografía

Artículo 174.- Difusión de pornografía

Quien comercie, difunda o exhiba material pornográfico a personas menores de edad o incapaces, será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años.

Ciertamente, no se reguló la posesión de pornografía, pues aquí entró en discusión el problema de si la tenencia era un acto que afectaba el bien jurídico o si era un acto que quedaba en el fuero de disposición del sujeto. Esta última fue la opción del legislador. Esto es comprensible y hasta justificable, conforme al art. 28 de la Constitución Política, pero bien pudo establecerse el supuesto de tenencia de material pornográfico para su comercio, difusión o exhibición.

III.- Bibliografía

AAVV: Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, Tomo I, Marcial Pons editor, Madrid, 1.996.

Breglia Arias, Omar y Gauna Omar: Código Penal y leyes complementarias, Astrea, Buenos Aires, 1.994

Creus, Carlos. Derecho penal Parte Especial, Astrea, Buenos Aires, 1.993

Gómez Mora, Lilliam: Temas de importancia en la investigación de los delitos sexuales contra personas menores de edad, Imprenta Judicial, San José, 2.000

Hernández Gallego, Pedro: Abusos sexuales, en Estudios sobre Derecho Penal. Parte Especial, Consejo General del Poder Judicial, España

Instituto Nacional de la Mujer. Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad. Comentada, Imprenta Nacional, 2.000.

Orts Berenguer, Enrique. Delitos contra la libertad sexual, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.995

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, decimonovena edición, Madrid, 1.970

Torres Hernández, María Elena: El Nuevo delito de corrupción de menores, en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-12.html

Serrano Gómez, Alfonso: Derecho Penal. Parte Especial, Dykinson, 1.999, Madrid

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México-Ilanud. Códigos Penales de los Países de América Latina, México, 2.000, versión CD.

Wilwood, Des: Sexual abuse of men and boys, en revista XY: men, sex, politics, traducido al castellano por Laura E. Asturias bajo el nombre "Abuso sexual de hombres y niños", en http://geocities/.com/HotSprings/Villa/3479/Abuso_sexual_hombres_ninos.html

329[1] Esto es, cuando el acto efectivamente consiste en introducir el pene en la boca. Pero cuando la acción consiste en obligar a otro a lamer el miembro viril, no hay acceso, sino un abuso sexual.

330[2] Se ha indicado que la amplitud del texto es tal que eventualmente permitiría incluir en el concepto de "**Objeto**" cualquier "cosa". Vid: Serrano Gómez, Alfonso: Derecho Penal. parte Especial, Dykinson, 1.999, Madrid, pág. 192. Por ello, debe acudirse a un correctivo en la interpretación jurisprudencial: No basta con que se introduzca un objeto, éste debe ser susceptible de sustituir al pene. Hernández Gallego, Pedro: Abusos sexuales, en Estudios sobre Derecho Penal. Parte Especial, Consejo General del Poder Judicial, España, pág. 50. En el mismo sentido se pronuncia Orts Berenguer, cuando sostiene que: "... En cuanto al *objeto* a introducir pese a la laxitud semántica que dicha voz connota, ha de prescindirse de lecturas que lo hagan equivalente a toda cosa corpórea, pues únicamente aquélla que responde al designio lujurioso del agente y sea susceptible de sustituir de alguna manera al órgano sexual del varón (...) Tendremos, pues, que objeto típico será toda cosa corpórea, material, inanimada, idónea, en principio, para reemplazar al pene en sus quehaceres sexuales...". Orts Berenguer, Enrique. Delitos contra la libertad sexual, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.995, pág. 182

331[3] En España, el Tribunal Supremo ha dicho que la introducción de dedos en el ano de la víctima no pueden ser considerado como objeto (STS 314/94, del 14 de febrero). La Fiscalía General del Estado en su circular 2/1990 interpretó que por objetos habrá que entender cosas inanes, excluyendo penetraciones de órganos que forman parte de las relaciones sexuales socialmente aceptadas (penetración digital o lingual). Orts Berenguer, Enrique: Op. cit., pags. 182-183.

332[4] Debe tenerse en cuenta que “... El motivo del ataque sexual no es primordialmente el placer o la satisfacción sexual, indiferentemente de si la víctima es masculina o femenina, sino que tiene que ver con poder, control, dominación y humillación. El ataque es una forma de violencia en la cual el “sexo” es utilizado como arma contra la persona de quien se abusó...”. Wilwood, Des: Sexual abuse of men and boys, en revista XY: men, sex, politics, traducido al castellano por Laura E. Asturias bajo el nombre “Abuso sexual de hombres y niños”, en http://geocities.com/HotSprings/Villa/3479/Abuso_sexual_hombres_ninos.html

333[5] El tema ya ha sido objeto de crítica: “... De nuevo se trata de conceptos demasiado amplios, lo que conlleva otra vez una cierta dosis de inseguridad jurídica, teniendo el tribunal que valorar en cada caso. Habrá que pensar en personas desvalidas, con difícil situación económica, adicción a sustancias estupefacientes, padecer determinados problemas de personalidad, etc...”. Serrano Op. cit., pág. 193. En el mismo sentido, se ha indicado que: “... Otro supuesto que agravará la pena será “que la víctima sea persona especialmente vulnerable”. El Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto del 1994 señalaba que la excesiva amplitud del tipo delictivo contenido en el art. 182.2º podía conducir a una inseguridad jurídica difícilmente compatible con el principio de legalidad penal contenido en el art. 25 de la Constitución Española, considerando que el término vulnerabilidad es jurídicamente indeterminado, desconociéndose que tipo de actuaciones se pueden agravar ...” Hernández Gallego, Pedro: Op. cit., pág. 52

334[6] Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, décimonovena edición, Madrid, 1.970, pág. 1.355.

336[8] Así, explicó que: "... Ahora alega el accionante que debe aplicarse la redacción del artículo 161 del Código Penal que estuvo vigente entre agosto de 1999 y junio de 2000, pues en su párrafo segundo, que es el que contempla la agravante que se aplicó en esta causa, no se especifica que la pena de cuatro a doce años necesariamente consista en el internamiento carcelario. Sin embargo, ya esta Sala ha tenido la oportunidad de referirse expresamente al problema de la penalidad que se prevé en el segundo párrafo del artículo 161 del Código Penal, tal cual estuvo regulada en el período supra indicado: " No es cierto, como lo afirma el impugnante, que la nueva legislación resulta más favorable a los intereses de su patrocinado. Véase que mientras el tipo base, de previo a la reforma, fijaba como extremo mínimo la pena de dos años de prisión el actual lo hace en el tanto de tres años de privación de libertad. De tal suerte, aún y cuando aceptáramos, de manera incorrecta, que los agravantes previstos en la nueva legislación no presentan una adecuada indicación de la clase de pena que debe imponerse, resultando por ello inaplicables, cierto es que el tipo penal en su forma más sencilla sí se encuentra debidamente estructurado con lo cual la sanción que se impondría al justiciable no sería inferior al tanto de tres años de cárcel. Considerando lo antes dicho, bien hace el Tribunal de mérito al señalar que la legislación aplicable en la especie es aquella vigente para la época en que se comete el delito. Punto aparte es considerar si, como lo alega el Lic. R. M, para los agravantes previstos en el artículo 161 del Código sustantivo existe pena privativa de libertad. Para esta Sala no existe duda al respecto. El numeral 161 recién reformado señala que "Quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya el delito de violación, será sancionado con **pena de prisión de tres a ocho años. La pena será de cuatro a diez años en los siguientes casos:** 1) Cuando la persona ofendida sea menor de doce años 2) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación. 3) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima. 4) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco" De tal suerte, es claro que la pena de cuatro a diez años será de prisión en el tanto las conductas allí descritas son formas agravadas de la figura básica. La redacción del numeral es diáfana y no da lugar a otras interpretaciones. Por todo lo antes expuesto, al no existir la indeterminación que reclama el defensor del encartado y siendo que el justiciable fue sancionado con la pena que resultaba más favorable a sus intereses, se declara sin lugar el

recurso de casación interpuesto.” (la negrilla es del original). Lo anterior se extrae literalmente de la resolución N° 2000-00684 de las 8:56 horas del 23 de junio de 2000. En el mismo sentido puede consultarse el fallo N° 2000-000685 de las 8:59 horas del 23 de junio de 2000, donde con mayor amplitud sobre el punto específico se dijo: “Si bien es cierto la Sala Constitucional reiteradamente ha señalado que no resulta factible integrar mediante interpretación sistemática un tipo penal, cuando dicha norma omite considerar la naturaleza de la sanción a imponer – ver entre otros Voto 6706-99 de as 14:36 horas del 31 de agosto de 1999. Sala Constitucional – en la especie tales consideraciones no resultan aplicables, pues contrario a otros tipos penales, por ejemplo el numeral 97 de la Ley de Armas número 7530 del 23 de agosto de 1995, el artículo 161 del Código Penal, reformado por Ley 7899 del 3 de agosto de 1999, y que la recurrente cuestiona, sí contempla el tipo de sanción punitiva que debe imponerse a quien incurra en las conductas allí descritas. La mencionada disposición normativa, reprime con **pena de prisión** de tres a ocho años a quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, así misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación (párrafo primero). Posteriormente, para los casos de agravación de la figura penal, se indica que la **pena será de cuatro a diez años.** Dentro de una comprensión integrada de la norma, la naturaleza de la sanción punitiva contemplada en su párrafo primero (pena de prisión), sin que sea necesario recurrir a una interpretación sistemática para integrar el tipo penal, se extiende a los presupuestos de agravación de las conductas reprochadas, por cuanto se encuentra descrita en el mismo artículo de ley, sin que se advierta violación alguna al principio de tipicidad penal ni al debido proceso, de allí que el reclamo **es inatendible.**” (la negrilla y el subrayado son del original). Así planteadas las cosas, queda claro que el delito contemplado en el artículo 161 del Código Penal, se ve reprimido con la pena de prisión, la cual se extiende de la conducta base hacia sus agravantes, las cuales se contemplan en el segundo párrafo de ese numeral. Por ello, la no inclusión de la palabra “prisión” en el segundo párrafo de ese numeral no significa, como lo pretende la defensa, que el legislador no haya sancionado esa conducta con privación de libertad, toda vez que del texto completo de esa norma no queda duda alguna que el comportamiento base sí contempla esa pena y por ello se aplica a las circunstancias que señala como agravantes...”(Voto # 240-2.001, de las 9:20 horas del 2 de marzo del 2.001).

337[9] Cfr. Voto No. 554-2001, de 9:25 horas del 8 de junio del 2.001. Los pronunciamientos de la Sala Constitucional son los siguientes: No. 9.453-2.000, de 14:41 horas del 25 de octubre de 2.000 y No. 6.304-2.000, de 15:56 del 19 de julio de 2.000.

338[10] Mediante Voto No. 634-2.001, de 8:52 horas del 29 de junio del 2.001

339[11] Sólo con una interpretación, como no podía ser de otra forma, puede comprenderse que en la acción de mantener quedan abarcados los supuestos de facilitar la prostitución mediante la protección, arriendo de habitaciones o discreta publicidad. Sobre esto último, existen supuestos en la legislación comparada: El art. 312 del **CP Colombiano** establece: Estímulo a la prostitución de menores. El que destine, arriende, mantenga, administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa equivalente a multiplicar por una cantidad de cincuenta (50) a quinientos (500) el valor del salario mínimo legal mensual vigente.

El art. 302 del **Código penal cubano** establece que: 1. Incurrir en sanción de privación de libertad de cuatro a diez años, el que:

a) induzca a otro, o de cualquier modo coopere o promueva a que otro ejerza la prostitución o el comercio carnal;

b) directamente o mediante terceros, posea, dirija, administre, haga funcionar o financie de manera total o parcial un local, establecimiento o vivienda, o parte de ellos, en el que se ejerza la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal;

c) obtenga, de cualquier modo, beneficios del ejercicio de la prostitución por parte de otra persona, siempre que el hecho no constituya un delito de mayor gravedad.

2. La sanción es de privación de libertad de diez a veinte años cuando en los hechos a que se refiere el apartado anterior concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a) si el inculcado, por las funciones que desempeña, participa en actividades relacionadas, de cualquier modo, con la protección de la salud pública, el mantenimiento del orden público, la educación, el turismo, la dirección de la juventud o la lucha contra la prostitución u otras formas de comercio carnal;

b) si en la ejecución del hecho se emplea amenaza, chantaje, coacción o abuso de autoridad, siempre que la concurrencia de alguna de estas circunstancias no constituya un delito de mayor gravedad;

c) si la víctima del delito es un incapacitado que esté por cualquier motivo al cuidado del culpable.

3. La sanción es de veinte a treinta años de privación de libertad en los casos siguientes:

a) cuando el hecho consista en promover, organizar o incitar la entrada o salida del país de personas con la finalidad de que éstas ejerzan la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal;

b) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionada por el delito previsto en este artículo;

c) cuando el autor de los hechos previstos en los apartados anteriores los realiza habitualmente.

4. En los casos de comisión de los delitos previstos en este artículo puede imponerse, además, como sanción accesoria, la de confiscación de bienes.

5. Se considera comercio carnal, a los efectos de este artículo, toda acción de estímulo o explotación de las relaciones sexuales como actividad lucrativa. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México-Ilanud. Códigos Penales de los Países de América Latina, México, 2.000, versión CD.

340[12] "...Los conceptos de *inducir*, *promover*, *favorecer* o *facilitar* son genéricos, pues el Código no los define, estando todos ellos encaminados a cooperar o ayudar al ejercicio de la prostitución.

Según el Diccionario de la Real Academia, *inducir* equivale a "instigar, persuadir", *promover* a

"iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro"; *favorecer* es "ayudar, amparar, socorrer", y

facilitar "hacer fácil o posible la ejecución de alguna cosa o la consecución de un fin, proporcionar

o entregar"... Serrano Gómez, Alfonso: Op. cit., pág. 213.

341[13] Instituto Nacional de las Mujeres, Op. cit., pág. 19

342[14] El Código penal español reprime como agravante el hecho de pertenecer a una organización, incluso transitoria, dedicada a tales actividades (art. 187 del CP).

343[15] Si se explota, sin coacción, a un mayor de edad, la conducta es atípica: "... Cuestión central del precepto (art. 452 bis c) y su aspecto más censurable es la irrelevancia que en él se otorga al consentimiento de la persona que ejerce la prostitución, pues si lo hace libremente y, libremente también, decide entregar la totalidad o una parte de sus ganancias a otra persona, no se ve porqué ésta ha de ser castigada, viva o no a costa de aquella ..." Orts Berenguer, Enrique. Op. cit., pág. 311.

344[16] Esto sí se castiga en Ecuador, donde el CP, art. 528.5 dispone: Será sancionado con pena de dos a cuatro años el que promoviere o facilitare la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de personas para que ejerzan la prostitución.

[17] Creus, Carlos. Derecho penal Parte Especial, Astrea, Buenos Aires, T.I., p. 237-239. En el mismo sentido: Breglia Arias sostiene que facilita el que presta colaboración o ayuda al promotor o al sujeto pasivo, con lo cual quedan desplazadas las formas ampliadas de adecuación (complicidad) de la parte general. Breglia Arias, Omar y Gauna Omar: Código Penal y leyes complementarias, Astrea, Buenos Aires, 1.994, p. 405.

345[18] El Tribunal Supremo español ha seguido la interpretación de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, según la cual para establecer si hay **material pornográfico** debe

comprobarse que: a.- que el material tomado en su conjunto aparezca dominado por un interés libidinoso. b.- que sea potentemente ofensivo porque se desvíe de los standards contemporáneos de la comunidad relativos a la representación de materias sexuales. c.- que se halle totalmente desprovisto de valor social y que tomado en su conjunto carezca de un serio valor literario, artístico, científico, político. Orts Berenguer, Enrique: Op. cit., pág. 214.