

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

OCTUBRE, 2002

AÑO 14, N° 20

DOCTRINA EXTRANJERA

La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal.

Alessandro Baratta.

Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción.

Kai Ambos.

Protagonismo de la víctimas en la ejecución penal (hacia un sistema penitenciario europeo).

Antonio Beristain.

DOCTRINA NACIONAL

Cultura y violencia.

Marco Vinicio Fournier.

Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana.

Alonso Salazar.

Percepción de los jueces de juicio sobre el papel de sus sentencias en la seguridad ciudadana.

Jenny Quirós Camacho

Carlos Jovel Sánchez

Gustavo Cedeño Monge.

El testimonio de menores en la tradición procesal penal costarricense: evolución histórica y tendencias actuales.

María Matamoros Peralta.

Un tema para reflexionar: el fiscal como testigo.

Mayra Campos Zúñiga.

La aplicación de la ley procesal penal en el tiempo.

Rónald Cortés Coto.

Derechos humanos en el sistema penitenciario costarricense.

José Manuel Arroyo Gutiérrez.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de casación penal.

Martín Rodríguez Miranda.



CONSEJO EDITORIAL CONSULTIVO

<i>Dr. Wolfgang Shóne</i>	<i>Alemania</i>
<i>Dr. David Baigún</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Raúl Zaffaroni</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Alberto Bínder</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Fernando de la Rúa</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Julio B. J. Maier</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Jaime Malamud G.</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr Alejandro Dolanzi Z.</i>	<i>Bolivia</i>
<i>Dra. Ada Pellegrini Grinover</i>	<i>Brasil</i>
<i>Dr. Edgar Saavedra Rojas</i>	<i>Colombia</i>
<i>Dr. Juan Bustos Ramírez</i>	<i>Chile</i>
<i>Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Antonio González Cuéllar</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Vicente Gimeno Sendra</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Antonio Beristain Ipiña</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Juan Luis Gómez Colomer</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Giovanni Conso</i>	<i>Italia</i>

JUNTA DIRECTIVA

<i>Presidente:</i>	<i>Francisco Dall'Anese Ruiz</i>
<i>Vicepresidente:</i>	<i>Rafael Sanabria Rojas</i>
<i>Secretario:</i>	<i>Roberto Madrigal Zamora</i>
<i>Tesorero:</i>	<i>Carlos Núñez Núñez</i>
<i>Vocal:</i>	<i>Federico Campos Calderón</i>
<i>Fiscal</i>	<i>Carmen Aguilar Mora</i>

ÍNDICE

DOCTRINA EXTRANJERA

La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal.

Alessandro Baratía
7

Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción.

Kai Ambos 21

Protagonismo de las víctimas en la ejecución penal (hacia un sistema penitenciario europeo).

Antonio Beristain
37

DOCTRINA NACIONAL

Cultura y violencia.

Marco Vinicio Fournier
49

Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana.

Alonso Solazar
55

Percepción de los jueces de juicio sobre el papel de sus sentencias en la seguridad ciudadana.

Jenny Quirós Camacho
Carlos Jovel Sanchez
Gustavo CedeñoMonge 69

El testimonio de menores en la tradición procesal penal costarricense: evolución histórica y tendencias actuales.

María Matamoros Peralta
89

Un tema para reflexionar: el fiscal como testigo.

Mayra Campos Zúñiga
99

La aplicación de la ley procesal penal en el tiempo.

Rónald Cortés Coto 109

Derechos humanos en el sistema penitenciario costarricense.

José Manuel Arroyo Gutiérrez 119

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de casación penal.

Martín Rodríguez Miranda 139

EDITORIAL

ALESSANDRO BARATTA (1933-2002) Semblanza *in memoriam*

El pasado 25 de mayo murió en el Hospital Universitario de Saarbrücken, República Federal de Alemania, el profesor Alessandro Baratía, miembro del Consejo Editorial de esta revista.

Su origen italiano no fue obstáculo para convertirse en director del Instituto de Filosofía Social y Jurídica de la Universidad del Sarre, en Alemania, institución que encabezó y animó por más de dos décadas, convirtiéndolo en uno de los centros europeos de mayor creatividad y producción crítica en el campo de las ciencias sociales, especialmente las jurídicas.

Desde sus primeras publicaciones, a inicios de los años sesentas, hasta sus últimos escritos en meses recientes, Alessandro Baratía exhibe una impresionante producción de cientos de artículos y decenas de libros que, a lo largo de casi cinco décadas, marcaron con huella indeleble el quehacer intelectual europeo en áreas del conocimiento universal que van, desde la filosofía política y social, hasta la filosofía del derecho, la sociología jurídica —particularmente la jurídico-penal— y la criminología. Su inquietud académica lo llevó a incursionar también en el derecho penitenciario y en el de la niñez y adolescencia, materias que, junto al resto de sus aportes, termina inscribiendo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, como límite y norte de lo que será, en su criterio, el marco jurídico necesario de referencia hacia el futuro.

A lo largo de su itinerario reflexivo, Baratía se adhiere desde temprano a un marxismo renovado, no dogmático, que quiso siempre poner al día, sin renunciar a la crítica del contexto de la época que le tocó vivir, transpirando siempre un profundo humanismo cuyas metas son la posibilidad de construir un mundo sin violencia, sin discriminaciones, más justo y solidario.

Por eso, a finales de la década de los setenta, cuando redescubre América Latina, se enamora de ella; de sus mujeres —en primer lugar— y, a través principalmente de ellas, de su música y su danza, de su geografía y de sus pueblos. El "matrimonio" del profesor Baratía con esta región del mundo fue definitivo. La cultura latinoamericana — crisol de culturas— y la fuerza de su destino, a la vez trágico y cargado de esperanza, lo atraparon irremediabilmente.

Fue entonces que, por dichosos años, la presencia de Alessandro se fue haciendo familiar entre nosotros, en cursos y seminarios, en conferencias y encuentros informales. Fue también de esta manera que las puertas del instituto que dirigía en Saarbrücken —ciudad por siglos de encuentro y de paso, multicultural y cosmopolita— sé abrieron para varias generaciones de latinoamericanos que tuvieron el privilegio de compartir sus enseñanzas.

Pero más que un maestro, Baratía se esmeró, con todos, por ser un amigo; siempre reveló su lado humano, su infatigable vocación por compartir no solo su sabiduría, sino también su casa y su piano; su pasta y su vino.

En el plano estrictamente intelectual, Alessandro Baratía se inscribe en el linaje de autores, específicamente filósofos políticos italianos, que arrancan con Maquiavelo y terminan con Bobbio. Figuras que nos son ahora más familiares como Ferrajoli y el mismo Alessandro, pertenecen al legado más sobresaliente de la Italia contemporánea.

En lo estrictamente personal, este amigo de América Latina fue un romano clásico, si se permite decirlo; se trata de un personaje "pre-cristiano", abierto tanto al deseo de conocimiento como al disfrute pleno de la vida. De éstas, sus dos grandes enseñanzas, debemos seguir nutriéndonos.

DOCTRINA EXTRANJERA

LA VIDA Y EL LABORATORIO DEL DERECHO. A PROPÓSITO DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL PROCESO PENAL

Alessandro Baratía

1. Los artefactos del derecho y la interpretación de los conflictos en el proceso penal.
2. Los requisitos subjetivos de la imputación de responsabilidad penal. Evolución reciente y crisis del concepto de culpabilidad.
3. El formalismo del proceso y la técnica de limitación de la respuesta represiva a los conflictos.
4. La escuela de la ironía: historia, ciencia social y sabiduría popular. Por una reforma del "sentido" del proceso penal.

1. Los artefactos del derecho y la interpretación de los conflictos en el proceso penal.

Hablar del conocimiento de la **cosa en sí** después de Kant, no es posible. Apartándonos del realismo naturalista, es correcto hablar del objeto del conocimiento como una realidad socialmente construida. También la sociedad, objeto de la ciencia social, es una realidad construida socialmente¹.

Hay una construcción social de la realidad que se produce en el sentido común, al interior de los procesos de comunicación y de atribución de sentido que constituyen el lenguaje de los grupos sociales (cfr. J. D. DOUGLAS, a cargo de, 1970).

Estos procesos son subjetivos, pero están sujetos a las condiciones determinadas por la estructura material de las relaciones de producción y de poder existentes en determinadas formaciones sociales. En este sentido, las

construcciones subjetivas del mundo no son arbitrarias; cada producción de sentido en la interacción social depende, en efecto, de la participación de los autores en las mismas estructuras profundas de sentido (A. V. CICOUREL, 1970). Estas, a su vez, corresponden a las estructuras materiales de la sociedad y garantizan su reproducción y legitimación en la esfera subjetiva².

Además del lenguaje del sentido común, existen lenguajes específicos de la ciencia y de la técnica, de los que resultan construcciones de la realidad adecuadas a las operaciones prácticas propias de los diferentes subsistemas funcionales del actuar social³. También el saber científico y tecnológico se produce y actúa dentro de las condiciones creadas por las relaciones materiales de producción y de poder. El proceso de construcción de la realidad al interior de la interacción informal en los grupos ("mundos de la vida") y de la organización social ("sistema"), no tiene como única fuente las estructuras materiales, pero

1. *El reconocimiento de la artificialidad de la realidad social constituye una importante adquisición del pensamiento social contemporáneo en la que han contribuido fundamentalmente, con base en los trabajos precursores desarrollados por A. SCHUTZ (1960, 1967) y G.H. MEAD (1936), las investigaciones que representan al llamado paradigma interpretativo en sociología, o la sociología fenomenológica: el interaccionismo simbólico (P. L. BERGER, T. LUCKMANN, 1966) y la etnometodología (H. GARFINKEL, 1967).*
2. *En este sentido, A. SCHUTZ (1967).*
3. *No por caso, al centro de los intereses cognoscitivos de las investigaciones interaccionistas sobre la construcción social de la criminalidad y de la desviación, se colocaban, y en parte se colocan todavía, los lenguajes específicos de la ciencia y de la técnica que operan al interior de los sistemas de justicia penal y de manejo de la desviación, los principios y las reglas a que están sometidos. Cfr., para una amplia bibliografía al respecto, F. SACK (1978).*

influye también sobre ellas⁴. La influencia puede ser conservadora (reproducción y legitimación)⁵ o innovadora (crítica y liberación)⁶.

El Derecho, como conjunto de ciencia y técnica, es uno de los lenguajes especializados con los que se realiza una construcción particular del mundo. Lo ficticio jurídico, el mundo del derecho, posee una estructura altamente especializada correspondiente a las operaciones prácticas que el derecho predispone en los sistemas sociales complejos. Las actividades que él comprende en sus diferentes áreas son: a) la organización institucional; b) la distribución de los recursos y c) la represión de los conflictos.

Las categorías con las cuales puede ser analizada la estructura del mundo del derecho, tiempo, espacio, causalidad, etc., son distintas a las homólogas del saber común y de otros saberes especializados (cfr. K. ENGISCH, 1965).

El elevado grado de artificialidad del mundo jurídico depende de dos circunstancias: la primera es que el derecho construye sobre una realidad que es ya producto de construcción social en el lenguaje común. Es decir, él reconstruye la sociedad. La segunda circunstancia es que el mundo jurídico es construido como una estructura normativa en la que los comportamientos de los sujetos son calificados deónticamente. Puesto que el derecho, utilizando una metáfora de Emil Lask (1932, 308ss.), fabrica sobre "semifabricados", y por otra no tiene por objeto inmediato las acciones, sino programas y modelos de acción, puede ser considerado como un laboratorio en el cual el mundo del ser transformado en un mundo del deber ser (cfr. A. CARRINO, 1983). El resultado es una construcción de segundo grado producida a través de la reelaboración de la realidad y del significado social de la acción.

La relación de abstracción en la que el derecho se encuentra respecto de lo real, es frecuentemente

interpretada como distancia entre abstracto y concreto. Se considera en estos casos como "concreto" lo vivido, es decir, las situaciones irrepetibles de la existencia: se quiere así subrayar la distancia que se establece entre el drama existencial que los sujetos viven o han vivido en una situación real de la vida y su representación en el teatro del derecho. Esta distancia se evidencia particularmente en el proceso. La operación característica del proceso penal es decidir si subsisten las condiciones previstas por el derecho para disponer una intervención de tipo represivo sobre un conflicto. Concretas situaciones conflictivas encuentran en el proceso penal un laboratorio de transformación **teatral**, en el cual ellas son transcritas en una escenografía preordenada y los actores comprometidos en roles estandarizados. A estos actores se agregan, en el teatro procesal, actores "institucionales" ausentes en la situación originaria. Los términos del conflicto se trasladan, más o menos radicalmente, de ésta.

La comunicación existencial entre las partes originarias es suspendida por la intervención del juez como nuevo protagonista. Los espectadores inmediatos son sustituidos por la esfera de publicidad del proceso, la opinión pública. Los intereses y las necesidades que confluyen son reconstruidos como derechos y como ilícitos. El drama de la vida es sustituido por una liturgia en la que los actores originales son ampliamente reemplazados y representados por profesionales del rito. Muchas aseveraciones son sustituidas por ficciones y presunciones. La verdad en la cual el rito está predispuesto, no es la verdad existencial sino la verdad procesal.

También, en relación con esta manera propia del proceso penal de intervenir sobre las situaciones reales, se ha hablado de expropiación de los conflictos por parte de las instituciones estatales respecto de las partes originarias. Se ha visto el máximo grado de tal expropiación en el proceso penal (H. CHRISTIE, 1982). Y, en realidad, la distancia entre conflicto real y conflicto procesal, es notoriamente aumentada en el procedimiento penal, por la presencia, entre los actores, del representante del Ministerio

4. En general, en relación con estos temas, se hacen hoy los intentos más avanzados, a nivel de la teoría social, de integración de los conocimientos a que han llegado los análisis de la sociología interpretativa al interior de una teoría materialista de la sociedad. Cfr. el importante trabajo de A. GIDDENS (1984), y para un análisis sectorial sobre el sistema penal que asume tal perspectiva, G. H. Wachter (1984).

5. Un agudo análisis de las estrategias de producción y reproducción (legitimación) de las relaciones de desigualdad en las sociedades tardocapitalistas, es presentado por N. POULANTZAS (1974).

6. En general, para una teoría y práctica de crítica y de transformación de la sociedad, cfr. J. HABERMAS (1981); E. BLOCH (1959) y en particular, en relación con el sistema de la justicia penal, cfr. T. MATHIESEN (1974); A. BARATTA (1982, 199 ss.).

Público. Su presencia simboliza la transcripción del conflicto en un conflicto de interés público. El interés de la víctima, lesionado por el delito, es sustituido por el interés de la sociedad por la pena; el interés de la víctima se traduce en un interés privado, incidental, de resarcimiento y, para ello, la víctima dispone de una acción paralela a la del Ministerio Público. A esto se agrega, en la mayor parte de los delitos, la incidencia del principio de legalidad, sobre todo el proceso, lo cual hace perseguible de oficio el ilícito penal, que activa a la policía y a todo funcionario público en el ejercicio obligatorio de la acción y confía este ejercicio, de modo facultativo, pero sin embargo independiente de la iniciativa de la víctima, a todo ciudadano.

Se ha hablado mucho en los últimos tiempos, del papel completamente subordinado de la víctima en el proceso penal; de la forma inadecuada como sus intereses reales son representados; de la incidencia negativa y expropiadora del procedimiento sobre la víctima, porque esta no tiene ningún poder—en la mayoría de los casos—sobre el desarrollo y prosecución del proceso; se han subrayado los efectos destructivos de éste, en relación con la posibilidad de comunicación y conciliación que puedan existir entre las partes originarias⁷. Respecto del autor del delito, se ha destacado la gran distancia que pueda mediar, también desde el punto de vista temporal, entre el autor implicado en el conflicto real y el procesado o el condenado, en el papel que el proceso le asigna. La pena ha sido juzgada como un sufrimiento inútil e innecesario, impuesta a un hombre que es "otro" en relación con el que ha cometido el delito. Por otra parte, el proceso penal y la pena, tienen no raramente la cualidad de desvanecer cualquier posibilidad de recuperación y reparación, que en una relación extrapenal se hubiera podido realizar por parte del condenado.

En la determinación de la responsabilidad en el proceso penal, la distancia entre la realidad y la construcción hecha en el laboratorio del derecho se vuelve enorme. Muy grande se presenta la diferencia entre la investigación extraprocesal de la verdad y la investigación de la verdad procesal. Hablando de "realidad" y de "verdad", no se quiere contraponer a la determinación de la responsabilidad en el proceso, un conocimiento entendido naturalísticamente. Se quiere, más bien, señalar la diferencia entre una manera más profunda de construir y de interpretar los conflictos en su contexto situacional y de derecho. La ciencia social estudia los conflictos al interior de un concepto amplio de **situación** que abarca potencialmente a todo el sistema social.

Dentro de este concepto, el comportamiento individual se presenta como una **variable dependiente**. Esto significa que no podemos comprender la situación partiendo del comportamiento individual; por el contrario, podemos comprender a este solo partiendo de aquella. La ciencia social permite, además, distinguir entre el lugar donde se ha presentado un conflicto y el lugar, en el sistema, en que el conflicto se origina, que puede ser muy remoto respecto de aquel⁸.

Por el contrario, en el laboratorio del derecho, el comportamiento individual se presenta como una variable independiente respecto de la situación. La determinación de la responsabilidad está, en efecto, subordinada a esa independencia y al grado de esta. El análisis de la situación, en la lógica del proceso de verificación de la responsabilidad, debe limitarse a una construcción abstracta que la separa del contexto social y hace imposible o de todas formas irrelevante, el conocimiento de las raíces del conflicto. Por eso se ha dicho que en la

7. En general, en la criminología y en la ciencia penal, desde hace tiempo es posible encontrar una tendencia a poner al centro de la atención el papel de la víctima de actos criminales, al interior del sistema de la justicia penal, constatando la posición completamente marginal que ella posee en la realidad operativa del sistema, cfr. D. KRAUSS (1983); G. KAISER (1985, 109 ss.j. Dicha discusión ha tenido en Alemania Federal una salida, aunque parcial, en una reciente ley (ley de protección de la víctima, del 3 de octubre de 1986, en vigencia desde el 1° de abril de 1987) que refuerza notablemente la posición de la víctima al interior del proceso penal aumentando considerablemente sus facultades de intervenir activamente en la fase del desarrollo del procedimiento, previendo una tutela mayor a su esfera personal y resaltando el principio de reparación del daño. Al respecto, véanse las valoraciones (también críticas en relación con el peligro de una pérdida de las garantías de la defensa y la escasa coherencia de la intervención legislativa) desarrolladas sobre la base del proyecto legislativo por B. SHUNEMANN (1987); H. JUNG (1987).

8. Sobre el tema, cfr. las observaciones de N. LUHMANN (19745, 42s.).

realidad procesal el comportamiento del individuo se vuelve incomprensible y el conocimiento de los conflictos se reduce al conocimiento de su sintomatología. En el proceso penal, por lo tanto, los conflictos no pueden ser arreglados o resueltos, sino únicamente reprimidos, al reprimir su expresión inmediata e individual, la acción delictuosa.

2. Los requisitos subjetivos de la imputación de responsabilidad penal. Evolución reciente y crisis del concepto de culpabilidad.

Una buena parte de la crítica se ha dirigido al contenido del concepto de responsabilidad penal y al de sus requisitos subjetivos: la imputabilidad y la culpabilidad. Partiendo de una correcta teoría de lo ficticio jurídico, se ha negado el carácter ontológico de estos conceptos y se ha reconocido su carácter meramente normativo. Los juicios relacionados con la responsabilidad, la imputabilidad y la culpabilidad han sido, de tal manera, reconocidos como juicios "atributivos" y no como "descriptivos" (H. L. HART, 1951); se quiere de tal forma indicar que, con el uso de estos juicios, no se describen cualidades existentes en un sujeto, sino que se le atribuyen a él las correspondientes cualidades. La determinación de la responsabilidad es, por tanto, una **imputación** de responsabilidad y los presupuestos de tal determinación, son criterios normativos construidos por el derecho, que corresponden no a hechos sino a **tipos de hechos** (las figuras delictivas). Estos condicionan normativamente y no "ontológicamente" a la imputación de responsabilidad.

Dentro de una sociología del proceso que utiliza el paradigma interpretativo, la "normativización" de los criterios de determinación y valoración de la responsabilidad, se ha extendido no solo a la culpabilidad e imputabilidad, sino también a otras características del comportamiento del sujeto como los móviles y la actitud moral (Gesinnung)⁹. Todas las características sobre las cuales se basa la motivación de la sentencia de condena se revelan entonces como cualidades **atribuidas** al sujeto, mientras las variables **latentes** de la decisión judicial que no hallan correspondencia en la sentencia y su motivación, son

reportadas, en la más rigurosa investigación sociológica sobre el proceso penal, al estado social del procesado y a los estereotipos del criminal y criminalidad de los que son portadores los órganos de la justicia penal, como también la opinión pública¹⁰.

El proceso de "normativización", que ha alcanzado en la teoría del derecho y en la sociología del proceso al concepto de responsabilidad y sus criterios de determinación, encuentra correspondencia en los desarrollos de la doctrina de la responsabilidad penal de los últimos tiempos y en particular en el de la culpabilidad.

Ya a comienzos del siglo, con el advenimiento de la llamada teoría normativa de la culpabilidad (R. FRANK, 1907), el juicio de culpabilidad tendía a desvincularse de la verificación de ciertos ingredientes psicológicos de la acción y se centralizaba sobre la **reprochabilidad** de esta. Por mucho tiempo, sin embargo, el juicio de reprochabilidad permanecía atado a un fundamento ontológico que estaría constituido por la posibilidad, rechazada por el autor de un delito, de comportarse de otra manera (Andershandelnkönnen); o sea, por la opción, descartada por él, de orientar el propio comportamiento según las normas y valores constitutivos del ordenamiento, la estigmatización del comportamiento era entendida entonces como un juicio a la actitud de **infidelidad** del ciudadano en relación con el ordenamiento jurídico (H. WEZEL, 1941), actitud verificable sobre el presupuesto de una disponibilidad real de opciones conformes con la ley, del conocimiento de la norma violada y de la exigibilidad del comportamiento acorde con ella.

La radical "normativización" del concepto de culpabilidad, cuyos resultados son evidentes en la doctrina alemana de nuestro tiempo, pasó por diversas fases: a) el reconocimiento de la libertad de actuar como un "artificio del legislador" (E. KOHLRAUSCH, 1910); b) la demostración de la no judiciabilidad, es decir, de la imposibilidad de determinar judicialmente el pretendido fundamento ontológico del juicio de culpabilidad, el "haber podido actuar diversamente", y de medir el grado de culpabilidad (G. ELLSCHEID, 1986); c) el reconocimiento de la

9. *Sobre los procesos de atribución de motivos y las funciones que ellos cumplen en el contexto de la interacción cotidiana, cfr. C.W. MILLS (1940), A.F. BLUM, P. McHUG (1971), H. KELLY (1971). En particular en relación con el proceso de determinación de la responsabilidad penal, G. BIERBRAUER (1978).*

10. *Cfr. la investigación empírica sobre la praxis de la decisión judicial relacionada con la dosificación de la pena y la concesión de atenuantes u otros beneficios, hecha por D. PETERS (1973), la cual demuestra que los jueces se orientan por un estereotipo de "criminal normal", cuyos requisitos objetivos y subjetivos coinciden del todo con los que determinan la pertenencia a las clases sociales más débiles (precariedad de la situación laboral financiera y de vivienda, desorganización familiar, bajo nivel de educación, etc.). A los mismos resultados llegan también las investigaciones sobre la praxis seguida por los órganos del Ministerio Público en las decisiones relacionadas con la iniciación de la acción penal, hecha por E. BLANKENBURG; K. SESSAR; W. STEFEN (1978).*

independencia lógica del juicio respecto del pretendido presupuesto ontológico (ROXIN, 1973; G. JAKOBS, 1976).

Este desarrollo doctrinal culmina, en la fase más reciente, en la tendencia a desvincular el juicio de culpabilidad del contenido ético de la reprobación; en la tentativa de construir un concepto de culpabilidad sin estigmatización (G. ELLSCHEID; W. HASSEMER, 1977) y hasta en la perspectiva de una teoría del delito sin culpabilidad (cfr. M. BAURMANN, 1980).

En esta **crisis** de la culpabilidad (cfr. H. MULLER — DIETZ, 1967), que alcanza la estructura dogmática de un Derecho Penal construido por el legislador sobre el principio de culpabilidad, como lo son el Derecho Penal italiano y alemán, la relación funcional entre este principio y la pena-sufrimiento se modifica: entre la función de fundar la pena-sufrimiento y la de limitar la responsabilidad penal, esta última en la doctrina más avanzada, tiende a sobreponerse¹¹.

El "progreso" representado por dicha tendencia es, sin embargo, más aparente que real. Es un progreso de las **buenas intenciones**, o —es lo mismo en este caso— de la **mala conciencia** en relación con el sistema de la justicia penal: sobre el plano objetivo eso no modifica, pero en cierto sentido hace todavía más irracional la relación funcional entre la imputación de culpabilidad y la suministración de la pena-sufrimiento. En primer lugar, en efecto, no se ve cómo la culpabilidad, de la que no es posible medir objetivamente el grado en el proceso, pueda ser un límite de la responsabilidad penal y cumplir una función de garantía a favor del procesado en relación con las formas subjetivas, intuitivas y presuntivas de determinación de ella. En segundo lugar, la función limitativa de la culpabilidad en relación con la pena-sufrimiento —técnicamente imposible al estado actual de la construcción dogmática— se transforma en **ideología negativa**, en un elemento (también técnicamente débil) de una estrategia de garantía exclusivamente defensiva.

En efecto, si se reduce su fundamento en la culpabilidad y de otra parte, las pretendidas funciones útiles, logran, cada vez menos, compensar esta pérdida de fundamento en la denominada teoría "absoluta" de la pena, entonces, la pena-sufrimiento es aceptada como un dato natural, como un aspecto **inevitable** de la violencia institucional que el derecho puede sólo limitar dentro de requisitos formales y sustanciales, pero no puede ni legitimar, ni excluir, como la técnica de la ingeniería puede contener la violencia de las aguas construyendo diques, pero sin cuestionar su existencia.

La pérdida del contenido ontológico y ético de la culpabilidad, de la que existen señales autorizadas en la reciente doctrina penal, los intentos de sustraerle la función estigmatizadora, no son, por tanto, la expresión de una crisis del concepto de culpabilidad, sino de una crisis que abarca toda la teoría de la pena y de la responsabilidad penal. Miremos la pena carcelaria, que sigue siendo la pena principal y característica del sistema punitivo: todos los intentos teóricos y prácticos por justificarla, resaltando las funciones útiles, como la resocialización, se pueden considerar fracasados. Los esfuerzos que se pueden y se deben hacer (hasta que la acción política y cultural por liberar a la sociedad de la **necesidad** de la cárcel¹², de sus frutos, solo pueden introducir elementos de recuperación individual y social más allá y más acá de los muros de la cárcel, en las condiciones negativas impuestas por la pena-sufrimiento, pero no transformar a esta en un instrumento útil para el individuo y para la comunidad.

Aparece cada vez más evidente que la pena en sí misma, y en particular la pena carcelaria, no puede producir efectos útiles, sino que estos pueden ser perseguidos solamente abriendo espacios de libertad y de interacción con la sociedad externa, cada vez mayores en el régimen penitenciario. Esto puede ser interpretado como el signo de una progresiva separación entre la política de resocialización y de prevención y la pena (cfr.

11. Para una reconstrucción crítica de los recientes desarrollos de la dogmática de la culpabilidad en Alemania y sobre el estado de la categoría de la culpabilidad en el Derecho Penal "preventivo", u orientado a las consecuencias, cfr. M. SILBERNAGL (1985; 1987). La doctrina más reciente que coloca el centro de sus reflexiones jurídico-penales, el problema de las consecuencias de las decisiones, considera justas y por tanto legitimadas solo las medidas punitivas que corresponden a exigencias de prevención (especial o general); cfr. D. SCHUNEMANN, a cargo (1984); W. HASSEMER (1986).

12. "Liberarse de la necesidad de la cárcel", es el nombre y *Leitmotiv* de acción de una asociación constituida en los últimos años en Italia entre operadores del sistema de la justicia penal, encarcelados, asistentes sociales, políticos, hombres de cultura y de ciencia, que se proponen coordinar e impulsar debates e intervenciones normativas sobre la cuestión de la cárcel y proponer un amplio movimiento cultural y político por la reducción de la esfera de intervención de la violencia punitiva, con la perspectiva de su eliminación definitiva como respuesta internacional privilegiada a situaciones problemáticas y como instrumento de reflexión de los conflictos.

M. PAVARINI, 1986; G. MOSCONI, 1986). Esta separación hace de la pena, el aspecto puramente negativo del sufrimiento, un límite del que tenemos que alejarnos, para perseguir las finalidades positivas de las políticas citadas.

La tendencia a disociar el elemento subjetivo del delito, la culpabilidad de la estigmatización; a construirlo como límite de la responsabilidad y, por tanto, de la suministración de sufrimiento, antes que como justificación de la misma, refleja en la ciencia penal más avanzada, la crisis de legitimación que abarca el sistema punitivo.

3. El formalismo del proceso y la técnica de limitación de la respuesta represiva a los conflictos.

Mientras en la intervención punitiva la suministración de sufrimiento sea la condición real, sin que sea el fin declarado, de la forma en que la justicia penal interviene sobre los conflictos, la manera artificial de interpretar y transcribir estos conflictos, propia de aquella institución, será ineliminable y **debe** ser mantenida.

Aislar una acción voluntaria del contexto situacional y del macrocosmos social, así como de la continuidad del microcosmos personal, para concentrar en ella la determinación judicial de la cantidad de sufrimiento que debe ser suministrado a una persona, es una operación inadecuada para una interpretación científica de la realidad de los conflictos; sin embargo, sigue siendo una técnica indispensable para la limitación de la responsabilidad penal.

Esta técnica de limitación se basa en tres principios que representan el punto más avanzado de la construcción de una teoría jurídica del delito, en función de la intervención penal mínima y de la máxima garantía para el imputado y para la víctima: a) el **principio de responsabilidad personal** (que excluye la responsabilidad objetiva y colectiva); b) el **principio de responsabilidad por el hecho** (que excluye los criterios de responsabilidad basados en las características de la persona, como la llamada "peligrosidad"); c) el **principio de la exigibilidad social del comportamiento conforme con la ley** (alrededor del cual giran hoy los intentos de reconstrucción del concepto de culpabilidad en la más avanzada doctrina penal) (cfr. A. BARATTA, 1985).

El jurista y el juez que construyen y manejan estos criterios de determinación de la responsabilidad, deberían ser conscientes de *la distancia* y de *la contradicción* que subsisten entre el modo de interpretación de la situación conflictiva impuesto por las finalidades limitativas asignadas al proceso penal, y la "realidad" del conflicto que puede ser interpretada en la construcción más pro-

funda, por parte de la ciencia social. Respecto de la "realidad" del conflicto, la interpretación centrada sobre el acto y no sobre el contexto, se adecúa a una respuesta represiva, mas no a una respuesta preventiva y restitutiva y, sin embargo, mientras la interpretación de los conflictos deba hacerse en un trato judicial preparado para establecer las condiciones previstas por el derecho para una respuesta represiva, ni la más evolucionada construcción jurídica, podrá refutar el gran artificio de la justicia, que transforma el acto delictuoso de una variable dependiente en una variable independiente. Ningún trabajo de construcción jurídica puede pretender hacer **judiciable** lo real para hacer coincidir la verdad procesal con la verdad científica.

Para evitar que la construcción artificial de la realidad en el proceso penal traiga más consecuencias, todavía más negativas en cuanto a la realidad misma, o sea sobre la existencia de los hombres sobre la sociedad; o al menos para limitar las consecuencias negativas, la única posibilidad es por el momento, que los actores implicados en el drama procesal, especialmente los juristas, adquieran y desarrollen una conciencia adecuada sobre la distancia que separa el artefacto jurídico de la realidad. Esto presupone una participación personal de los actores, según las respectivas posibilidades de elaboración y de participación, en el otro gran laboratorio de la realidad, aquel en el que se construye **el saber social**.

De esta tesis se derivan consecuencias importantes en relación con la preparación y la experiencia práctica de los actores profesionales, de los juristas directamente implicados en el proceso penal; pero también, más general, de los que lo son indirectamente, por estar comprometidos en la construcción doctrinal. Recordamos las brillantes reflexiones de dos grandes juristas. Widar Cesarini Sforza, iniciaba su **Filosofía del derecho** (1958) con las palabras: "No es verdadero y completo jurista el que aún conociendo con precisión científica el derecho positivo de un determinado país, no se da cuenta de la abismal distancia entre el derecho y la vida..." Gustav Radbruch (1973) hablaba de la "mala conciencia" sin la cual no es posible ser un verdadero jurista.

Propongo llamar "opción crítica" a esta actitud que permite vivir la experiencia al interior del sistema de la justicia penal, siendo consciente de sus artefactos necesarios, para usarlos en modo tal de limitar los efectos negativos y los costos sociales del sistema.

Su contrario podrá ser denominado "opción ideológica". Esta es la solicitud de quien pretende poder interpretar "objetivamente" la realidad más allá del sistema, usando los códigos de interpretación propios de este. Permanecer en una concepción ontológica de la

responsabilidad y de la culpabilidad, como si conflictos y situaciones socialmente negativas pudieran ser explicadas, en la realidad, partiendo de los actos personales, es la manera como en el caso de una buena parte de los juristas, y en modo altamente generalizado en el "sentido común", sigue cumpliéndose la legitimación de la pena-sufrimiento¹³.

Un avance hacia cambios profundos del sistema de la justicia penal, puede hacerse con la difusión de la "opción crítica" entre los juristas y la opinión pública, con el crecimiento entre los juristas y en la sociedad que hace uso de la justicia punitiva, de aquella "mala conciencia" de que hablaba Gustav Radbruch. Se trata de un progreso en la formación y en la conciencia profesional de los juristas. En relación con el proceso penal, se trata, antes que de los mejoramientos posibles y necesarios en el Derecho Procesal, de una transformación del **sentido** en que el drama procesal es vivido en la percepción y en la experiencia de los actores implicados.

En la búsqueda de un grado más alto de civilización del proceso, a menudo se ha insistido en la oportunidad de reducir los artefactos del Derecho, de aproximar el proceso a la realidad, a la vida. Pero es fácil por esta vía perseguir ilusiones teóricas e incurrir en graves riesgos en la práctica. A este propósito debe ser subrayado el carácter ideológico de un discurso basado en la contraposición entre artificial y natural, en una civilización en la cual la realidad es construida con intervenciones artificiales. En una sociedad como la nuestra, la idea del "regreso a la naturaleza", puede volverse fácilmente en un mito con el cual, antes que afrontarlos, se sustraen los problemas de las transformaciones necesarias para hacer la realidad más humana, o sea, para sustituir los **malos** artefactos con **buenos** artefactos.

Los artefactos del Derecho no son menos necesarios para un Derecho más justo y humano, de cuanto no sean operantes en los ordenamientos existentes. Por el contrario, la experiencia nos enseña que muchos de los regímenes más injustos y autoritarios de los últimos tiempos, han estado acompañados de una degeneración (F. VON HIPPEL, 1955) del ordenamiento jurídico, determinado

también por la pretensión de superar el formalismo legalista con la introducción de confusas ideologías sustancialistas, en nombre de un pretendido acercamiento de la *praxis* jurídica a la realidad política y a la "sustancia ética de la nación"¹⁴.

Los intentos por superar los artefactos y el formalismo del Derecho, mientras quedan inalteradas las relaciones de poder y de sujeción, y permanece el impacto negativo de la violencia punitiva sobre los individuos y sobre la sociedad, no podrán jamás significar un progreso hacia formas más elevadas de civilización del Derecho. A los conocidos inconvenientes de la ocultación de las posibilidades de comunicación dentro de un rito procesal con roles, criterios de argumentación y códigos de verdad predeterminados, pueden fácilmente sustituirse, como efecto de cruzadas antiformalistas, inconvenientes todavía más graves. Esto se verificaría, por ejemplo, cuando el poder punitivo real, antes que ser circunscrito por el formalismo del rito, fuera confiado a la libre comunicación entre las partes y a la libre búsqueda de la verdad por parte de un juez paternalista.

Con todos sus defectos, el formalismo procesal, aplicado a un correcto régimen acusatorio y garantista, tiene la virtud de contener, en lugar de ampliar, la desigualdad de poder entre las partes que intervienen en el proceso penal. El modelo de transformación del proceso desde su interior, que aquí se propone, se basa en el reconocimiento del carácter artificial del mundo del Derecho, pero al mismo tiempo, en la civilizada participación de los actores y del público en la obra de reforma de los artefactos de la justicia, en perspectivas de un proceso más justo en relación con los derechos del imputado y de la víctima.

El proceso cultural y político que debe conducir a una más elevada civilización en el proceso, es representado, en este modelo, no tanto por la reducción de la distancia comunicativa y existencial entre los actores del drama procesal encerrados en los propios roles, sino más bien por el nuevo sentido que el drama adquiere para cada uno de los actores, si le son aseguradas las condiciones para ver, antes que la realidad social a través de los artefactos

13. Cfr., en relación con la correspondencia de la concepción dogmática de la culpabilidad con la generalmente dominante en el "sentido común", G. SMAUS (1985, 57ss.).

14. Para un análisis de las tendencias sustancialistas, en la ciencia jurídica, precursoras del desarrollo de un Derecho Penal autoritario "de la actitud interior", contemporáneas al advenimiento y consolidación del totalitarismo nacionalsocialista en la Alemania de los años treinta, cfr. A. BARATTA (1966); sobre el sustancialismo y antiformalismo moralizantes predominantes en la ciencia jurídica y en el Derecho autoritario de la Alemania nacionalsocialista, cfr. también B. RUTHERS (1968) y las contribuciones presentadas en el congreso de la sección internacional de la Asociación de filosofía del Derecho y filosofía social (IVR), llevada a cabo en Berlín los días 11 y 12 de octubre de 1982 (H. ROTTLEUTHNER, a cargo de, 1983). Para comparar similitudes tendencias en los ordenamientos jurídicos de los regímenes autoritarios en América Latina, véase E. GARCÍA MÉNDEZ (1985).

de la justicia, los artefactos de la justicia a través de la realidad social. Es este nuevo "sentido" el que puede reunir a los actores del proceso en una armoniosa comunicación, en su calidad de hombres y de ciudadanos, aun sin pretender sustraerlos de sus roles en el teatro procesal.

La introducción de la "opción crítica" en el modo de vivir la experiencia procesal por parte de todos los sujetos implicados, puede ser representada usando como metáfora una poética teatral muy cercana a la de Bertold Brecht. Sobre el teatro están los actores que representan sus papeles, pero al mismo tiempo ellos forman parte del público; despiertan a través de esta participación su conciencia crítica. Son una guía para el público, porque son no solo actores, sino también el público de ellos mismos. Recitan y se ven recitar: son actores del teatro que se saben ser, ante todo, actores de la vida.

Del mismo modo actúan los actores del proceso, en el modelo ideal propuesto. La vida entraría en el proceso, de este modo, a través de la **ironía**. Ironía significa vivir viéndose vivir.

En este caso significa recitar con ritual respecto de las reglas y los roles, ¡a propia parte en el proceso, a sabiendas de que en el teatro procesal solo sucede una transcripción ficticia del drama social. Un importante elemento político entraría de tal modo en el proceso. La ironía de la que se habla, en efecto, es la conciencia dramática que rescata a los actores de sus roles y los hace ser al mismo tiempo críticamente partícipes, fuera de aquellos, de la vida de la sociedad. Pero la ironía de los actores es al mismo tiempo el modo como ellos representan al público, la sociedad misma, en el proceso. El rito procesal, que de otra manera constituye el escenario de la conservación y del consenso en relación con el **statu quo social**¹⁵, se transformaría así en el teatro de una crítica de la realidad, en un lugar de emancipación.

Si en la sociedad el proceso penal es visto y vivido a través de una relación crítica con la realidad, es posible no solo alimentar la reforma procesal con una participación más amplia que la de los "expertos", sino también imprimirle la dirección correcta: aquella en la que la reforma del proceso se convierte en parte de un proyecto de emancipación de la sociedad. Se trata de relativizar la verdad procesal, aunque conservándola en la justicia penal, como elemento de limitación de la responsabilidad que el Derecho asigna a las personas; de acompañarla de un conocimiento más profundo de la realidad social y de los conflictos de los que el delito es expresión.

4. La escuela **de la ironía: historia, ciencia social y sabiduría popular. Por una reforma del "sentido" del proceso penal.**

En cuál escuela puede ser adquirido dicho conocimiento? Se ha hablado mucho de promover su adquisición por parte de los actores profesionales de la justicia, a través de una más amplia formación científica, basada en la integración de la ciencia jurídica con las ciencias sociales¹⁶; se han logrado avances conceptuales al interior de la misma teoría jurídica del delito, que pueden hacer las categorías dogmáticas menos impermeables al conocimiento científico de la sociedad.

La problemática reciente del concepto de culpabilidad puede ser interpretada en el contexto de dicha búsqueda, a pesar de que se encuentren en ella direcciones de desarrollo contradictorias. Junto a soluciones de tipo tecnocrático, que han sido objeto de discusión y crítica (cfr. A. BARATTA, 1984), se pueden encontrar nuevas posibilidades para la introducción, en sentido emancipador, de momentos **judiciables** del saber científico acerca de la sociedad y los conflictos en la estructura dogmática del concepto¹⁷.

15. *La funcionalidad del proceso en relación con la asimilación y neutralización de la protesta y con la legitimación de la realidad, es puesta en el centro de la reflexión que N. LUHMANN (1975) desarrolla sobre tal institución al interior del sistema jurídico, administrativo y político.*
16. *En la perspectiva de una integración del saber de las ciencias sociales con el de las ciencias jurídicas, dentro de las ciencias penales y criminológicas, cfr. los textos recogidos en K. LUDERSSEN, F. SACK, a cargo de, (1975; 1977; 1980 a; 1980b), W. HASSEMER, K. LUDERSSEN, a cargo de, (1978), W. HASSEMER, a cargo de, (1984); para una reflexión crítica sobre el modelo integrado de ciencia penal, cfr. A. BARATTA (1979).*
17. *Una indicación importante se puede tomar, por ejemplo, de la teoría de la co-culpabilidad desarrollada por un ilustre penalista argentino, E.R. ZAFFARONI (1982, 65ss., 74; 1985, 97ss.). Esta puede permitir, en efecto, operaciones de valoración compensatoria de la responsabilidad de los individuos en condiciones sociales desventajosas, considerando las diversas posibilidades de comportamiento que el individuo posee según su condición social, e introduciendo así en la apreciación jurídica la consideración de la injusticia social y de la "culpabilidad" de la sociedad por las condiciones en que tales individuos han sido dejados.*

Fuera de la **escuela** de la ciencia, sin embargo, hay otras no menos importantes, de las cuales los juristas también pueden adquirir mucho: la sabiduría popular. La ironía de la que antes se ha hablado, no necesita ser inventada. Ella existe ya y es practicada fuera de la cultura "oficial" en una tradición que tiene como protagonista a las clases populares, los pobres y los marginados, los cuales han sido siempre la clientela privilegiada del sistema de la justicia penal.

La cultura popular está llena de ejemplos de la sabia ironía con la cual las clases desfavorecidas, los individuos procesados y condenados, que de ellas forman parte, sus familias, su ámbito social cercano, viven su propia inclusión histórica en el sistema de la justicia penal, su presencia "privilegiada" en los juzgados y en las cárceles. Una historia de la justicia penal **desde abajo**¹⁸, la historia depositada en la concepción popular y no contada en los documentos del saber oficial, con los que, en gran parte, se forman los juristas, puede ser una fuente extraordinaria de conocimientos y de conciencia profesional para los operadores de la justicia, como en general para todos los ciudadanos, que se sienten representados y asegurados por la justicia penal.

A la escuela de la historia se agrega en la realidad cotidiana del proceso, la experiencia popular, que se expresa en la persona del imputado, cuando este, como sucede en la mayoría de los casos, proviene de los estratos más bajos de la sociedad. También del contacto procesal con el mundo del imputado, los actores profesionales que representan el poder institucional y la cultura dominante de la sociedad, pueden aprender mucho si, fuera de la participación ritual, se establece con él una relación humana y política para comprender su lenguaje y, a través de esto, como es posible en muchos casos, la antigua y sabia ironía de los pobres.

Es incuestionable, por otra parte, que hoy en el proceso penal se encuentran también, como imputados, representantes de los grupos socialmente poderosos. Piénsese en los procesos contra la criminalidad

organizada, contra graves desviaciones de los órganos estatales. Aunque mirando la producción de la máquina de la justicia penal, es decir, la población carcelaria, la presencia de los individuos provenientes de grupos poderosos es un hecho excepcional (también en la época de los grandes procesos contra la mafia), la experiencia de estos procesos contra individuos potentes es importante e instructiva.

Se trata de la intervención de la justicia penal en conflictos de tal magnitud, que hace posible su definición como **luchas** sociales, como encuentros por el poder y otros recursos que se desarrollan en el contexto de las relaciones complejas de contraposición y compenetración entre poder legal y poder ilegal en la sociedad¹⁹. La incapacidad del sistema de la justicia penal contra el reto de una criminalidad organizada, capaz no solo de competir con los poderes del Estado, sino también de condicionarlos, puede ser considerada con la misma "opción crítica" y vivida con la ironía, como en el caso de los procesos con imputados socialmente débiles.

Hablar de escasez de medios a disposición de las instituciones de la justicia penal para explicar aquella incapacidad de valorización de la máquina de la justicia penal como solución es, en este caso, limitar el discurso dentro de una perspectiva demasiado estrecha. Para dar a ello una amplitud adecuada se debe, ante todo, hablar de la forma reductiva como los conflictos de esta naturaleza son interpretados y reconstruidos en la óptica del Derecho Penal; del ocultamiento de su dimensión técnico-jurídica. Antes de analizar la cuestión de los recursos materiales del sistema de la justicia penal, es necesario restituirle a los conflictos de esta naturaleza sus dimensiones reales.

Esto significa también, ampliar el frente de la lucha contra la criminalidad organizada como el frente de una lucha política que interesa a toda la sociedad civil; fomentar un proceso de toma de conciencia y de acción del que son protagonistas todas las fuerzas democráticas y no solo los órganos de la justicia penal.

18. La ciencia histórico-social y en particular la historia del sistema penal, ha realizado en los tiempos recientes una verdadera transformación de su perspectiva de investigación y, en consecuencia, ha trasladado sus intereses cognoscitivos, dedicando particular atención a la reconstrucción histórica del desarrollo de las instituciones sociales, en la percepción y experiencia respecto de estas, de la gente común y en la vida cotidiana; véanse entre otros a D. BLASIUS (1978), J. DAVID (1982) y las indicaciones bibliográficas sobre la historia de la criminalidad y del sistema penal inglés en el siglo XVIII recogidas por P. WETTMANN (1987).

19. Con esta perspectiva en el análisis del fenómeno de la mafia, véase, entre otros, a H. HESS (1984).

Para entender la distancia que hay entre la compleja realidad de los conflictos y su reconstrucción en el proceso, los juristas tienen a su disposición, también en este caso, la gran escuela de la ciencia social y de la historia. Esta revela la conexión funcional entre los procesos de acumulación ilegal y los de circulación legal del capital, el carácter estructural de formas de corrupción y colusión con el poder mafioso en los órganos del Estado en determinadas condiciones histórico-sociales; la dependencia endémica de los delitos y desviaciones de los órganos públicos de degeneraciones partidocráticas del sistema de la representación política.

Es necesario ser conscientes de la imposibilidad de controlar solo con la intervención represiva sobre los comportamientos individuales de las personas físicas —más allá de los cuales la justicia penal de un Estado de Derecho no puede ir—, conflictos que tienen como sujetos y modalidades organizaciones y sistemas complejos de acciones, antes que individuos y comportamientos singularizables; que tienen relación con formas ilegales de extracción y de acumulación de los recursos, cuyos

usufructuarios pueden estar funcionalmente bien lejos de los autores, como sucede, por ejemplo, en el caso de operaciones ilegales de grandes sociedades nacionales y multinacionales.

También en este caso, junto a la escuela de la historia y de la ciencia, está a disposición de los operadores y del público de la justicia penal, la escuela cotidiana de la experiencia procesal. Del mismo modo, el procesado potente es portador, aunque en modo diverso y opuesto al del procesado socialmente débil, de un **mensaje** importante, que solo puede ser descifrado en una relación con el código social y político que sobrepasa la que se desarrolla con el código de la justicia penal. Desde este punto de vista, la ironía de los potentes, que saben que están librando una batalla que no será decisiva para la suerte de su guerra, no es menos sabia y rica de enseñanzas que la ironía de los pobres, que saben que la "guerra contra la criminalidad" que la justicia penal libra contra ellos, no cambiará las condiciones de su batalla cotidiana en la periferia de la sociedad.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS

- ASSOCIAZIONE NAZIONALE "LIBERARSI DALLA NECESSITÀ DEL CARCERE" (1986), *Documento fondativo del Coordinamento Nazionale "Liberarsi dalla necessità del carcere"*, in "Dei delitti e delle pene", IV, 2, pp. 367-371.
- BARATTA, Alessandro (1966), *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, Milano.
- BARATTA, Alessandro (1979), *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in "La questione criminale", V, 2, pp. 147-183.
- BARATTA, Alessandro (1982), *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna.
- BARATTA, Alessandro (1984), *La teoria della prevenzione integrazione. Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in "Dei delitti e delle pene", II, 1, pp. 5-30.
- BARATTA, Alessandro (1985), *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in "Dei delitti e delle pene", III, 3, pp. 443-473.
- BAURMANN, Michael (1980), *Schuldlose Dogmatik?*, in *Seminar: Abweichendes Verhalten, IV, Kriminalpolitik und Strafrecht*, a cura di K. Lüderssen, F. Sack, Suhrkamp, Frankfurt a. M., pp. 196-265.
- BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas (1966), *The Social Construction of Reality*, Doubleday, Garden City, New York (trad. ital. *La realtà come costruzione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1969).
- BIERBRAUER, Günter (1978), *Attributionstheoretische Überlegungen zur strafrechtlichen Schuld*, in *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. III, Strafrecht*, a cura di W. Hassemer, K. Lüderssen, Beck, München, pp. 130-152.

- BLANKENBURG, Erhard, SESSAR, Klaus; STEFFEN, Wielke (1978), *Die Staatsanwaltschaft und Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Duncker & Humblot, Berlín.
- BLASIUS, Dirk (1978), *Kriminalität im Alltag*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- BLOCH, Ernst (1959), *Prinzip Hoffnung*, 1ª ed., Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- BLUM, Alan F.; MCHUG, Peter (1971), *The Social Ascription of Motives*, in "American Sociological Review", 39, pp. 98-127.
- CARRINO, Agostino (1983), *L'irrazionale nel concetto. Comunità e diritto in Emil Lask*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- CESARINI SFORZA, Widar (1958), *Filosofía del diritto*, Giuffé, Milano.
- CHRISTIE, Niels (1982), *Limits to pain*, Martin Robertson, Oxford (trad. it. *Abolir le Pene?*, il paradosso del sistema pênale, Abele, Torino, 1985).
- CICOUREL, Aaron V. (1970), *The Acquisition of Social Structure Toward a Development Sociology*, in *Understanding Everyday*, a cura di J. D. Douglas, Aldine Publ., Chicago, pp. 136-163.
- DAVID, Jones (1982), *Crime, Protest, Community and Pólice in nineteenth-century Britain*, Routledge & Kegan, London.
- DOUGLAS, Jack D., a cura di (1970), *Understanding everyday*, Aldine Publ., Chicago.
- ELLSCHIED, Günther (1982), *Alternativen zur strafmalischuld Recht und Gesetz im Dialog*, a cura di, Elmar Wadle, Heymar Kóln, pp. 77-104.
- ELLSCHIED, Günther; HASSEMER, Winfried (1975), *Strafe ohne Vwurf*, in *Seminar: Abweichendes Verhalten, II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, 1, a cura di K. Lüderssen. F. Suhrkamp, Frankfurt a. M.
- ENGISCH, Karl (1965), *Vom Weltbild der Juristen*, Carl Winter Heidelberg.
- FRANK, Reinhard (1907), *Über den Aufbau des Schuldbegriffes*, Gieser.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1985), *Recht und Autoritarismus in La Amerika: Argentinien, Uruguay und Chile 1970-1980*, Ed. Iberoamericana, Frankfurt a. M.
- GARFINKEL, H. (1967), *Studies in Ethnomethodology*, N.
- GIDDENS, Anthony (1984), *The Constitution of Society*, Polity Press Cambridge.
- HABERMAS, Jürgen (1981), *Theorie des kommunikativen Handelns Bd. 2, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Suhrkamp Frankfurt a. M.
- HART, Herbert L. A. (1951), *The Ascription of Responsibility Rights*, in *Logic and Language*, a cura di A. Flew, Clarendon Press Oxford.
- HASSEMER, Winfried, a cura di (1984), *Sozialwissenschaften im Recht*, Luchterhand, Neuwied.
- HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus, a cura di (1978), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. III, Strafrecht, B. München.
- HESS, Henner (1984), *Mafia*, Laterza, Bari.
- HIPPEL, Fritz von (1955), *Die Perversion von Rechtsordnungen*, Mohr Tübingen.
- JAKOBS, Günther (1976), *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen.
- JUNG, Heike (1987), *Das Opferschutzgesetz*, in "JuS", 2, pp. 157-160.
- KAISER, Günther (1985), *Kriminologie*, Müller, Heidelberg, Karlsruhe.
- KELLEY, Harold H. (1971), *Attribution in Social Interaction*, General Learning Press, New York.
- KOHLRAUSCH, Eduard (1910), *Sollen und Können als Grundlage strafrechtlicher Zurechnung*, in *Festgabe für Güterbock*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 26-48.
- KRAUSS, Detlev (1983), *La vittima del reato nel processo pênale*, in «Dei delitti e delle pene», I, 2, pp. 283-298.
- LASK, Emil (1932), *Rechtsphilosophie*, in *Gesammelte Schriften*, a cura di E. Herrigel, Mohr, Tübingen, pp. 275-332.

- LÜDERSSEN, Klaus; SACK, Fritz, a cura di (1975a), *Seminar: Abweichendes Verhalten, I, Die selektiven Normen der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- LÜDERSSEN, Klaus; SACK, Fritz, a cura di (1975b), *Seminar: Abweichendes Verhalten, II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, 1*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- LÜDERSSEN, Klaus; SACK, Fritz, a cura di (1976), *Seminar Abweichendes Verhalten, III, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, 2*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- LÜDERSSEN, Klaus; SACK, Fritz, a cura di (1980), *Seminar Abweichendes Verhalten, IV, Kriminalpolitik und Strafrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- LUHMANN, Niklas (1974), *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 4^a ed., Westdeutscher Verlag, Opladen.
- LUHMANN, Niklas (1975), *Legitimation durch Verfahren*, 2^a ed., Suhrkamp, Frankfurt a. M.
- MATHIESEN, Thomas (1974), *The Politics of Abolition*, Universitets-forlaget, Oslo.
- MEAD, George H. (1936), *Mind, Self and Society*, Aldine Pubi., Chicago (trad. it. *Mente, sé società*, Firenze, 1966).
- MILLS WRIGHT, Charles (1940), *Situated Actions and Vocabularies of Motive*, In «American Sociological Review», V, 6, pp. 904-913.
- MOSCONI, Giuseppe (1986), *Referimenti per un'alternativa reale al carcere*, in «Dei delitti e delle pene», IV, 2, pp. 277-315.
- MÜLLER-DIETZ, Heinz (1967), *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, Müller, Karlsruhe.
- PAVARINI, Massimo (1986), *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale*, in «Dei delitti e delle pene», IV, 2, pp. 251-276.
- PETERS, Dorothee (1973), *Richterim Dienste derMacht*, Enke, Stuttgart.
- POULANTZAS, Nicos (1974), *Les classes sociales dans le capitalisme aujard'hui*, Editions du seuil, Paris.
- RADBRUCH, Gustav (1973), *Rechtsphilosophie*, Mohr, Tubingen.
- ROTTLEUTHNER, Hubert, a cura di (1983), *Rechi, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, «ARSP» Beiheft, 28, Steiner, Wiesbaden.
- ROXIN, Claus (1973), *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, De Gruyter, Berlin, New York.
- RÜTHERS, Bernd (1968), *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Mohr, Tiibigen.
- SACK, Fritz (1978), *Probleme der Kriminalsoziologie, in Handbuch der empirischen Sozialforschung, Bd. 12, Wahlverhalten, Vorurteile, Kriminalität*, a cura di R. König, Enke, Stuttgart, pp. 192-492.
- SCHÜNEMANN, Bernd, a cura di (1984), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, de Gruyter, Berlin, New York.
- SCHÜNEMANN, Bernd (1986), *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, in «NStZ», VI, 5, pp. 193-200.
- SCHÜTZ, Alfred (1960), *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*, 2^a ed., Springer Wien (trad. it. *La fenomenologia del mondo sociale*, Il Mulino, Bologna).
- SCHÜTZ, Alfred (1962), *Collected Papers, I, The Problem of Social Reality*, The Hague.
- SILBERNAGL, Michele (1985), *Dogmatica penale e scienze sociali. Appunti critici sui recenti sviluppi della categoria della colpevolezza nella dottrina tedesca ovvero sulla ricezione di sapere sociologico da parte della scienza giuridico penale, tesi di laurea*, Università di Bologna.
- SILBERNAGL, Michele (1987), *Il diritto penale senza colpevolezza. Appunti critici sul processo di dissoluzione della categoria della colpevolezza nel diritto penale preventivo*, in «Dei delitti e delle pene» V, 2, di prossima pubblicazione.
- SMAUS, Gerlinda (1985), *Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache der deutschen Bevölkerung*, Westdeutscher Verlag, Opladen.
- WÄCHTER, Gerd H. (1984), *Derdoppelte Charakterdes Strafrechts. Ökonomie, Repression und Ideologie in der Theorie des Strafrechts*, in «Kritische Justiz», XVII, pp. 161-185.

WELZEL, Hans (1941), *Persönlichkeit und Schuld*, in «ZStW», LX, pp. 428-474.

WETTMANN, Peter (1987), *Il sistema penale inglese nel 18. Secolo. Sviluppi nel campo della ricerca storica*, in «Dei delitti e delle pene», V, 1, pp. 223-230.

ZAFFARONI, E. Raúl (1982), *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, vol. IV, Ediar, Buenos Aires.

ZAFFARONI, E. Raúl (1985), *Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, Buenos Aires.



Xilografía de Hernán Arévalo

"Tercera caída"

CONTROL DE LA POLICÍA POR EL FISCAL *VERSUS* DOMINIO POLICIAL DE LA INSTRUCCIÓN *

Kai Ambos

Observación preliminar

- I. La situación legal
 1. Fundamentos
 2. Imprecisiones normativas
- II. La realidad del proceso
- III. Criminalidad organizada y lucha preventiva contra la delincuencia
 1. Fundamentos
 2. Lucha preventiva contra el delito y Estado de Derecho
- IV. ¿Reformas?

Resumen

Observación preliminar

De acuerdo con el propósito del legislador reformista del siglo XIX, con la creación del ministerio fiscal (*Staatsanwaltschaft*) se persiguieron, fundamentalmente, tres objetivos¹: la derogación del tradicional proceso inquisitivo mediante la realización, de forma separada, de las funciones de acusación y enjuiciamiento por parte de la fiscalía y de los tribunales; la creación de una institución objetiva encargada de la investigación que, al mismo tiempo, habría de asumir el papel de guardiana de la ley con respecto a la actuación estatal; y finalmente —relacionado con esto último— el control jurídico-estatal de las investigaciones policiales. De este modo, debido a sus amplias competencias en

la dirección material, el ministerio fiscal habría de convertirse en "dueño y señor de la instrucción procesal"² y también —precisamente con respecto a la policía— en garante de un proceso jurídico-estatal revestido de forma judicial³. A este punto de partida histórico volveremos posteriormente, sin embargo, merece ser mencionado aquí, por cuanto se puede afirmar, sin más, que la lucha del ministerio fiscal por el control de la policía ha ido dejando huella a lo largo de su historia; es más, es tan antigua como la institución misma. Esto no debe perderse de vista si pretendemos hablar, desde la perspectiva actual, de la contradicción existente entre la situación legal (I.) y la realidad del proceso (II.), para ocuparnos finalmente de la llamada lucha preventiva contra la delincuencia (III.).

Título original: Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei versus Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens. Traducción de Teresa Manso Porto, colaboradora científica en el Instituto Max Planck de Friburgo; revisión y actualización del autor.

Agradezco a mi colega, Dr. Jörg Kinzig, por sus importantes referencias. Cand. iur. Martin Viciano Gofferje merece asimismo mi agradecimiento por su apoyo en la composición del texto.

1. Roxin, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft*, DRiZ 1969, págs. 385 y s.
2. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional, BVerfG), en: *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, pág. 231; cfr. en la —inabarcable— literatura entre otros Hellmann, *Strafprozeßrecht*, 1998, § 3 núm. marg. 1.
3. Cfr. Riess, *Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, Libro-homenaje a Schafer* (1980), pág. 155 (194).

I. La situación legal

1. Fundamentos

El ministerio fiscal está llamado a ejercer la acusación pública (principio de acusación, § 152 I StPO)⁴. Está obligado a intervenir en cualquier hecho penal perseguible, siempre y cuando haya indicios suficientes, es decir, cuando exista lo que se llama una *sospecha inicial* (principio de legalidad, § 152 II). Es quien decide acerca del resultado final de la instrucción procesal en tanto que formula la acusación (§ 170 I) o—por razones de oportunidad (§ 153 y sgs.) o por motivos tácticos o jurídicos (§ 170 II)— dicta el sobreseimiento.

Según la concepción normativa del ordenamiento procesal, el ministerio fiscal debe, tal y como señala el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), "garantizar el correcto transcurso de las investigaciones y ejercer el permanente control jurídico de la actividad de investigación policial...; está obligado a ejercer la función de control y dirección,... la competencia exclusiva en la dirección material"⁵. Según el § 161 I, primer inciso, primera alternativa, el fiscal puede incluso asumir, él mismo, las investigaciones. Sin embargo, eso es solo una posibilidad teórica, pues no dispone de una policía judicial propia, tal como la conocemos del Derecho francés con el nombre de *police judiciaire*⁶, o como existe también en España y Latinoamérica como *policía judicial*⁷. El fiscal alemán es,

más bien, como lo expresó una vez *Kern*⁸, una "cabeza sin manos" y, como tal, dependiente de la policía. Generalmente, el ministerio fiscal deja que las investigaciones sean realizadas por parte de la policía (§ 161 I, primer inciso, segunda alternativa); esta, "como brazo prolongado de la fiscalía"⁹, está obligada a satisfacer el requerimiento o la instrucción del ministerio fiscal (§ 161 I, segundo inciso), está vinculada —en el ámbito represivo— a las órdenes de este¹⁰. Se trata de una relación legal de encargo, de un mandato a *iure*, la policía es mandataria del ministerio fiscal¹¹.

Se deben distinguir dos categorías de funcionarios de la policía: por un lado, los llamados funcionarios auxiliares de la fiscalía, conforme al § 152 de la Ley de Organización Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*) —imitando a los "officiers de police judiciaire auxiliaires" franceses¹²— y, por otro, los funcionarios de policía ordinarios, que no poseen el estatus de los funcionarios auxiliares. Dicho estatus se determina a través de reglamentos ejecutivos de los Estados Federales respectivos por grupos (§ 152 II GVG), es decir, se nombran los grupos de funcionarios que deben ser considerados funcionarios auxiliares en el sentido de la ley. Así, por ejemplo, en Baviera, se cuentan entre los funcionarios auxiliares de la fiscalía los de la administración financiera y tributaria, de la policía federal (policía criminal y policía uniformada), de la Administración de montes, caza y pesca, así como de las direcciones de minas del gobierno¹³. Disposiciones similares se encuentran

4. *Parágrafos sin designación específica corresponden al Ordenamiento Procesal Alemán* ("Strafprozeßordnung, StPO).
5. *Bundesgerichtshof Strafsachen (Corte Suprema, asuntos penales = BGHSt)*, t. 34, pág. 215 (217); la misma en *NJW* 1987, pág. 1033.
6. Cfr. Görge, *Die organisatorische Stellung der Staatsanwaltschaft*, 1973, págs. 53 y s.; Rüping, *Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei*, *ZStW* 95 (1983), págs. 894 y s.; acerca del control a través del ministerio y del juez de instrucción cfr. Cedras, en: *Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, 2000, pág. 327.
7. Aquí, sin embargo, es necesario hacer algunas diferenciaciones. Así, según Gómez Colomer, en España no existe una policía judicial en el sentido de un cuerpo policial perteneciente exclusivamente al Ministerio Fiscal, en: *Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.)*, supra nota 6, págs. 311 y s. *Sobre Latinoamérica*, cfr. Ambos/Woischnik, *ZStW* 113 (2001), págs. 334 y ss., con ulteriores reseñas bibliográficas.
8. Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, 1965, pág. 227; cfr. asimismo Roxin, supra nota 1, pág. 388.
9. *Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo Administrativo = BVerwG)*, t. 7, pág. 255 (263); la misma en *NJW* 1975, pág. 893.
10. *Sobre las limitaciones de la facultad de dar instrucciones —que también se deriva del § 152 I GVG—* cfr. Habel, *Möglichkeiten einer Reform des Verhältnisses von Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren*, 1982, págs. 44 y ss.
11. Cfr. para mayor detalle Görge, supra nota 6, págs. 89, 123 y 162; asimismo Habel, supra nota 10, pág. 47; Kunzmann, *Die Kollision zwischen der Aufgabe der Gefahrenabwehr und anderen Aufgaben der Polizei*, 1990, págs. 27 y ss., 157.
12. Cfr. Görge, supra nota 6, pág. 54.
13. *Reglamento acerca de los funcionarios auxiliares de la fiscalía de 21 de diciembre de 1995, Bayerisches Gesetz und Verordnungsblatt (BayGVBl.)* 1/1996, pág. 4.

en los reglamentos de los otros Estados Federales¹⁴, si bien cabe matizar que no solo están afectados miembros de la policía criminal, sino también, fundamentalmente, servicios de categoría intermedia y sectores de la policía común¹⁵.

Cuando se trata de una tarea encomendada por la fiscalía a funcionarios auxiliares se habla de encargo (*"Auftrag"*), mientras que si se encomienda a funcionarios de policía ordinarios se habla de requerimiento (*"Ersuchen"*)¹⁶. La verdadera diferencia entre funcionarios de policía ordinarios y funcionarios auxiliares estriba en que algunas de las medidas coercitivas, previstas en el ordenamiento procesal para casos de "peligro en la demora", no pueden ser adoptadas por funcionarios de policía ordinarios, sino por funcionarios auxiliares—además de la fiscalía—, como por ejemplo, una exploración corporal conforme al § 81 a II, o un registro domiciliario, de acuerdo con el § 105 I¹⁷.

2. Imprecisiones normativas

Sin embargo, la relación entre policía y ministerio fiscal, a nivel normativo, no está libre de ciertas imprecisiones. Ello tiene que ver, por un lado, con el hecho de que la policía y el ministerio fiscal *sirven a dos amos distintos*: la policía está subordinada en el aspecto jurídico-organizativo a los respectivos ministerios estatales del interior, mientras

que la fiscalía depende de los ministerios de justicia. En el aspecto disciplinario, el funcionario de policía ordinario solamente está sujeto a sus superiores policiales. El ministerio fiscal, más allá de sus facultades de instrucción y vigilancia, no posee ningún poder disciplinario sobre la policía en el ejercicio de sus funciones represivas¹⁸. Ya en la Exposición de Motivos de la Ley de Organización Judicial se caracterizó la relación entre ministerio fiscal y policía como "inacabada e indeterminada en cuanto a sus límites", "pues no existe un vínculo organizativo entre ambos"¹⁹.

Últimamente se le ha calificado de "inestable"²⁰. En este sentido, se ha manifestado tempranamente la sospecha de que uno debe conformarse conscientemente con esta indeterminación, a fin de no someter la supuesta eficacia policial a mayores limitaciones. Así, *Mittermaier* ya recogía la opinión de que "con una escasa libertad de movimientos y una posición de la institución policial en la que la discrecionalidad para disponer lo conveniente según las necesidades del caso concreto ha de ser traspasada, la buena efectividad de la policía no está garantizada"²¹.

Sobre esto, el derecho vigente —y ya incluso el Ordenamiento Procesal del Imperio— resulta contradictorio en cuanto faculta a la policía —dentro del marco del llamado primer asalto²² o, como decimos hoy día, la *primera intervención*²³— "a investigar hechos penales y a dictar todas las órdenes que no permitan dilación..." (§ 163 I,

14. Cfr., por ejemplo, el Reglamento del Gobierno Federal de Baden-Württemberg de 12 de febrero de 1996, *Gesetzblatt (GBl.)* de 6 de marzo de 1996, pág. 184; también el Reglamento de Renania del Norte-Westfalia de 31 de agosto de 1982 (*GVBl.* 592), *Änderungsverordnung* de 7 de mayo de 1985 (*GVBl.* 382), así como de Thüringen, de 12 de junio de 1996 (*GVBl.* 110).

15. Cfr. también Kühne, *Strafprozessrecht*, 5. ed., 1999, núm. marg. 147; Hellmann, *supra* nota 2, § 3 núm. marg. 91; Peters, *Strafprozess*, 4. ed. 1985, § 24 IV; detalladamente Habel, *supra* nota 10, pág. 52 y ss., que lamenta que no se haga funcionarios auxiliares a los de mayor graduación.

16. Cfr. Beulke, *Strafprozessrecht*, 5. ed. 2000, núm. marg. 102; Volk, *Strafprozessrecht*, 1999, § 7 núm. marg. 5 y s.; Füllkrug, *Neue Formen der Kriminalitätsbekämpfung und ihre Auswirkungen auf das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei*, ZRP 1984, pág. 193 (194).

17. Además, la confiscación de acuerdo con el § 98 I (cfr. también § 111 e i), investigación de otras personas según el § 81 c V, empleo de medios técnicos (§ 100c I) según el § 100 d I, establecimiento con el fin de realizar una detención según el § 131 I, búsqueda y captura según el § 131 c I, medidas para asegurar la persecución o la ejecución según el § 132 II, pesquisas policiales con registro de datos en los casos del § 163 d II, así como seguimientos prolongados según el § 163 f III. Los funcionarios auxiliares disponen además —con independencia del peligro en la demora— de las facultades del § 100b III y § 111 f I.

18. Cfr. Görgen, *supra* nota 6, pág. 112; Habel, *supra* nota 10, págs. 47 y ss.

19. Cfr. Hahn, *Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz*, Sección 1, 1879, pág. 153.

20. Cfr. Rüping, *supra* nota 6, pág. 916.

21. Mittermaier, *Gesammelte Schriften* 14 (1862), pág. 41; cit. según Rüping, *supra* nota 6, pág. 897.

22. Así todavía en el Derecho prusiano, cfr. Görgen *supra* nota 6, págs. 40 y ss.

23. Cfr. Pfeiffer, *Strafprozeßordnung*, 3. ed. 2000, § 163 núms. margs. 1 y 2.

primer inciso); pero, por otro lado, obliga a que dé traslado de las "actuaciones sin demora" al ministerio fiscal (§ 163 II, segundo inciso) y la somete de manera general a las órdenes de la fiscalía (§ 161 I). Esto se ha interpretado siempre, por parte de la posición tradicional, como que el mandato policial a través del ministerio fiscal, conforme al §161 I, constituye lo que el ordenamiento procesal considera como caso general, mientras que la facultad de la primera intervención, de conformidad con el § 163 I, es solamente una *facultad de urgente necesidad*, es decir, una excepción²⁴. En contra de dicha relación de regla-excepción, esto es, del sometimiento estricto de la policía, habla, sin embargo, la asignación ilimitada de funciones con carácter general dentro de la primera intervención, es decir, "investigar hechos penales y adoptar todas las medidas que no admitan demora, para evitar que se entorpezca la causa"²⁵. Además, la última Ley de Reforma del Procedimiento Penal (*Strafverfahrensänderungsgesetz, StVÄG*) de 2 de agosto de 2000, ha convertido la asignación originaria de funciones, contenida en los § 161 I y 163 I, en una *cláusula general de investigación*²⁶.

Si bien ello ha de contener únicamente la facultad de adoptar medidas de investigación que sean menos intensivas en cuanto a recorte de derechos fundamentales que en el caso de las medidas coercitivas individuales (*Einzeleingriffsermächtigungen*)²⁷, lo cierto es que la policía también está facultada —en el marco de esta primera intervención ("con este fin")— "para llevar a cabo investigaciones de todo tipo"; se le otorga, por tanto una *facultad de investigación* procesal penal²⁸. Esta facultad adquiere mayor significado si se le considera dentro del

contexto de la discusión acerca de la competencia de la policía para la adopción de las llamadas investigaciones previas, en estadio previo o iniciales. En cuanto a ello se volverá más adelante.

Finalmente, en este contexto debe también advertirse del hecho de que la disposición legal de dar traslado a las "actuaciones sin demora" del § 163 II —tomando como base una sentencia del Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) del año 1883— desde siempre se ha interpretado con relativa generosidad, en el sentido de que la obligación de entrega no surge hasta que se haya "actuado", es decir, se haya investigado algo²⁹. Así, "sin demora" significa después del aseguramiento impostergable de las pruebas, de las debidas actuaciones de investigación y de su documentación escrita en el sumario³⁰.

Ahora bien, en esta discusión no debe perderse de vista la dimensión histórica. Si en el proceso inquisitivo de la primera mitad del siglo XIX era práctica habitual que los funcionarios de policía monopolizaran completamente la fase de instrucción y entregasen el asunto al tribunal penal, una vez que el supuesto de hecho estuviese totalmente investigado y listo para su enjuiciamiento definitivo por parte del tribunal³¹, con la creación de la fiscalía y la introducción de un procedimiento penal reformado durante la segunda mitad del siglo XIX, primero en Prusia, a la policía se contrapuso un órgano de control jurisdiccional³², si bien no se alcanzó un control total de ella por parte de la fiscalía.

En el año 1845 el célebre v. Savigny, entonces ministro prusiano de legislación, acordó con el nuevo Ministro de

24. Cfr. Peters, *supra nota 15*, § 24 Ap. 3; Pfeiffer, *supra nota 23*, § 163 *núm. marg.* 10; cfr. asimismo Görgen, *supra nota 6*, págs. 69 y s., que pretende limitar las competencias de la policía a las medidas impostergables.
25. Cfr. *Karlsruher Kommentar-Wache*, 4. ed. 1999, § 163 *núm. marg.* 4; Rüping, *supra nota 6*, págs. 65 y ss.; Habel, *supra nota 10*, págs. 41 y ss.
26. Cfr. Hilger, *Zum Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999) - Parte 1, NSiZ 2000*, pág. 561 (563 y s.).
27. Ejemplos en *ibidem*, 564; de la misma opinión Murmann/Grassmann, *Die strafprozessuale Zusatzfrage im Ersten Juristischen Staatsexamen, Juristische Schulung (JuS) anexo al fascículo 3/2001*, pág. 1 (6).
28. Cfr. Pfeiffer, *supra nota 23*, § 163 *núm. marg.* 2. Críticamente, P. A. Albrecht, *Vom Unheil der Reformbemühungen im Strafverfahren, StV 2001*, pág. 416 (419), que habla incluso de "violación constitucional".
29. Cfr. Görgen, *supra nota 6*, págs. 68 y s.; Habel, *supra nota 10*, págs. 63 y s.
30. Cfr. Pfeiffer, *supra nota 23*, § 163 *núm. marg.* 10; asimismo, entre otros AK-Achenbach, *Tomo 2, Parte 1, 1992*, § 163 *núm. marg.* 25.
31. Cfr. Schünemann, *Polizei und Staatsanwaltschaft - Parte 1, Kriminalistik 1999*, pág. 74 (76 y ss.).
32. Cfr. Görgen, *supra nota 6*, págs. 48 y ss.; Habel, *supra nota 10*, págs. 15 y ss., 24 y s.; en detalle, Collin, "Wächter der Gesetze" oder "Organ der Staatsregierung"? *Konzipierung, Einrichtung und Anteile der Staatsanwaltschaft durch das preubische Justizministerium, 2000*, págs. 62 y ss.; asimismo Füllkrug, *supra nota 16*, págs. 193 y ss.

Justicia Uhden: "el ministerio fiscal debe mostrarse efectivo no solamente en interés del Estado, sino también en grado similar en favor del acusado, esto es, para su defensa. Ello contribuirá esencialmente a lograr el acuerdo público para la nueva implantación que se pretende y a rebatir la opinión de que sólo se ponen las miras en proporcionarle al Estado nuevos postes, particularmente en los crímenes políticos"³³. Consecuentemente, también la policía habría de someterse al control del ministerio fiscal, como resulta por ejemplo del voto de v. Savigny de 17 de diciembre de 1845: "precisamente en las ... operaciones de la policía subyace el peligro de una infracción jurídica y la experiencia muestra cómo no pocas veces los agentes de policía inferiores ... incurrir en semejantes infracciones"³⁴. Posteriormente, en la "Promemoria del Ministro del Estado y del Ministro de Justicia v. Savigny y Uhden acerca de la implantación del ministerio fiscal", el 23 de marzo de 1846, éste se obligó "como guardián de la ley... a intervenir desde el comienzo para que en todas partes la ley resulte satisfecha", extendiéndose el control jurídico del ministerio fiscal de manera expresa "a operaciones policiales precedentes", "pues de otro modo una parte del proceso esencial y a menudo muy prejujadora quedaría excluida a su control"³⁵.

Básicamente, el ministerio fiscal había de ser concebido como órgano de control de la policía. Sin embargo, no se puede ignorar que, por otra parte, el ministerio fiscal siempre fue visto como órgano del Estado y representante de sus intereses³⁶, y ya entonces se manifestó la crítica de que un control por parte de la fiscalía

obstaculizaría una actividad policial efectiva³⁷. Se sugirió, por tanto, que entre un procedimiento de instrucción jurídico-estatal y la eficiencia policial existe una contradicción irresoluble, una visión de las cosas conocida hasta la actualidad. Finalmente, el reglamento prusiano de 3 de enero de 1849 sometió a la policía a un (limitado) derecho de instrucción ("derecho de requisición") del ministerio fiscal, pero subordinó a este al ministerio de justicia y a la policía le dejó la facultad de investigar autónomamente³⁸. Si bien con ello fracasaba la concepción originaria de uno de los colaboradores de Uhden, Friedberg, consistente en conceder al ministerio fiscal el "imperio material" sobre la policía, en el sentido de una facultad de control y ordenanza absolutos³⁹, con la institucionalización del ministerio fiscal se alcanzó, al menos, un contrapeso a la policía. Una mirada en la historia confirma la tesis ya formulada al principio: la lucha del ministerio fiscal por el control de la policía es tan antigua como la institución misma. Por lo demás, la idea de un control jurisdiccional externo de las investigaciones policiales se ha implantado en casi todos los ordenamientos continentales europeos⁴⁰ —a excepción de Dinamarca—, mientras que en los procedimientos penales angloamericanos, como es conocido, las investigaciones ("investigation") las lleva a cabo la policía, de una manera prácticamente autónoma, y solo tiene lugar un control interno dentro de la jerarquía policial⁴¹.

II. La realidad del proceso

En la práctica, tanto los que actúan dentro de la administración de justicia, como los que se dedican a la

33. Cita según Otto, *Die preussische Staatsanwaltschaft, Berlin 1899*, pág. 35. Según Collin, *supra nota 32*, págs. 77 y s., la concepción original provenía de Friedberg, colaborador de Uhden, mientras que Savigny únicamente dio su conformidad.

34. Cita según Otto, *supra nota 33*, pág. 40 y s.

35. Cita según Otto, *supra nota 33*, págs. 40 y s.; crítico con la trascendencia de la Promemoria Collin, *supra nota 32*, pág. 37.

36. Cfr. Collin, *supra nota 32*, págs. 64 y ss.

37. Cfr. Habel, *supra nota 10*, pág. 30; Collin, *supra nota 32*, pág. 78.

38. Cfr. § 4 del Reglamento de 1849, en Collin, *supra nota 32*, pág. 205; también *ibidem*, págs. 91 y ss.; Rüping, *supra nota 6*, pág. 896; Roxin, *Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals uns heute, DRÍZ 1997*, pág. 109 (111). Sobre la Ley de 1846, cfr. Collin, *op. cit.*, págs. 83 y ss.

39. Collin, *supra nota 32*, págs. 85 y s., 205, 210; además, el derecho de requisición de la fiscalía se interpretó como un mero derecho de petición a los funcionarios de policía (*ibidem*, págs. 208 y s.). Acerca de los posteriores (vanos) esfuerzos hacia un control de la policía: *ibidem*, págs. 218 y ss. (221).

40. Cfr. Gleib, en: Gleib/Grote/Heine (Eds.), *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol, Tomo 1, 2001*, págs. 660 y ss.; Ambos, en: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.) *supra nota 6*, págs. 513 y ss.; también el mismo, *Eur.J.Crime CrLcrJ 8 (2000)*, pág. 89 (105 f).

41. Cfr. Ambos, *supra nota 6*, págs. 512 y s.; también el mismo, *Eur.J.Crime CrLcrJ 8 (2000)*, pág. 89 (105 f); Gleib, *supra nota 40*, pág. 662.

ciencia jurídica, critican, en igual medida, el dominio policial en la fase de investigación, el cual ha dejado poco a la idea legal de un ministerio fiscal que sea amo y señor del procedimiento de investigación. Así, señala con resignación la fiscal superior, Jefa *Margarete Bräutigam*, que miembros veteranos del ministerio fiscal al oír el término "facultad de dirección" resoplaban negando con la cabeza y que posición y realidad jurídicas eran ya dos cosas totalmente distintas⁴². Según la opinión del Fiscal Superior de Munich, *Manfred Wick*, la policía ha invadido el terreno del ministerio fiscal precisamente en el campo de la lucha preventiva contra la criminalidad y domina partes de la fase de investigación sin estar sujeta a control alguno⁴³. En investigaciones científicas se critica que en la realidad del proceso, con respecto a amplios ámbitos de criminalidad, la fiscalía solo aparece en el esclarecimiento de los hechos y la adquisición de información en la fase de diligencias previas como una figura marginal⁴⁴. La expresión "*policialización*" (*Verpolizeilichung*) en la fase de instrucción, e incluso en todo el proceso penal —por cierto, también en otros

ordenamientos jurídicos de la Europa continental⁴⁵— hace la ronda, entendiéndose por tal, en general, el creciente papel dominante que juega la policía en la investigación de los hechos⁴⁶. En concreto, esto significa que en los ámbitos de la criminalidad menor y media la policía dirige las investigaciones de manera prácticamente autónoma⁴⁷, es decir, averigua los hechos con independencia y solamente informa a la fiscalía —"sin demora"— cuando obtiene un resultado de la investigación que esté listo para ser presentado. Por el contrario, la fiscalía ejerce más decididamente sus facultades de dirección en la investigación de crímenes capitales, como el asesinato o el homicidio, y en la criminalidad económica tradicional⁴⁸. Esta situación es objetable debido a la conocida dependencia de la fiscalía del resultado de las investigaciones policiales⁴⁹ y la "revaloración" de la criminalidad por parte de la policía⁵⁰.

Sin embargo, puede decirse, sin caer en la exageración, que el ejecutivo ha intentado adaptar la

42. Bräutigam, *Probleme der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft*, DRiZ 1992, pág. 214.

43. Cfr. Wick, *Gefahrenabwehr - Vorbeugende Verbrechensbekämpfung - Legalitätsprinzip*, DRiZ 1992, pág. 217 (222); cfr. también ya Kuhlmann, *Gedanken zum Bericht über das Verhältnis "Staatsanwaltschaft und Polizei"*, DRiZ 1976, pág. 265 (266); Schoreit, *Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens*, StV 1989, pág. 499 (450).

44. Cfr. fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, *Die Staatsanwaltschaft im Prozeß strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1978, págs. 90 y ss., 303 y ss.; también Lilie, *Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren*, ZStW 106 (1994), pág. 625 (626). Wolter, *Datenschutz und Strafprozeß*, ZStW 107 (1995), pág. 793 (813, 826), lamenta que el moderno Derecho Procesal Penal de seguridad, entre otras cosas, disimula la facultad de dirección material de la fiscalía. Para Roxin (supra nota 38, pág. 119), "hoy la opinión general es que no es la fiscalía el dueño y señor de la fase previa, sino que las investigaciones, bajo inobservancia del § 163 II 1, se realizan básicamente por la policía bajo su propia responsabilidad". (De manera similar, el mismo, *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed. 1998, § 10 núm. marg. 34). Schünemann, supra nota 31, pág. 146, advierte que la policía ha pasado de ayudante a amo oculto del proceso penal; cfr. asimismo Habel, supra, nota 10, págs. 2, 41 y ss., 199.

45. Cfr. Gleß, supra nota 40, pág. 661.

46. Cfr. por ejemplo Paefgen, "*Verpolizeilichung*" des Strafprozesses - Chimare oder Gefahr?, en Wolter (ed.), *Symposium für Rudolphi*, 1995, pág. 13 (14) con ulteriores reseñas bibliográficas; cfr. asimismo Schoreit, supra nota 43, pág. 449; Schaefer, *Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft - Polizei*, Libro-homenaje Hanack (1999), pág. 191 (196); Schünemann, supra nota 31, pág. 78; Albrecht, supra nota 28, págs. 417 y ss.

47. Cfr. fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, supra nota 44, págs. 90 y ss., 303 y s.; también Paefgen, supra nota 46, pág. 14; Wick, supra nota 43, pág. 219.

48. Cfr. diferenciadamente Blankenburg/Sessar/Steffen, supra nota 44, págs. 161 y ss., 268 y ss., 304; también, entre otros, Bräutigam, supra nota 42, págs. 215 y s.; Hellmann, supra nota 2, § 3 núm. marg. 58; Roxin, supra nota 38, pág. 120.

49. Blankenburg/Sessar/Steffen, supra nota 44, págs. 81 y ss., 86, 307 y s., 317, 322 y s.

50. Fundamentalmente Steffen, *Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens*, 1976, págs. 292 y ss. y passim; el mismo, *Die polizeiliche Ermittlungstätigkeit*, *Kriminalistik*, 1976, págs. 97 y ss.; Kaiser, *Kriminologische Forschung in Deutschland und die empirischen Untersuchungen am Max-Planck-Institut*, ZStW 83 (1971), pág. 1093 (1110 y s.); también Kuhlmann, supra nota 43, pág. 268, así como también desarrolladamente y con referencias Habel, supra nota 10, págs. 58 y ss. Sobre la a menudo temprana suposición policial de dolo de homicidio debido a una orientación excesivamente parcial al resultado de la acción cfr. Sessar, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, 1981, págs. 208 y ss. y passim; Eisenberg, *Kriminologie*, 5ª ed. 2000, § 45 núm. marg. 15; cfr. también Kaiser, *Kriminologie*, 3ª ed. 1996 § 37 núms. margs. 24 y ss.; Bock, *Kriminologie*, 2ª ed. 2000, núms. margs. 262 y ss.

situación normativa a la real, a través de ciertas recomendaciones o mediante la promulgación de disposiciones de rango inferior a la ley. Un ejemplo de lo primero son las "directrices sobre la nueva configuración de las relaciones entre la policía y el ministerio fiscal"⁵¹, aprobadas en el año 1975 por la Conferencia de Ministros de interior y de justicia, en cuyo núm. 7 d) se aboga, por ejemplo, en favor de una facultad general de la policía de encargarse autónomamente del procedimiento dentro de un plazo —prorrogable— de diez semanas, a partir de la fecha de presentación de la denuncia o del comienzo de las investigaciones⁵². Con ello, si bien es cierto que no se opta explícitamente por una instrucción policial, sí se renuncia a un procedimiento de investigación que esté plenamente en manos de la fiscalía⁵³. Aún más importantes son, sin duda, las directivas comunes del *Bund* y de los *Länder* para el proceso penal y el procedimiento de imposición de multas (*Bußgeldverfahren, RiStBV*)⁵⁴. Allí se puede leer en el núm. 3 ap. 1 "que la fiscalía... en los casos *relevantes o... difíciles* (deberá) esclarecer él mismo el supuesto de hecho desde la primera intervención⁵⁵" (sic), de lo que se deduce, a contrario, que esto no es aplicable en los casos de criminalidad menor o media, esto es, la criminalidad en masa, por cuanto aquí, ya por disposición normativa, se le deben asignar a la policía facultades de investigación con una amplia autonomía. Si bien la fiscalía, de acuerdo con lo dispuesto en el núm. 3 ap. 2 RiStBV, debe *dirigir* las investigaciones también en estos casos y, especialmente, puede disponer medidas concretas relativas a la clase de actos de investigación específicos y a su ejecución, ya no se puede hablar *stricto sensu* del ejercicio de la dirección material cuando la fiscalía únicamente decide sobre la base de los *resultados* de la investigación, obtenidos autónomamente por la policía⁵⁶.

El reparto de competencias descrito en el caso de las formas tradicionales de criminalidad se debe, fundamentalmente, a que, por regla general, es la policía la que primero toma conocimiento de los hechos penales —por medio de denuncia o de otro modo—, mientras que la fiscalía ya no está personalmente en disposición de perseguir ella misma cualquier hecho sospechoso⁵⁷. En los casos fáctica y jurídicamente sencillos, se podría sostener que tiene sentido también desde un punto de vista práctico que la policía haga una "primera investigación" del asunto y que remita las "actuaciones" al ministerio fiscal cuando pueda mostrar un resultado de las investigaciones procesalmente significativo⁵⁸, sobre todo teniendo en cuenta que también en este caso el ministerio fiscal conserva una notable influencia a través de su facultad de disponer medidas y especialmente la de concluir la investigación (§ 170). Desde esta óptica, es perfectamente comprensible que la actual discusión jurídico-política y dogmática gire menos en torno a la criminalidad tradicional y más en torno a la lucha contra el llamado "crimen organizado", a través de investigaciones previas a la comisión del delito. Este aspecto tiene que ser abordado más detenidamente.

III. Criminalidad organizada y lucha preventiva contra la delincuencia

1. Fundamentos

La prevención de delitos o investigaciones en estadio previo consiste en medidas policiales de inquisición e investigación, que se llevan a cabo con ocasión de una sospecha inicial en el sentido del § 152 II StPO y que tienen como meta sondear un ámbito turbio o medio social

51. Cfr. Blankenburg/Sessar/Steffen, supra nota 44, págs. 95 y ss.; críticamente Kuhlmann, supra nota 43, págs. 266 y ss.; también Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl. 1998 (edic. en castellano de Daniel Pastor y Gabriela Córdoba, Buenos Aires 2000), § 10 núms. margs. 34 y s.

52. Reproducción en Kuhlmann, supra nota 43, pág. 266 en nota 7.

53. Cfr. Kuhlmann, *ibid.*

54. Reproducción en Kleinknecht/Meyer-Goßner, *StPO*, 44ed. 1999, págs. 1813 y ss.

55. *Cursiva del autor.*

56. Cfr. de manera similar Blankenburg/Sessar/Steffen, supra nota 44, pág. 92.

57. Sobre los (otros) motivos del dominio policial en la criminalidad tradicional cfr. Habel, supra nota 10, págs. 62 y ss.; también Lilie, supra nota 44, págs. 627 y ss.; Roxin, supra nota 38, págs. 119 y s.

58. Cfr. entre otros Hellmann, supra nota 2, § 3 núm. marg. 62; AK-Achenbach, supra nota 30, § 163 núm. marg. 4.

determinado, en el que se supone la comisión (futura) de delitos⁵⁹. Aquí se trata enteramente de piezas de investigación que se dirigen contra la llamada criminalidad organizada (CO). Esta se encuentra definida en el núm. 2. 1. del Anexo E a la RiStBV de la siguiente forma:

"Criminalidad organizada es la comisión de hechos penales planificada y determinada por la ambición de lucro o poder, la cual, individualmente o en su conjunto, adquiere notable relevancia cuando más de dos partícipes actúan bajo división de trabajo durante un tiempo prolongado o indeterminado:

a) empleando estructuras industriales o semicomerciales,

b) empleando la fuerza u otros medios idóneos para la intimidación, o

c) ejerciendo influencia sobre la política, los medios de comunicación, la administración pública, la justicia o la economía⁶⁰.

Según la RiStBV, las manifestaciones de la CO no solo son multiformes, sino que se pueden detectar en casi todos los ámbitos de la criminalidad que quepa imaginar —desde el tráfico de drogas hasta el robo domiciliario con reparto centralizado del botín, pasando por la trata de personas—⁶¹. La consideración de un determinado supuesto de hecho como criminalidad organizada ha de ser posible con arreglo a numerosos indicadores, aunque solo unos pocos son precisos⁶².

59. Cfr. entre otros WeBlau, *Vorfelddermittlungen - Probleme der Legalisierung vorbeugender Verbrechensbekämpfung aus prozessualer Sicht*, 1989, pág. 27; Schüler Springorum, *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, pág. 248; Merten/Merten, *Vorbeugende Verbrechensbekämpfung*, ZRP 1991, pág. 213 (217); Kniesel, *Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit - eine unendliche Geschichte*, ZRP 1992, págs. 164 y s.; Lisken, *Vorfelddringriffe im Bereich der Organisierten Kriminalität" - gemeinsame Aufgabe von Verfassungsschutz und Polizei?*, ZRP 1994, pág. 264 (265); Wolter, supra nota 44, pág. 824; Hoppe, *Vorfelddermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung organisierter Kriminalität*, 1999, págs. 25 y ss.; Artzt, *Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfelddermittlungen*, 2000, págs. 11 y ss.
60. En: Kleinknecht/Meyer-GoBner, supra nota 54, pág. 1914. La definición tiene su origen en una definición de un grupo de trabajo de los ministros y senadores de justicia y de los ministros y senadores de interior de los Länder del año 1990 (cfr. Hoppe, supra nota 59, págs. 172 y s.; Kinzig, *Organisierte Kriminalität und ihre Einflussnahme auf Polizei, Wirtschaft und Justiz in Deutschland*, en: Militello/Arnold/ Paoli (eds.), *Organisierte Kriminalität als transnationale Phänomen*, 2000, pág. 191 (196 y s.); Gropp, en: Gropp/Huber (eds.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, 2001, pág. 65 (84).
61. Según el Núm. 2.2 de Anexo E RiStBV, las formas de manifestación de la criminalidad organizada son "múltiples. Junto a formas de organización estructuradas, construidas jerárquicamente (a menudo respaldadas auxiliariamente a través de la solidaridad étnica, la lengua, las costumbres, el entorno social o familiar) se encuentran —sobre la base de un sistema de conexiones personales o comerciales criminalmente útiles— concentraciones de autores criminales con distintos grados de vinculación de las personas entre sí, cuya concreta configuración se determina a través de los respectivos intereses criminales". El Núm. 2.3 menciona numerosos ámbitos de criminalidad, si bien los hechos penales en relación con el terrorismo están expresamente excluidos en el Núm. 2.1 (Kleinknecht/Meyer-GoBner, supra nota 54, pág. 1914).
62. El Núm. 2.4 Anexo E RiStBV remite, en este sentido, a los siguientes "indicadores generales para reconocer sucesos relevantes desde el punto de vista de la criminalidad organizada" (Kleinknecht/Meyer-GoBner, supra nota 54, págs. 1919 y ss.).
- **Preparación y planificación del hecho penal:** planificación precisa; adaptación a las exigencias del mercado a través del aprovechamiento de las lagunas del mercado, reconocimiento de necesidades o similares; trabajo a encargo; altas inversiones, por ejemplo, a través de financiación anticipada proveniente de fuentes desconocidas.
 - **Ejecución del hecho penal:** ejecución cualificada, precisa y profesional del hecho; empleo de conocimientos y medios económicos proporcionalmente más caros, desconocidos o difíciles de poner en marcha; actuación de especialistas (también del extranjero); actuación mediante división del trabajo.
 - **Aprovechamiento del botín obtenido a través del hecho penal:** fuerte orientación a la obtención de beneficios; reflujo al curso económico legal; enajenaciones en el marco de actividades económicas (legales) propias; medidas de lavado de dinero.
 - **Comportamientos conspiradores por parte del autor:** contra-observación; aislamiento; nombres falsos; codificación del idioma y la escritura.
 - **Contactos del autor/circunstancias del hecho:** suprarregional; nacional; internacional.
 - **Estructura de los grupos:** construcción jerárquica; un comportamiento no explicable a simple vista de autoridad y dependencia entre varios sospechosos; sistema interno de sanciones.
 - **Ayuda para miembros del grupo:** apoyo en la huida; contratación de ciertos abogados y pago de honorarios a través de terceros; llevar poderes de representación ya preparados para abogados; altas ofertas de fianza; amenaza e intimidación de partícipes en el proceso; inexistencia de testigos; típico silencio por temor por parte de los afectados; aparición repentina de testigos de descargo; asesoramiento en la prisión preventiva o en la condena; asistencia a parientes; readmisión tras la puesta en libertad.
 - **Corrupción:** inclusión en el estilo de vida lujoso del autor; generación de dependencias (por ejemplo a través del sexo, juegos de azar prohibidos, créditos o intereses usureros); pago de sobornos, entrega de viviendas de vacaciones, vehículos de lujo, etc.
 - **Afán de monopolio:** "Adquisición" de empresas comerciales o participaciones; dirección de empresas comerciales por medio de testaferros; control de determinados sectores comerciales (casinos, burdeles); "garantía de protección" a cambio de un pago por los procedimientos penales o de imposición de multa.
 - **Actividades públicas:** publicaciones con una orientación determinada o carácter tendencioso; mecenazgo ostentoso, entre otros, de actividades deportivas; búsqueda de contacto con personajes de la vida pública.
- Criticamente, Wessel, *Organisierte Kriminalität und soziale Kontrolle*, 2001, págs. 55 y ss, con otras referencias bibliográficas.

En el fondo, en este concepto de CO, estructurado aquí grosso modo, de lo que se trata es de abarcar cualquier práctica punible de tipo *industrial* o *semicomercial* desempeñada por más de dos personas o —según los baremos internacionales— por tres personas⁶³. Se trata, por tanto, de manera predominante—y aquí resulta clara la influencia de la "illegal-enterprise Theorie" estadounidense⁶⁴— de "criminalidad de dominio económico"⁶⁵, o lo que es lo mismo —expresado de modo más neutral— *criminalidad económica organizada de forma colectiva*⁶⁶. Por el contrario, el ejercicio de influencia sobre la política, los medios de comunicación, la administración pública, la justicia o la economía solo se exige alternativamente ("o"), pues la infiltración social que esto conlleva, aunque es sostenida una y otra vez desde el sector policial⁶⁷, no se puede demostrar empíricamente, al menos en lo que respecta a la República Federal Alemana⁶⁸. La política criminal nacional actúa aquí, *volens volens*, sin solidez científica⁶⁹, lo cual sorprende muy poco si se recuerda que en Alemania el concepto fue admitido en la corte a raíz del exitoso, pero desde luego carente de fundamentación científica, *best seller* "Der Mob" (La chusma), del periodista bávaro Dagobert Lindlau⁷⁰. Pero si

la supuesta peligrosidad de la CO de facto no existe, o no en la magnitud que se propaga por parte policial⁷¹, a la estrategia en estadio previo en cierta medida le falta una razón de ser. Con ello debería ser claro que ya, desde un punto de vista meramente lógico, solo se puede hablar de una cosa —estrategias en estadio previo— cuando la otra —la CO como su objeto de investigación— esté definida exacta o, al menos, más exactamente.

Para evitar malentendidos, no se trata aquí de llevar a cabo una purga de conceptos ni de cuestionar que existen (y que siempre ha habido) formas organizadas de criminalidad. En este sentido, me puedo remitir a mis propias investigaciones de campo en Colombia, Perú y Bolivia⁷². Sin embargo, la definición oficial de CO como criminalidad económica organizada de forma colectiva, debe ser analizada críticamente, pues proporciona un concepto de CO tan *carente de contornos* que ya no es capaz de cumplir su función de legitimar un derecho penal especial de seguridad⁷³. No queda mucho para llegar a la afirmación de que, "por principio", las estrategias en estadio previo son necesarias porque el sometimiento a las posibilidades procesal-penales impide "una eficiente lucha contra la

63. Cfr. Art. 2 (a) *En Convention Against Transnational Organised Crime* de 2.11.2000, UN Doc. A/55/383.

64. Paoli, *Das organisierte Verbrechen in Italien und Deutschland*, en: Militello/Arnold/Paoli (eds.) supra nota 60, pág. 58.

65. Arnold, *Kriminelle Vereinigung und organisierte Kriminalität in Deutschland und anderen europäischen Staaten*, en: Militello/Arnold/Paoli (eds.) supra nota 60, pág. 95; *asimismo* Gropp, supra nota 60, págs. 331 y ss.

66. Cfr. de manera similar Albrecht, *Organisierte Kriminalität und neuere Strafprozessreformen in Deutschland*, en *Libro-homenaje a Nishihara* (1998), Tomo 5, pág. 311 (318), para quien los elementos de la definición de CO no permiten una diferenciación entre CO y comercio económico organizado; crítico también Wessel, supra nota 62, pág. 54 con otras referencias bibliográficas; Volk, *Libro-homenaje a Roxin* (2001), pág. 563 (570).

67. Últimamente, en un congreso científico de la Fundación Friedrich Ebert, cfr. FAZ de 22.5.01.

68. Cfr. Albrecht, supra nota 66, pág. 317: *si el peligro potencial de la CO efectivamente reside en el "efecto demoleador para el sistema democrático" y su reverso es la corrupción, entonces un concepto fundamentado teóricamente sería muy difícil de elaborar y una base empírica resultaría de todo punto imposible; en cualquier caso, los cuadros informativos hasta ahora existentes no son adecuados. Cfr. también Kinzig, supra nota 60, pág. 197, 205, 217.*

69. Kinzig, supra nota 60, pág. 192; crítico *asimismo* Liskén, supra nota 59, pág. 264.

70. Cfr. *instructiva y críticamente* Schüler Springorum, supra nota 59, págs. 237 y ss.

71. *Dudas entre otros* en Kinzig, supra nota 60, pág. 192.

72. Cfr. Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, 1993, págs. 38 y ss., 56 y ss., 88 y ss., 115 y ss. *Acerca de la historia de Pablo Escobar*, cfr. entre otros Bowden, *Killing Pablo*, 2001.

73. Cfr. de nuevo Wessel, supra nota 62, págs. 71 y ss., 217 y s. y *passim*; cfr. *asimismo* Albrecht, supra nota 66, pág. 317, según el cual, hoy no se puede pasar por alto que existe un cierto desvalimiento, cuando no una crisis, en los intentos por describir la CO de forma comprensible.

criminalidad"⁷⁴. Aquí, al parecer, se fundamenta la "policialización" en la lucha contra la CO por medio no solo de la necesidad, sino también de la supuesta *efectividad* de la lucha preventiva contra el delito. Esto, sin embargo, puede demostrarse tan poco empíricamente como la misma CO. La muy controvertida discusión muestra al menos que una ciencia del Derecho Penal moderna, y sobre todo también una política criminal, no pueden sobrevivir sin una investigación criminológica de sus fundamentos⁷⁵.

2. Lucha preventiva contra el delito y Estado de Derecho

Supuesta la existencia de CO —a pesar del necesario escepticismo en la base científica— se plantea naturalmente la cuestión de cómo puede uno hacerse dueño de semejante fenómeno de la criminalidad sin estrategias proactivas. No se puede poner en duda que, como consta en el Anexo E a la RiStBV bajo el título "investigaciones iniciales", la CO se manifiesta rara vez por sí sola, pues en este ámbito casi no se interponen denuncias. Esto se debe, especialmente, a que en el caso de la CO se trata de una forma de criminalidad que no genera "verdaderas" víctimas, de manera que ya por eso tiene que prescindir —contrariamente a lo que sucede en la criminalidad clásica— de personas directamente afectadas que sean testigos presenciales. En caso de que haya víctimas o testigos inmediatos, estos normalmente no se muestran muy dispuestos a cooperar por miedo a represalias. Tampoco se puede ignorar que las formas de criminalidad, que en su mayor parte operan de forma anónima y neutral, son difíciles de identificar y de delimitar espacial y personalmente. Por ello, el esclarecimiento y la persecución eficaz de la CO presupone, como se indica en el Anexo E a la RiStBV, que la fiscalía y la policía, en el marco de sus competencias legales, recaben por sí mismas informaciones o reúnan las que ya posean a fin de lograr un enfoque para

nuevas investigaciones; es decir, que realicen las llamadas *investigaciones iniciales*. Por lo que respecta a la sospecha inicial, esta tendría ya lugar cuando según la experiencia criminalística exista una posibilidad, aun pequeña, de que se haya cometido un hecho penal perseguible. Incluso cuando la existencia de una sospecha inicial sea poco clara, los órganos de persecución penal podrían buscar enfoques para nuevas investigaciones con la finalidad de su esclarecimiento. Por la especial peligrosidad de la CO, en el supuesto de puntos de partida en relación con hechos penales, se deben agotar, por regla general, las posibilidades de esclarecimiento.

Propiamente se trata en dichas investigaciones iniciales, esto es, en la lucha preventiva contra la delincuencia, no de la persecución *reactiva* de una sospecha inicial en el sentido del § 152 II, sino de *obtención proactiva* de sospecha, regularmente mediante la *cumulación* de diferentes actos de investigación⁷⁶. Aquí, como quedó probado en un reciente estudio de *Matthias Artzt*⁷⁷, protagonizan un papel, por un lado, meras *suposiciones* criminalísticas; estas se considerarían como primer escalón en el camino hacia la configuración de una sospecha, y no se basarían en la existencia de puntos de partida tácticos, sino que tendrían que ver con el traslado de una idea a la realidad⁷⁸. Por otro lado, habría una sospecha general o *presospecha* que, como estadio previo inmediato a la verdadera sospecha inicial, estaría caracterizado por tratarse de una situación incierta de sospecha y por la existencia de un indicio más bien general⁷⁹. El cuadro resultante es claro: la lucha preventiva contra la criminalidad se ha separado en gran medida del umbral procesal-penal de la sospecha inicial. De facto, tiene lugar un *procedimiento de diligencias policiales previas*, cuya finalidad principal consiste en darle cuerpo de sospecha concreta a suposiciones criminalísticas desde todo punto subjetivas⁸⁰. El

74. Kniesel, supra nota 59, pág. 164.

75. Cfr. nuevamente Albrecht, supra nota 66, pág. 338, que denuncia la falta de investigación empírica, especialmente de evaluación, y reclama apoyos.

76. Cf. Steinmetz, *Zur Kumulierung strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen*, NStZ 2001, 344 con comentario de BGH NStZ 2001, 386.

77. Artzt, supra nota 59, págs: 108 y ss.

78. *Ibidem*, pág. 122.

79. *Ibidem*, pág. 132.

80. Cfr. asimismo *ibidem*, pág. 163; cfr. también Núm. 6. 4. primer guión, Anexo E RiStBV: objetivo de las primeras investigaciones, el esclarecimiento de la sospecha inicial/de la situación de peligro.

procedimiento de diligencias previas común, previsto en el ordenamiento procesal penal⁸¹, se convierte en maculatura normativa.

Las objeciones desde consideraciones del Estado de Derecho frente a una *fase policial de obtención de sospechas*, previa a la sospecha inicial procesal-penal, son obvias: la revaloración policial de la criminalidad demostrada en estudios criminológicos⁸² adquiere nueva cualidad, pues la policía sienta "proactivamente" los puntos básicos de la investigación de forma completamente autónoma y, en ocasiones, hasta origina delincuencia —a través de la *provocación al hecho*⁸³— cuando no incluso la "produce". La actuación policial con estrategias en estadio previo es por ello tan poco transparente como los criterios por razón de los cuales se investiga a determinados círculos o grupos de autores. Ya se habla de una "vuelta a un proceso inquisitivo de una autoridad secreta sin forma judicial"⁸⁴. Pero la cuestión tiene relevancia no solo desde consideraciones del Estado de Derecho, sino también por razones de *efectividad* policial en la lucha contra la criminalidad organizada. Uno puede partir del presupuesto de que los recursos policiales nunca serán suficientes para poder investigar y combatir todas las manifestaciones de criminalidad organizada. Precisamente por razones de efectividad todo depende de manera esencial de la correcta elección de los objetivos y objetos de la investigación. Finalmente, no puede pasarse por alto que la existencia

táctica de diligencias previas de investigación policial, obligatoriamente conduce a una transformación de la esencia del procedimiento de investigación hacia un proceso de investigación "que está acuñado por el pensamiento policial y que con ello, conforme a la experiencia, pierde en cuanto a morfología judicial y transparencia"⁸⁵. Mientras que la policía, en el marco de las investigaciones en estadio previo, trabaja orientada a la obtención de una sospecha inicial, la fiscalía examina dicha sospecha inicial a la vista de su solidez, de cara a una ulterior acusación y —en última instancia— condena del acusado o acusados⁸⁶. A la luz de la creciente importancia del procedimiento de investigación como núcleo táctico y punto culminante del proceso⁸⁷, habrá que constatar, aún más allá, que las diligencias previas de investigación modifican la esencia del proceso penal en su conjunto.

Estas objeciones, realizadas desde consideraciones del Estado de Derecho, solo pueden ser equilibradas mediante del establecimiento de un *contrapoder jurídico*. En un procedimiento acusatorio de instrucción, al estilo alemán, solo entra en consideración como tal la fiscalía. La discusión acerca de la ordenación correcta de la lucha preventiva contra la delincuencia —como protección de peligros policial-preventiva o como persecución penal represiva⁸⁸— tiene aquí un rango secundario; la decisión depende también, en muchos aspectos, no tanto de las mejores razones jurídicas, sino más bien del origen y de

81. Cfr. entre otros Füllkrug, supra nota 16, pág. 194.

82. Cfr. supra texto de la nota 50.

83. Cfr. fundamentalmente Eschelbach, *Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten*, StV 2000, pág. 390 (391) con ejemplos del repertorio de la *provocación al hecho*: insistente influir sobre personas especialmente seleccionadas, seducción mediante exhibición de grandes sumas de dinero, aprovechamiento de situaciones de necesidad, preparación precisa y dirección intensiva de la comisión de hechos penales, obtención de medios para el hecho, así como la disposición de múltiples supuestos de hecho. Crítico asimismo Körner, *Tatprovokation und BtM-Sachen*, 17° Grupo de Trabajo de la Oficina Central de la Lucha contra la Criminalidad relacionada con las Drogas (ZfB), manuscrito no publicado, Francfort 1.2.2001. De un caso concreto da noticia von Danwitz, *Anmerkungen zu einem Irrweg in der Bekämpfung der Drogenkriminalität*, StV 1995, pág. 431. La Corte Suprema (BGH NJW 2000, págs. 1123 y ss.) se mantiene —pese a las críticas de la doctrina— en la "solución de la medición de la pena" y rechaza otras soluciones propuestas por la doctrina (impedimento procesal, prohibición de solicitud y de valoración de prueba; referencias ibidem, pág. 1124).

84. Köhler, StV 1994, 386 (388); conforme P. A. Albrecht, supra nota 28, pág. 418.

85. Wick, supra nota 43, pág. 220.

86. Cfr. también Wick, supra nota 43, pág. 220.

87. Wolter, *Aspekte einer Strafprozeßreform bis 2007*, 1991, págs. 35, 53 y ss.

88. Cfr. la reproducción del estado de la discusión en Hoppe, supra nota 59, págs. 95 y ss. A favor de una valoración en función del objetivo de la medida Görgen, supra nota 6, págs. 164 y ss.; Habel, supra nota 10, pág. 40. Cfr. también Kunzmann, supra nota 11, págs. 32 y ss., 91 y ss., quien en los resultados opta (177) por una ponderación de intereses. Desde una perspectiva comparada Grote, en: *Gleiß/Grote/ Heine* (Eds.), supra nota 40 (tomo 2), págs. 563 y ss. Según en Núm. 6. 4. Anexo E RiStBV en las investigaciones iniciales existen a menudo elementos de la persecución penal y de la defensa frente a peligros en situaciones complejas, o bien se entremezclan unos y otros en el transcurso de un proceso de reconocimiento o de concretización. Sobre la primera asignación en la jurisdicción constitucional de una medida de lucha preventiva contra la delincuencia —el test de identidad del ADN según el § 2 de la Ley sobre el test de Identidad del ADN (ÜNA-Identitätsfeststellungsgesetz) en unión con el § 81 g StPO— a la persecución penal cfr. Senge NSTZ 2001, pág. 331 (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán BVerfG NSTZ 2001, pág. 328).

los intereses particulares de quienes deben tomar decisiones o posturas⁸⁹. En la práctica, se trata de algo totalmente distinto, de una *cuestión de poder*, a saber, si la fiscalía, en cuanto al tema central de sus poderes, puede ir más allá de la mera actuación técnica en la lucha preventiva contra la delincuencia, supervisando personalmente los actos de la policía. Como es natural, esto presupone que la lucha preventiva contra la delincuencia se incardine en la persecución penal, ya que en el caso de protección frente al peligro, como señala explícitamente el núm. 6 del Anexo E RiStBV, no le corresponde a la fiscalía una facultad de dirección. La coordinación dentro de la persecución penal se puede fundamentar en que la lucha preventiva contra la criminalidad, en el sentido de la obtención de sospechas descrita, siempre constituye también una previsión para la posterior persecución penal, es decir, una intervención represivo-policial⁹⁰. Esto se confirma, asimismo, a través de la Ley de Modificación del Proceso Penal de 1999 (*Strafverfahrensänderungsgesetz, StVÄG*), ya que reconoce —por fin— el componente que asocia el registro y la conservación preventiva de datos a la persecución penal (§§483 y ss.)⁹¹, un ámbito de regulación, por tanto, que hasta ahora estaba reservado al derecho policial.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que con la fundamentación jurídica no se ha ganado mucho mientras

que no se reduzca, al menos, el *desequilibrio de recursos* que existe entre el ministerio fiscal y la policía. Las razones para el reforzamiento del mayor peso investigador de la policía, puestas de manifiesto sobre todo por Lillie, como son los mejores recursos personales y técnicos, así como la profesionalización técnico-criminalística⁹², se acentúan aún más dentro del ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia, porque la policía es quien posee la soberanía en las decisiones y sobre los datos. *Soberanía en la decisión* posee en cuanto que puede decidir cuándo, dónde y contra quién han de dirigirse "investigaciones estructurales"⁹³ ("hoy le toca al barrio de prostitutas, mañana a los albaneses"). La *soberanía sobre los datos*, por parte de la policía, se basa en que con el sistema Inpol (Sistema de Información de la Policía) solo ella dispone de la reserva central de datos para fines investigadores y la fiscalía no tiene ningún acceso directo a este sistema⁹⁴. También la creciente internacionalización fortalece la supremacía de la policía, pues esta se manifiesta única y preferentemente, sobre todo a nivel europeo, como fenómeno de policialismo carente de instancias de control jurídico⁹⁵. Así, la Policía Europea (Europol), no solo en lo que respecta a la protección jurídica de datos, sino en general, no está sujeta a ningún tipo de control jurídico, pues un ministerio fiscal europeo, hasta la fecha, solo existe sobre el papel⁹⁶.

89. Así, Hoppe, supra nota 59, págs. 95 y ss., subsume en su trabajo, realizado bajo el asesoramiento del jurista de Derecho Público von Münch, la prevención de hechos penales bajo la norma jurídico-policia de asignación de tareas, mientras que las investigaciones en el estadio previo destinadas a precaución para la investigación de futuros hechos penales sería, en general, no permitida; como resultado final, en cambio, si serían encuadrables, en cuanto sean medidas para eliminación de un peligro abstracto (sic), dentro de la defensa policial frente a peligros (págs. 169 y s.). Artzt (supra nota 59, págs. 91 y ss.), por su parte, diferencia de forma más convincente que Hoppe entre un punto de vista jurídico-policia y un punto de vista procesal. Precisamente su exposición pone de manifiesto que la adscripción exclusiva de medidas al derecho policial o al derecho procesal depende del punto de partida y del origen de quien opina: desde el ámbito del derecho policial se tiende a someter la lucha preventiva contra la criminalidad con carácter general al derecho policial, mientras que los procesalistas penales quieren someterla con carácter general, ya debido a la facultad de dirección material que ostenta la fiscalía, al Derecho Procesal Penal.
90. Cfr. Hund, *Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat*, ZRP 1991, pág. 463 (465); Artzt, supra nota 59, págs. 95 y ss.; Wolter, supra nota 44, pág. 829; en el resultado final, asimismo Merten/Merten, supra nota 59, pág. 220; dejándolo abierto Kniesel, supra nota 59, pág. 165.
91. Cfr. Hilger, *Zum Strafverfahrensrechtsänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999) - 2. Parte*, NStZ 2001, pág. 15 (17).
92. Cfr. Lillie, supra nota 44, págs. 627 y ss.; asimismo Kühne, supra nota 15, núm. marg. 135; Hellmann, supra nota 2, § 3 núm. marg. 4; Roxin, supra nota 38, pág. 119.
93. Cfr. sobre este concepto entre otros Lisken, supra nota 59, pág. 264; Artzt, supra nota 59, pág. 2; WeBlau, *Waffengleichheit mit dem "Organisierten Verbrechen"?*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 1997, pág. 238 (241).
94. Cfr. Lillie, supra nota 44, págs. 631 y ss.; Schaefer, supra nota 46, págs. 196 y s.
95. Cfr. Nelles, *Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozessrecht für Europa?*, ZStW 109 (1997), pág. 727 (730).
96. Crítico con Europol Schaefer, supra nota 46, págs. 197 y ss.; P.A. Albrecht, *Europäische Informalisierung des Strafrechts*, StV 2001, págs. 69 y ss.; fundamentadamente entre otros Gieft/Grote/Heine (Eds.), supra nota 40. Sobre el establecimiento de un "European Public Prosecutor" cfr. arts. 18 y ss. *Corpus Iuris*, en: Delmas-Marty/Vervaele (Eds.), *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Vol. I, 2000, págs. 196 y ss.; crítico con el *Corpus Iuris* —en lugar de muchos otros— Weigend, *Spricht Europa mit zwei Zungen?*, StV 2001, pág. 63 (65 y ss.). Sobre "Eurojust" en este contexto Hamm, *Der Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden und der Anspruch auf ein faires Verfahren*, StV 2001, pág. 81 (84 y ss.).

IV. ¿Reformas?

Hasta ahora las reformas, en cuanto a la relación entre ministerio fiscal y policía, han reaccionado contra la policialización de mero hecho en el procedimiento de investigación y especialmente han tenido en cuenta las supuestas exigencias de una lucha más eficaz contra la criminalidad organizada en forma de recomendaciones ministeriales y disposiciones de rango inferior a la ley⁹⁷. Con ello, en un principio se incrementó la tendencia al policialismo, en el sentido de investigaciones autónomas de la policía en el estadio previo al proceso penal. Con la adaptación del instrumentario procesal-penal a las necesidades jurídico-policiales, mediante la creación de autorizaciones legales para adoptar medidas especiales de investigación destinadas a combatir la criminalidad organizada⁹⁸, se fortalece, por el contrario, la posición jurídica de la fiscalía y de los tribunales frente a la policía, pues dichas medidas de investigación —ya debido al lugar que ocupan en el ordenamiento procesal— se integran dentro de la persecución penal y con ello quedan subordinadas al control jurídico del ministerio fiscal. También la reciente interpretación restrictiva hecha por el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) del concepto de "peligro en la demora"⁹⁹, que desarrollará sus efectos más allá de los registros domiciliarios conforme al art. 1.3II de la Constitución Alemana (*Grundgesetz, GG*) y § 105 I 1¹⁰⁰, se mueve en esta dirección. Con todo —además del ya mencionado desequilibrio de recursos—

no se debe pasar por alto que la fiscalía solo puede entrar en acción si llegan a su conocimiento investigaciones policiales. En el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia esto suele suceder en la práctica, cuando la policía requiere al ministerio fiscal para llevar a cabo una medida coercitiva que no pueda decretar por sí misma —ni siquiera en caso de peligro en la demora—. Un ejemplo de importancia práctica lo constituye en este contexto el decreto de las escuchas telefónicas conforme al § 100 a.

A este respecto, puedo remitir aquí al estudio de actas sumariales realizado actualmente por *Kinzig* en el Instituto Max Planck¹⁰¹.

Por otra parte, las propuestas de reforma que pretendían mejorar estas anomalías mediante la creación de una unidad policial propia para el ministerio fiscal, sobre la base del modelo francés o badense¹⁰², han fracasado sistemáticamente en Alemania, bien por la policía, bien ante los ministerios de interior¹⁰³. Así, anteriores defensores de esta solución, como por ejemplo *Roxin*¹⁰⁴, actualmente se resignan a sostener que es inviable¹⁰⁵. Tampoco el análisis fundamental de *Habel* en 1982¹⁰⁶, acerca de las distintas propuestas de reforma relativas a la relación entre policía y ministerio fiscal, tuvo mucha trascendencia. Los criterios jurídico-políticos para una reforma, desarrollados por este autor, merecen sin embargo ser tenidos en cuenta, pues intentó conjugar por igual intereses policiales y fiscales, es decir, las perspectivas de la eficacia y del

97. Cfr. texto nota 52.

98. Cfr. Gropp, en: *Militello/Arnold/Paoli*, supra nota 60, págs. 334 y ss.

99. BVerfG EuGRZ 2001, 156 = NSTZ 2001, 382, Leitsatz 1 b) "peligro en la demora' debe estar fundamentado en hechos referidos al caso concreto. Meras especulaciones, estimaciones hipotéticas o presunciones independientes del caso o basadas únicamente en la experiencia criminalística cotidiana no son suficientes". La ordenación, por parte judicial, ha de ser la regla, no la excepción.

100. Ver Amelung, *Die Entscheidung des BVerfG zur "Gefahr im Verzug" i.S. des Art. 13 II GG, NSTZ 2001, 337 (342 f.)* extendiendo esta decisión a medidas coercitivas de la misma naturaleza, por ej. la interceptación telefónica según §§ 100 b I, 100 d I.

101. Según una primera impresión de esta investigación, aun no confirmada válidamente, en cuestiones de criminalidad organizada el proceso de instrucción comienza a menudo con la solicitud de una medida especial de investigación, como por ejemplo, la intervención telefónica según el §100 a.

102. Cfr. ya supra en nota 6 así como —adentrándose en el "sistema badense"— Habel, supra nota 10, págs. 80 y ss., 164 y ss., 192 y s.; sobre la provincia prusiana del Rin cfr. Collin, supra nota 32, págs. 205 y ss.

103. Cfr. histórico-jurídicamente Collin, supra nota 32, págs. 205 y ss.

104. Roxin, supra nota 1, págs. 388 y ss.; de forma similar Kuhlmann, supra nota 43, págs. 268 y s.; Lilie, supra nota 44, pág. 641 en nota 70.

105. Roxin, supra nota 38, pág. 121; el mismo, supra nota 51, § 10 núm. marg. 35, ambos con ulteriores referencias bibliográficas; crítico también Rüping, supra nota 6, pág. 908.

106. Habel, supra nota 10, págs. 71 y ss., 102 y ss.

Estado de Derecho¹⁰⁷. Sobre dicha base pueden formularse, para la actual discusión acerca de la reforma, las tres directrices siguientes:

La unidad de los *cuerpos de policía* debe mantenerse tanto en el aspecto organizativo como en el funcional, es decir, una policía judicial con independencia jurídico-organizativa y con competencias solo represivas no es recomendable, pues a ello se asociarían pérdidas de eficiencia y fricciones y, además, en la práctica no se pueden separar estrictamente las actividades policiales preventivas y represivas (doble funcionalidad). Es decir, en todo caso entraría en consideración una asignación temporalmente limitada de determinados funcionarios de la policía al ministerio fiscal (en el sentido del "sistema badense")¹⁰⁸, en cuyo caso, este último también estaría dotado de potestad disciplinaria sobre estos funcionarios¹⁰⁹.

La *autoridad acusatoria* debe ser partícipe, lo más amplia y tempranamente posible, de las investigaciones para poder ejercer su función de control. Por tanto, también, pero sobre todo, en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia, debe ser informada sin demora de las medidas de investigación, o ya con anterioridad, de la fijación de puntos prioritarios en el estadio previo, y no solo cuando se la requiere para llevar a cabo medidas coercitivas. Especialmente, debe tener un acceso ilimitado al efectivo de datos policiales¹¹⁰. Tal temprana participación no solo es correcta en un Estado de Derecho, sino también exigible por

razones de eficacia, pues incrementa la calidad (jurídica) de los resultados de la investigación y, en su caso, de la acusación, de cara a las probabilidades de condena¹¹¹.

El *desequilibrio de recursos* entre la policía y el ministerio fiscal debe eliminarse o, al menos, reducirse mediante una mejor dotación técnica y personal, así como un reforzamiento de la especialización en la fiscalía¹¹². Es evidente que esto, tal y como se comprobó muy pronto en Baden-Württemberg, no se va a conseguir mediante una ampliación de personal del ministerio fiscal en el ámbito de la lucha contra la criminalidad organizada unida a una multiplicación del personal policial¹¹³.

Naturalmente, en la discusión acerca de *dichas* propuestas de reforma no deben dejarse a un lado los *límites estructurales* policiales o generales de la lucha contra la criminalidad organizada. Precisamente cuando se parte, adhiriéndose a la política criminal oficial, de un concepto de criminalidad configurado de manera predominantemente económica, hay que tolerar el reproche de que con un mero endurecimiento del Derecho Penal y con el equipamiento (técnico) de los órganos de persecución penal no se logra una aproximación a las causas de esta criminalidad. En efecto, de este modo la criminalidad organizada y la policía lo único que logran es —propriadamente en el sentido de la oficialmente propagada igualdad de armas¹¹⁴— generar recíprocamente un escalamiento. Esto no es sino una verdad evidente que entre tanto ha sido reconocida en Alemania por la propia policía¹¹⁵. El desarrollo de una política criminal no solo represiva, sino de una política criminal para

107. *Ibidem*, págs. 184 y ss.

108. *Ibidem*, págs. 192 y ss.

109. Cfr. Görden, *supra* nota 6, pág. 168.

110. Cfr. *asimismo* Lilie, *supra* nota 44, pág. 642; Roxin, *supra* nota 38, pág. 121; Schaefer, *supra* nota 46, págs. 196 y s.

111. Habel, *supra* nota 10, págs. 165 y s., *demuestra que a comienzos del siglo XX en el "sistema badense" la tasa de declaraciones de inocencia en relación con las acusaciones era bastante inferior al caso, por ejemplo, de Prusia, donde la fiscalía ejercía un control menor sobre la policía dentro del procedimiento de instrucción. Esto se corresponde con el panorama criminológico del que da noticia Kinzig, supra nota 60, pág. 211, en cuanto a que la fiscalía en la consideración de determinados supuestos de hechos como pertenecientes a la criminalidad organizada es, al parecer, más cautelosa que la jefatura de policía de Baden-Württemberg.*

112. Cfr. *asimismo* Roxin, *supra* nota 38, pág. 121.

113. Cfr. Südkurier, 16.3.01. Según el mismo, la fiscalía adquiere 20 nuevas delegaciones, mientras que la policía obtiene 60. El Ministro de Interior Schäuble ha señalado *asimismo* el hecho de que en el transcurso del año 2000 el número de los funcionarios de policía se ha incrementado de 60 a 400, y el de departamentos especiales de 15 a 27.

114. Cfr. Weßlau, *supra* nota 93, págs. 238 y ss.

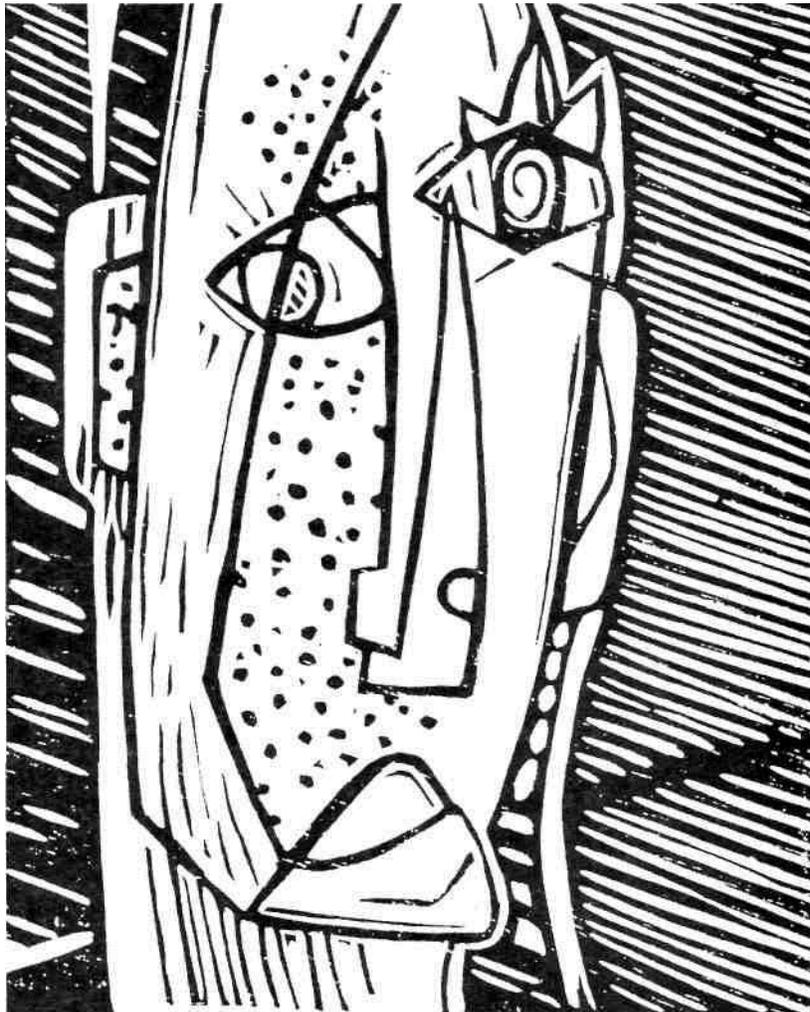
115. Cfr. *entre otros* Liskén, *supra* nota 59, pág. 270.

seres humanos¹¹⁶, que al mismo tiempo garantice una mayor efectividad y se corresponda así a las necesidades legítimas de seguridad por parte de la población, es otro tema que ya no se puede desarrollar aquí.

Resumen

La regulación normativa del procedimiento de instrucción procesal alemán se encuentra en contradicción con la realidad jurídica. El ministerio fiscal es únicamente el dueño y señor del proceso de instrucción, es decir, posee una facultad exclusiva de dirección material en los casos de la *tradicional delincuencia grave*, como delitos capitales y delincuencia económica. En todos los demás casos, es decir, en la *criminalidad menor y media* y especialmente en el ámbito de la *lucha preventiva contra la delincuencia* para combatir la criminalidad organizada,

el verdadero dueño y señor ha pasado a ser la policía. La facultad de dirección material de la fiscalía se limita al decreto u ordenación de determinadas medidas coercitivas o a la decisión acerca del cierre de la Instrucción. Mientras que esto resulta poco objetable, o incluso necesario en la práctica cuando se trata de criminalidad inferior o media, en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia prácticamente se desarrolla un *aparato policial autónomo*, que lleva a cabo intervenciones o medidas independientes, las cuales potencialmente podrían afectar a cualquier ciudadano, de tal manera que es indispensable un control jurídico-estatal más eficiente. Un control de este tipo en un proceso acusatorio de instrucción, al estilo alemán, solamente puede ser ejercido a través del ministerio fiscal. Esto hace necesario su reforzamiento frente a la policía; un reforzamiento no solo normativo, sino fundamentalmente fáctico.



Xilografía de Hernán Arévalo

"Mestizo"

116. Schüler Springorum, supra nota 59.

PROTAGONISMO DE LAS VÍCTIMAS EN LA EJECUCIÓN PENAL (HACIA UN SISTEMA PENITENCIARIO EUROPEO)

Antonio Beristain*

DEDICATORIA:

A todas las personas privadas de libertad.

*A los funcionarios penitenciarios,
víctimas del terrorismo de ETA,
con profunda empatía trágica.*

*También a los victimarios,
con fraternal esperanza de metanoia.*

SUMARIO:

1. Atendamos a Abel más que a Caín
2. Finitud y culpabilidad: tenemos las manos manchadas
3. La reparación a las víctimas atenúa la sanción: abrevia la privación de libertad
4. La satisfacción de las responsabilidades civiles a las víctimas como llave para la suspensión de la ejecución de la sanción privativa de libertad
5. ¿Deben las víctimas mediar en la *Sentencing*?
6. ¿Evitar el desarraigo social de los condenados por terrorismo?
7. ¿Intervienen las víctimas en las alternativas a la prisión?
- 8., ¿Pueden las víctimas "entrar" en la prisión?
9. ¿Juez de vigilancia frente al director de recursos humanos de las víctimas?
10. Estadística de víctimas de los diversos delitos en España
11. A modo de miniconclusiones, desde Francia

RESUMEN: se atiende a ABEL más que a CAÍN, se pide perdón a las personas privadas de libertad y a las víctimas por las desatenciones de la justicia del año 2000, se comenta el parco papel que las víctimas protagonizan y el mucho mayor que deberían protagonizar en la ejecución de las sanciones privativas de libertad, en cuanto que:

- las atenúan o las suspenden, si hay reparación del daño, o si hay mediación, conciliación, reconciliación,
- las sustituyen, por sanciones alternativas: arresto en fines de semana, trabajo en favor de las víctimas y de la comunidad,
- y las humanizan, pues se "introducen" en la prisión para reconciliarse con los victimarios.

Se pide un "Director de Recursos Humanos de las Víctimas" como complemento del juez de vigilancia penitenciaria.

PALABRAS CLAVE: atenuantes victimológicas, Consejo de Europa, fábricas de capital humano, Naciones Unidas, prisión *recreadora*, protagonismo de las víctimas *indirectas*, recursos humanos, reparación, *Sentencing*, terrorismo.

1. ATENDAMOS A ABEL MÁS QUE A CAÍN

Europa logrará la utopía que todos deseamos cuando y en tanto sus instituciones penitenciarias sean verdaderamente humanas y fraternales. Las respuestas que demos a quienes infringen las normas penales importan más que el Euro, como moneda única. Nuestras prisiones

europas —salvo excepciones aisladas— están pidiendo a gritos una reforma radical, como lo muestran, por ejemplo, los 20 números del *Penological Information Bulletin*, del Consejo de Europa, y recientemente el *Bulletin d'information pénologique*, N° 21, dirigido por Wolfgang Rau. Quienes pensamos y trabajamos en este campo debemos reunirnos para estudiar a fondo las coordenadas de un mejor Sistema de Prevención y Readaptación Social y, sobre todo, de algo mejor que nuestro actual Sistema Penitenciario (Gustav RADBRUCH). Sin duda las prisiones europeas son menos pobres que las del tercer mundo, pero probablemente son también menos humanas¹.

En el ámbito penitenciario de la Unión Europea hemos estudiado poco el papel de las víctimas. Hasta hoy nos hemos preocupado unilateralmente de los seguidores de Caín, pero nada o casi nada de los herederos de ABEL. A estos hemos de prestarles más atención científica. Aunque parezca imposible, algunas leyes penitenciarias en Europa, como la española Ley Orgánica General Penitenciaria del 26 de septiembre de 1979 y su Reglamento de 9 de febrero de 1996, lamentablemente dedican poquísimas palabras en atención a las víctimas de la criminalidad. Olvidan que ya desde finales del siglo XIX los congresos penitenciarios en diversas capitales europeas (Londres 1872, Estocolmo 1878, Roma 1885, San Petersburgo 1890, Amberes, etcétera), se preocupaban del problema de la necesaria reparación a las víctimas del delito².

Ahora deseo formular algunas reflexiones acerca de las víctimas como columnas básicas —alfa y omega— del Derecho penitenciario europeo. Considero preferible referirme a las víctimas en plural, no en singular. Así nos hacemos cargo también de las víctimas *indirectas*, a las que tantos penitenciaristas, capellanías de las diversas religiones³, jueces, tribunales y medios de comunicación olvidan, como si no existieran. Trataré casi exclusivamente de España, pero dentro del marco europeo.

2. FINITUD Y CULPABILIDAD: TENEMOS LAS MANOS MANCHADAS

En los // *Encuentros Penitenciarios de Euskadi* —diciembre del año 1992— se reunieron, un fin de semana, en el Balneario de Cestona (Guipúzcoa), treinta funcionarios de instituciones penitenciarias del País Vasco —del establecimiento de Basauri, de Martutene y de Nanclares de la Oca— para, mirando al futuro, programar unas acciones conjuntas, para "ganar el respeto del preso, no su temor". A la última sesión, la mañana del domingo (día 13), nos invitaron al presidente de la audiencia de San Sebastián y a un par de personas más, para dialogar públicamente con nosotros acerca de lo que habían discutido y concluido. Cuando me llegó el momento de intervenir, alabé sinceramente el contenido y el estilo de las ocho o diez conclusiones que habían formulado, pero les propuse que añadiesen una, cuyo texto sería poco más o menos así: "Nosotros, conscientes de nuestra finitud y culpabilidad, en el sentido que indica Paul RICOEUR, reconocemos, ante las personas privadas de libertad por sentencia judicial, que tenemos las manos manchadas (SARTRE). Les pedimos que perdonen tantas limitaciones y deficiencias estructurales y personales".

Tras unos minutos de discusión, fue aceptada mi propuesta. La recuerdo y la reitero ahora porque la estructura de las instituciones privativas de libertad es necesariamente "culpable" y nos mancha las manos a todos los que trabajamos en la teoría y en la praxis de tales sanciones, de tales "amargas necesidades". Las prisiones del siglo XXI deben ser realmente fábricas de capital humano, repersonalizadoras. Por esto, tenía razón el condenado en el corredor de la muerte, de que habla la Sister Helen PREJEAN, en su libro *Pena de muerte*⁴, cuando le dijo a un capellán —no a todos los capellanes— de la institución: "Mira tío, tú recibes un sueldo de esta gente, trabajas para esta gente y estás de acuerdo con la pena de muerte. No

1. Cfr. José Luis PÉREZ GUADALUPE, La construcción social de la realidad carcelaria. Los alcances de la organización "informal" en cinco cárceles latinoamericanas: Perú, Chile, Argentina, Brasil y Solivia, *Editorial Obispado, Lima, 2000, 436 pp.*; Julio Andrés SAMPEDRO, "Apuntes sobre la resocialización en el sistema penitenciario colombiano", *Eguzkilore, núm. 12 extr., San Sebastián, 1998, pp. 107 ss.*

2. Cfr. Myriam HERRERA MORENO, La hora de la víctima. Compendio de Victimología, *Edersa, Madrid, 1996, pp. 79 ss.*

3. Cfr. Philippe LANDENNE, S. J., Résister en prison. Patiences, Passions, Passages,..., *Lumen vitae, Bruselas 1999, pp. 212-232.*

4. Sister Helen PREJEAN, Pena de muerte, trad. Maite Subirats, *Ediciones B, S. A., Barcelona, 1996, pp. 169, 295.*

necesito tu ayuda para nada... Es difícil oponerse a la política de una organización cuando estás en su nómina"⁵

Sí, digámoslo con sinceridad, quienes trabajamos o colaboramos en instituciones penitenciarias, aunque no estemos en su nómina, tenemos la conciencia intranquila pues la estructura prisional, en sí misma, con o sin nuestro asentimiento, no protege suficientemente al privado de libertad. No es protectora de los criminales, como propugnaba el insigne maestro DORADO MONTERO. Al contrario, con sobrados argumentos puede hablarse hoy de victimización carcelaria⁶.

En este momento me permito una indicación acerca de algunas personas que criticamos las instituciones penitenciarias, pero que, según algunos especialistas radicales, formulamos unas críticas superficiales e ineficaces. Quizá estén en lo cierto nuestros adversarios [no enemigos], pero se les puede criticar a ellos de una lamentable parcialidad u omisión: nunca o casi nunca se preocupan de las víctimas, o lo hacen solo en cuanto testigos del delito. En mi opinión, las víctimas merecen no menos atención que los delincuentes. Sobre todo si lo son del terrorismo, porque conllevan multitud de víctimas indirectas. Nuestros adversarios, en sus reflexiones, olvidan la armonía y el equilibrio que, como repetía E. RUIZ VADILLO⁷, deben acompañar siempre los trabajos de los juristas. En casos extremos cabe preguntarse si algunos de ellos caen en cierto maniqueísmo.

Después de esta introducción —que considero necesaria para eliminar prejuicios, preconceptos y presentimientos— estamos mejor capacitados para reflexionar acerca del protagonismo de las víctimas en la ejecución penal.

Pasemos, pues, a estudiar el parco papel que desempeñan y el mucho mayor que deberían desempeñar las víctimas en la ejecución de las sanciones, especialmente en las privativas de libertad, en cuanto que:

- las abrevian o las sustituyen: si reciben reparación de sus daños, si logran una mediación satisfactoria, si entran en juego otras sanciones alternativas: arresto en los

fin de semana, trabajo en favor de la comunidad...

y las humanizan: si se "introducen" en la prisión para relacionarse y reconciliarse con los victimarios.

3. LA REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS ATENÚA LA SANCIÓN: ABREVIADA LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

La doctrina, la legislación y la jurisprudencia penal en los últimos treinta años, haciéndose eco de las múltiples críticas contra las instituciones penitenciarias en todos los países, van concediendo cada vez más importancia a la atención reparadora hacia las víctimas (las grandes ausentes del Derecho Penal y del sistema penitenciario universal), como patentizan los innumerables trabajos de la Sociedad Mundial de Victimología, con sus varios centenares de socios en todos los continentes, aunque en España no llegamos a la media docena.

Como era de esperar, nuestro Código Penal de 1995 introduce algunas innovaciones en este campo, pero debe avanzar todavía más. El nuevo artículo 21, al regular las atenuantes, establece como circunstancia 5^a, "La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral". Tiene en cuenta y mejora algo la redacción del Código anterior de 1973 que, en su artículo 9, decía: "La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial y, por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción".

Ahora nos limitamos a comentar brevemente el acierto del Código de 1995, al tomar en consideración la reparación a "el daño ocasionado a la víctima", y prescindimos de las modificaciones, aunque son importantes. El código de 1973 tenía en cuenta la reparación o la disminución de "los efectos del delito" en general, sin referencia directa a las víctimas; en cambio, ahora se especifica que se trata de disminuir

5. Para superar, parcialmente, solo parcialmente, esta dificultad, en España y en otros países las capellanías penitenciarias no figuran en la nómina del ministerio sino en la de la institución eclesial.

6. Cfr. Gerardo LANDROVE DÍAZ, *La moderna Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 161 ss., 201 ss.

7. Cfr. Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm 13 extraordinario, marzo 1999, pp. 281 ss.

los efectos de "el daño ocasionado a la víctima"⁸. En el ámbito semántico merece elogiarse, por una parte, la introducción de la frase "el daño ocasionado por el delito" en lugar de "los efectos del delito" (esta frase adolece de ambigüedad y abstracción); por otra parte, la omisión del vocablo "ofendido" que pertenece a la terminología del Derecho Penal tradicional y, un tercer aspecto, la introducción del vocablo "víctima", que ocupa un lugar central rebosante de sentido innovador en la nueva ciencia victimológica.

La nueva posibilidad del artículo 21. 5ª, en relación con el 70, de abreviar la sanción privativa de libertad, cuando el culpable repara "el daño ocasionado a la víctima", abre muchos horizontes teóricos, pero no tantos en la práctica, pues una gran parte de las personas privadas de libertad, los autores de pequeños hurtos y pequeños robos, "los pobres diablos", cuando están encarcelados poco pueden hacer en favor de sus víctimas pues la institución les despersonaliza de tal manera que bastante tienen con sobrevivir, como analiza Philippe LANDENNE con datos concretos, aunque quizá exagerados o unilaterales⁹.

Pero, otros internos, por ejemplo, los condenados por narcotráfico, terrorismo y diversas formas de delincuencia organizada, sí pueden hacer algo y, con frecuencia, mucho en favor de sus víctimas. La Ley 32/1999, de 8 de octubre, de *Solidaridad con las víctimas del terrorismo* (BOE del 9 de octubre), aprobada por unanimidad, reconoce atinadamente, y conviene proclamarlo públicamente, que son los autores de esos delitos quienes deben reparar a sus víctimas. Solo cuando no lo cumplen, el Estado hace efectiva esa reparación subrogándose frente a los obligados al pago de sus indemnizaciones, debidas en estricta justicia, pero insuficientes ya que nunca pueden sustituir el dolor padecido. Urge que se caiga en la cuenta de que muchos delincuentes pueden llevar a cabo reparaciones más satisfactorias¹⁰.

Para lograr el protagonismo debido de las víctimas y su reparación moral y material, que ahora propugnamos, habrá que conseguir un profundo cambio de mentalidad en la opinión pública, en muchas personas del mundo jurídico y en muchas que trabajan en las instituciones penitenciarias, no solo quienes las dirigen. Habrá que insistir en que la Victimología reestructura lo medular del Derecho Penal tradicional, como indica, por ejemplo, Albin ESER en dos recientes estudios¹¹. ESER afirma, con acierto, en el primero, que el delito en cuanto conflicto grave entre autor y víctimas corre peligro de entenderse (por los penalistas retribucionistas que consideran al Estado como ejecutor de una "justicia superior") como excusa para el ejercicio del poder punitivo del Estado, cuando en realidad el delito es una auténtica herida social que debe, ante todo, sanarse, aunque sin olvidar que también exige un mal adicional al delincuente (p. 141).

(Cabe preguntarnos, entre paréntesis, qué pretende sugerir ESER cuando escribe "Y, por último, de igual manera que el ser humano debe temer la 'venganza divina', parece en consecuencia, que..." Supongo que no desea mantener la tradicional teología católica del Dios justiciero que castiga con el infierno al pecador. En el año 2000 muchos teólogos de suma autoridad y prestigio [por ejemplo, ESTRADA¹²] admiten el mito del infierno, pero niegan su existencia real y opinan que Dios a nadie castiga, sino que deja a las causas segundas, tan apreciadas por Santo TOMÁS, que ellas respondan naturalmente a las personas que violan gravemente las normas elementales de la convivencia, reservándose Él la misión de perdonar siempre).

Como director de un instituto de Criminología he intentado, pero no conseguido, llevar a cabo una información estadística de cuántas personas privadas de libertad en España reparan el daño ocasionado a sus víctimas. Sí se ha hecho ya algo de esto en Francia, según datos publicados por la actual Ministra de Justicia, la señora

8. *Lógicamente, los titulares del derecho a la reparación o indemnización son las víctimas y sus herederos, como especifica el Reglamento de Ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo (arts. 11 y 14).*
9. *Cfr. Philippe LANDENNE, S. J., Résister en prison. Patiences, Passions, Passages,...., pp. 214 ss.*
10. *Cfr. Jaume SOLÉ RIERA, La tutela de la víctima en el proceso penal, Barcelona, J. M. Bosch, 1997, pp. 121 ss.*
11. *Albin ESER, "'Menschengerechte' Strafjustiz. Vision eines am Menschen als Einzel- und Sozialwesen orientierten Straf- und Verfahrenssystems" ("Una Justicia penal 'a la medida del ser humano'. Visión de un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social") (trad. Jon M. Landa Gorostiza), Revista de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad a Distancia, 2ª época, núm 1, Madrid, 1998, pp. 131-152 y "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima" (traducido por Manuel Cancio Meliá), Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, 1996, pp. 1021-1046. Respecto al moderno Derecho Penal internacional, cfr. Julio Andrés SAMPEDRO, "La Corte Penal Internacional: aproximación al papel de las víctimas", Cuadernos de Política Criminal, núm. 69, 1999, pp. 635 ss.*
12. *Juan Antonio ESTRADA, La imposible teodicea, Trotta, Madrid, 1997, p. 371.*

GUIGOU, en el Anexo II de su *Circulaire relative a la politique pénale d'aide aux victimes d'infractions pénales*, aparecida en el *Bulletin Officiel du ministère de la Justice*, N° 71, 1° julio-30 septiembre 1998¹³. Los establecimientos penitenciarios de nuestro país vecino, en el 30% de los casos, ignoran si los detenidos han sido condenados a indemnizar a una o a varias víctimas, porque carecen de los documentos judiciales necesarios; el 64% de las víctimas de infracciones cuyos autores han sido detenidos no reciben indemnización alguna de esos victimarios; y más del 30% de los condenados privados de libertad tampoco llevan a cabo indemnización alguna a sus víctimas, aunque se les conoce personalmente.

4. LA SATISFACCIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES CIVILES A LAS VÍCTIMAS COMO LLAVE PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD

Veamos, telegráficamente, cómo el nuevo Código español admite que la reparación a las víctimas motive la suspensión de las penas privativas de libertad; lo que, en parte, coincide con la tradicional, casi centenaria, remisión condicional. Esta la regulaba el código de 1973 en su artículo 93. El nuevo código de 1995 la moderniza en varios aspectos. La sección 1ª del capítulo III del libro primero, artículos 80-87, la denomina más técnicamente "suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad", amplía su ámbito de aplicación, concede más arbitrio judicial y, sobre todo, lo que a nosotros ahora más nos interesa, introduce un nuevo motivo de concesión: "Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas".

El código anterior no exigía este requisito. Merece alabarse esta innovación que la doctrina moderna de la "justicia reparadora" considera indispensable y básica. Pero parece criticable la segunda parte de esta condición, cuando deja al arbitrio del juez o tribunal declarar la imposibilidad de que el condenado haga frente a las

responsabilidades civiles. Dice así: "...salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas".

Es de todos conocida, y merece tenerse presente, la excesiva facilidad con que los tribunales suelen declarar la imposibilidad total de que el condenado haga frente a sus responsabilidades civiles. Como he indicado en otras ocasiones, el condenado siempre puede hacer algo, aunque solo sea simbólicamente (que no es poco), en favor de las víctimas. También merece criticarse la vaguedad de la expresión "oír a los interesados", como explicamos a continuación.

5. ¿DEBEN LAS VÍCTIMAS MEDIAR EN LA SENTENCING?

Los especialistas norteamericanos escriben más que los europeos acerca de la *Sentencing* que sigue a la *Conviction*, es decir ese momento, más que momento, esa segunda fase del proceso durante la cual se estudia y decide la "cantidad" y, previamente, la "cualidad" de la respuesta al delito del cual se ha probado culpable, *convicto*, al acusado. Pero, por desatención a los contenidos cognitivos y a las actitudes de la Victimología, casi nadie insiste todo lo debido en la necesidad de que las víctimas intervengan —con la asistencia de peritos— en la *Sentencing*. Conviene releer a Marc ANCEL y JESCHECK-WEIGEND¹⁴.

Permítanme que aproveche el comentario a la condición 3ª del artículo 81 para formular, abiertamente, mi convicción de que las víctimas —con técnicos y peritos en ciencias criminológicas— deben poder intervenir o mediar durante la fase en la cual se determina la sanción concreta que el juez o tribunal impone al condenado. Esta condición 3ª concede a los fiscales declarar la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las responsabilidades civiles *después de oír a los interesados*. Convendría corregir esta última frase porque no hace referencia expresa también a las víctimas. Para la Victimología, los primeros "interesados" son las víctimas,

13. MINISTERIO DE JUSTICIA, Circular sobre la política penal de ayuda a las víctimas de infracciones penales, París, 13 de julio, 1998.

14. JESCHECK-WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed., 1996, pp. 766, 884 ss.

pero este artículo no lo dice. Debía hacerlo para evitar que algunos tribunales entiendan por "interesados" solo a los condenados, y excluyan a las víctimas.

Nuestra petición en favor de que se les incluya expresamente tiene importancia y se debe aplicar también a todos los artículos que tengan alguna relación con la *Sentencing*, como por ejemplo el 80.2 (plazo de la suspensión), el 84. 2 (infracción de la regla de conducta y sustitución) y el 87.1 (suspensión de la condena para personas drogodependientes), cuando hablan de "previa audiencia de las partes", "con audiencia de las partes"; el 86 (delitos privados para conceder la suspensión), pues pide que "los Jueces y Tribunales oirán a éste" ("el ofendido"). Debía decir "oirán a las víctimas directas e indirectas", pues, con el texto actual, los intérpretes tradicionales entenderán que deben oír solo al ofendido, es decir, el tradicional sujeto pasivo del delito. En el mismo sentido deben modificarse también los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para dar más cabida a las víctimas directas e indirectas.

Parece acertado que el nuevo artículo 114 del Código Penal conceda formalmente a los jueces o tribunales, durante la *Sentencing*, una facultad que hasta ahora solo se reconocía por la jurisprudencia y la doctrina: *la compensación de culpas*. Ahora los jueces o tribunales "podrán moderar el importe" de la reparación del daño o de la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados por el delito cuando la víctima hubiere contribuido a ellos con su conducta. Según el nuevo texto, "Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización". Es lógico que, si la víctima "precipitadora" contribuye con su conducta a la producción del daño o perjuicio, el juez o los tribunales puedan moderar el importe de la reparación o indemnización que imponen al victimario.

Pero, la fórmula legal debía matizar y decir algo más en un tema tan complejo. Debía exigir y concretar más, en la línea marcada por Karl ENGISCH, en su *Einführung in das juristische Denken* (cuya 8ª edición se publicó en 1983), algo así como lo que se observa en las tradicionales fórmulas de la legítima defensa o del estado de necesidad, a tenor del artículo 20 del Código Penal. El texto actual, al hablar de "el importe", da pie para pensar que la reparación o indemnización siempre son de naturaleza

económica y solo económica. También parece criticable que deje tan abierta la puerta a los tribunales para disminuir a su arbitrio el importe de la reparación o indemnización. En caso de duda, se ha de conceder la preferencia, escuchar, atender y "oír" a las víctimas más que al delincuente.

Distintos son —y rebasan nuestro tema— los supuestos de las víctimas que aceptan la situación de riesgo, como explica Guillermo PORTILLA CONTRERAS al estudiar el "Tratamiento dogmático de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación de la víctima"¹⁵.

6. ¿EVITAR EL DESARRAIGO SOCIAL DE LOS CONDENADOS POR TERRORISMO?

Una aplicación concreta de esta necesidad de que las víctimas intervengan en la determinación de la sentencia, cuando se trata de delitos de terrorismo, debe aclararse urgentemente en España, aunque resulte peligroso. Nos referimos al artículo 12.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Manifiesta el deseo de que cada área territorial cuente con el número suficiente de establecimientos para satisfacer las necesidades penitenciarias y "evitar el desarraigo social de los penados". Estas últimas palabras han suscitado interpretaciones sumamente dispares. Algunas, en mi opinión muy radicales, han dado pie a movilizaciones populares de muchos miles de personas y de algunas instituciones políticas, exigiendo que todos los penados de ETA, sin matices y sin excepciones, sean trasladados inmediatamente a los tres establecimientos del País Vasco.

Para la solución de este problema tiene aplicación el axioma que ahora estamos comentando, y que hoy ningún especialista niega, de que las víctimas deben tomar parte activa en la *Sentencing* cuando el tribunal o la institución penitenciaria competente debate y decide a qué establecimiento debe ser enviado o trasladado el penado. A este respecto deberá tomarse en consideración la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE, de 10 de junio), y en concreto, el actual artículo 57 de nuestro Código punitivo. Según este artículo, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de

15. Guillermo PORTILLA CONTRERAS, "Tratamiento dogmático de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación de la víctima", Cuadernos de Política Criminal, 1991, núm. 45, pp. 695-738.

torturas... los jueces o tribunales podrán prohibir en sus sentencias que los condenados vuelvan "al lugar en que se haya cometido el delito o... en que resida la víctima o su familia..."

Si se respeta este precepto muchos penados de ETA no deberán ser trasladados a las prisiones del País Vasco. Otro argumento, en el mismo sentido, nos brindan las Naciones Unidas en sus *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, de 14 de diciembre de 1990, pues el décimo subraya la atención a las víctimas. Dice así: "Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto a los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles".

También merece citarse el criterio del eminente penitenciarista mexicano Antonio SÁNCHEZ GALINDO, que en su libro *El derecho a la readaptación social*, reconoce que muchas veces, sobre todo en condenados por delitos contra la propiedad, ayuda a la reinserción del interno el estar cerca de sus familiares y amigos, pero añade que no siempre "ya que en muchas ocasiones, como asentábamos líneas arriba, la familia es incluso un factor criminógeno de importancia".

Además, el Derecho Comparado y la política criminal nacional e internacional niegan tajantemente que el interno tenga derecho a residir en un establecimiento penitenciario próximo a sus familiares. En no pocos casos será conveniente, e incluso necesario, que resida en un establecimiento alejado, por los argumentos que explico detalladamente en mi estudio "¿Derechos y deberes humano-fraternales en las prisiones? Desde el radicalismo étnico a la paz en el País Vasco"¹⁷, para respetar los derechos de las víctimas, los derechos de los funcionarios e incluso los derechos elementales de los otros internos. Esta limitación se da con más frecuencia en los condenados por delitos de terrorismo. Patentemente lo constata y lamenta un miembro de los Grapo, F. NOVALES, en su *Memoria personal de un militante de los Grapo*TM, cuando describe el tratamiento dictatorial de los terroristas jefes presos sobre y contra los otros compañeros terroristas también internos en

el mismo establecimiento: "habíamos pasado por situaciones límites... y estábamos aterrorizados. Tan aterrorizados como un ratoncito entre las manos del gato que se niega a matarle todavía. Pero lo terrible era que el gato estaba dentro de nosotros. No, habíamos delegado en "él" el gato que llevábamos dentro. Ahora ya, únicamente éramos ratoncitos. Ratoncitos frágiles, pusilánime indefensos. Y a lo único que aspirábamos era a que su capricho nos permitiese vivir un poquito más". Muchos presos de ETA desean la dispersión para no estar sometidos a las órdenes de sus compañeros. El asesinato de la exmilitante de ETA, M^a Dolores González Catarain (Yoyes), en Ordizia (Guipúzcoa) el 10 de septiembre de 1986, lo comprueba.

7. ¿INTERVIENEN LAS VÍCTIMAS EN LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN?

La actual doctrina penitenciaria busca cada día, con más empeño, sustitutos a la sanción privativa de libertad. Conviene que al estudiar aquí el papel de las víctimas, digamos algo acerca de uno de los más elementales: el de sustituir la prisión por la reparación o la mediación, o por otras sanciones alternativas.

Nuestro actual Código Penal se ocupa de este problema en los artículos 88 y 89. A tenor del artículo 88, los jueces o tribunales pueden sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o por multa, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate. Este último caso tendrá muy en cuenta el esfuerzo del autor "para reparar el daño causado" por su infracción (artículo 88.1). Es acertada esta innovación introducida en el año 1995, pero sería mejor que dijera "para reparar a las víctimas el daño causado" porque, como venimos repitiendo, el centro del Derecho Penal y del sistema penitenciario deben ser las víctimas de carne y hueso, o, con terminología de A. ESER, "el ser humano como individuo y ser social".

Entre las alternativas a la prisión, hemos de cultivar y fomentar especialmente la mediación y la reconciliación. Estas han de construirse "partiendo de los derechos de las víctimas", como indica José M. TOJEIRA, S.J.¹⁹. En el

16. Antonio SÁNCHEZ GALINDO, *El derecho a la readaptación social*, Buenos Aires, 1983, p. 110.

17. A. BERISTAIN, "¿Derechos y deberes humano-fraternales en las prisiones? Desde el radicalismo étnico a la paz en el País Vasco", *La Ley*, Revista jurídica española, 3 y 6 de septiembre de 1999, con abundante bibliografía. IDEM, en *International Annals of Criminology*, revista de la International Society for Criminology, 1999, pp. 65-100. IDEM, Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 12, 1998, pp. 213-342.

18. Cfr. Félix NOVALES, *El tazón de hierro*. Memoria personal de un militante grapo, *Crítica*, Barcelona, 1989, pp. 179 ss.

mismo sentido, Tony PETERS e Ivo AERTSEN²⁰, y A. BERISTAIN²¹.

8. ¿PUEDEN LAS VÍCTIMAS "ENTRAR" EN LA PRISIÓN?

Quizá sea oportuno recordar aquí mi experiencia personal en la Universidad de Münster, el 5 de julio de 1989, en el Seminario de Victimología dirigido por el profesor Hans Joachim SCHNEIDER. Las figuras centrales fueron el señor Ralf Sonntag, condenado a cadena perpetua, en prisión desde doce años antes, y la señora Gabriele Kleb-Braun, doctora y jueza en ejercicio, cuya madre murió asesinada cuando ella tenía veintiún años. Estas dos personas iniciaron una relación epistolar algún tiempo después del asesinato de la madre de Gabriele y del ingreso en prisión de Ralf. Parte de sus cartas han aparecido en la revista periódica *Kuckucksei*, que editan los internos en la cárcel de Schwerte, donde cumple sentencia el señor Sonntag.

Las casi tres horas que duró el Seminario, las experiencias que manifestaron los dos protagonistas, así como los comentarios de los cerca de veinte participantes, me convencieron de que las víctimas pueden y deben entablar relaciones epistolares e incluso entrevistas personales en los locutorios de los establecimientos penitenciarios para llegar a importantes y positivas mediaciones, conciliaciones y reconciliaciones²².

Como conclusión sectorial de este apartado cabría afirmar que la prisión, paradójicamente, puede "entrar" en las víctimas, puede atenderlas... De hecho el Servicio Penitenciario de la Probación, en Inglaterra y Gales, ha sido el iniciador de la asistencia a las víctimas de la criminalidad, como detalla su inspector jefe, Graham SMITH,

en su estudio sobre "L'évolution récente du Service de Probation en Angleterre et au pays de Galles"²³.

9. ¿JUEZ DE VIGILANCIA FRENTE AL DIRECTOR DE RECURSOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS?

A nadie extraña que la justicia penal tradicional exija a la sociedad poner a disposición de los acusados carentes de medios económicos un abogado defensor que gratuitamente les atienda durante el proceso. Y exija, además, que un juez de vigilancia penitenciaria (a tenor de los artículos 76, 77 y 78 de la Ley Penitenciaria y los correspondientes del Reglamento de 1996) se encargue gratuitamente de salvaguardar los derechos de todas las personas sancionadas con privación de libertad, y de corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. Puede verse, a modo de ejemplo ilustrativo, el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid, número 1, del 27 de febrero de 1998, sobre dotación de material deportivo para el Módulo de Aislamiento, en el libro editado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, *Jurisprudencia Penitenciaria 1998*, Madrid, 1999, pp. 475-478.

Por motivos semejantes, la justicia penal y penitenciaria moderna, atenta a las ciencias victimológicas, debe proponer que en todas las instituciones penitenciarias haya una autoridad encargada de la misión que las grandes empresas asignan cada día más al director de los recursos humanos, muy distinta, en cantidad y en calidad, de la misión propia del jefe de personal²⁴.

Al director de recursos humanos en los establecimientos penitenciarios compete pretender que las prisiones logren sus objetivos simultáneamente con el

19. José M^o TOJEIRA, "Verdad, Justicia, Perdón", Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, N^o 11, 1999, pp. 264 s.
20. Tony PETERS e Ivo AERTSEN, "Mediation for Reparation the Victim's Perspective", en E. FATTAH, T PETERS (eds.), Support for Crime Victim's in a Comparative Perspective, Lovaina, 1998, pp. 229-251.
21. A. BERISTAIN, "Geht die Gerechtigkeit von Volke aus?", en Kurt SCHMOLLER (Comp.), Festschrift für Horst Schüler-Springorum, Köln, 1993, pp. 425-440 (435 s.).
22. Cfr. A. BERISTAIN, Victimología. Nueve palabras clave: Principios básicos, Derechos Humanos, Criminología, Terrorismo, Religiones, Mujeres y menores, Mediación-Reparación, Derecho Penal, Política criminal, *Tiran! lo Blanch*, Valencia, 2000, pp. 572 ss.
23. Graham SMITH, "L'évolution récente du Service de Probation en Angleterre et au pays de Galles", Conseil de l'Europe, Bulletin d'information pénologique, diciembre 1998, pp. 3-21 (17).
24. Cfr. Luis PUCHOL, «El desarrollo de los Recursos Humanos: ayer, hoy y mañana», Icade. Revista de las Facultades de Desarrollo y Ciencias Económicas y Empresariales, Madrid, diciembre 1999, pp. 159-184.

fomento y desarrollo de las metas personales de sus empleados o clientes directos e indirectos. Estos incluyen muchas personas: funcionarios e internos, familiares de ambos, etcétera; pero también, y no en último lugar, las víctimas todas.

La función del encargado de recursos humanos, como resume Luis PUCHOL, en el gráfico siguiente, se caracteriza como eminentemente directiva, macroinstitucional, dinámica y en constante transformación. Se orienta especialmente al *desarrollo de las personas*. Esta función se ejerce principalmente por generalistas que tienen mayores oportunidades de alcanzar poder y más alto estado organizacional. (Lo que actualmente se lleva a cabo en las prisiones españolas, según su *Informe General*

1997, Madrid, 1999, pp. 37-59, debe mejorarse radicalmente).

10. ESTADÍSTICA DE VÍCTIMAS DE LOS DIVERSOS DELITOS EN ESPAÑA

Aunque, como hemos indicado, ya a finales del siglo XIX los congresos internacionales penitenciarios se preocuparon por la reparación a las víctimas de los delitos, sin embargo aun hoy predominan los estudios acerca del número de los delitos y delincuentes; pero escasean las investigaciones respecto de los sujetos pasivos de la criminalidad. A continuación se reproduce una estadística de las diversas víctimas en España. Recoge los datos que han sido facilitados por el Ministerio del Interior al profesor Alfonso SERRANO MAILLO²⁵. Son cifras de uso interno

ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL

Aspectos burocráticos.
Altas y bajas, seguridad social;
nóminas; disciplina laboral.

RELACIONES LABORALES

Tratamiento del conflicto individual y colectivo.
Relaciones con sindicatos.
Contenciosos laborales.

GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS

*Función de empleo: selección, promoción interna;
procesos sustractivos.
F+D. Formación. Desarrollo.
Planes de carreras.
Compensación.
Evaluación del Desempeño.
Clima y motivación.
Servicios sociales.*

25. Cfr. Alfonso SERRANO MAILLO, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 6, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1996, pp. 1.253 ss.

correspondientes al año 1996, a nivel nacional, unificando las estadísticas de la Policía y la Guardia Civil.

Las mujeres fueron víctimas en 58.301 casos, frente a 47.674 de los hombres, lo que manifiesta que el autor del delito busca con más frecuencia a la mujer como víctima, quizá, entre otros motivos, por la menor resistencia que ofrece y el menor riesgo para el autor en caso de que ella pretenda defenderse. Por edades, el mayor número de víctimas se encuentra entre los 25 y 40 años (33.419), seguidos de los de 40 a 60 (29.315), los de 18 a 25 (19.735) y mayores de 60 años (14.926).

11. A MODO DE MINICONCLUSIONES, DESDE FRANCIA

A la luz del "Informe para una nueva política pública de ayuda a las víctimas", Rapport pour une nouvelle politique d'aide aux victimes, elaborado por el Groupe interministériel d'aide aux victimes, presidido por Marie-Noëlle LIENMANN, diputada europea, París, 1999, mayo, comentado por Hélène MAGLIANO, Presidenta de Cámara en el Tribunal de Apelación de París, y por Jacques CALMETTES, Vicepresidente del Tribunal de Gran Instancia de Marsella, considero que podrían formularse como miniconclusiones,

VÍCTIMAS

Víctimas	Tipos de delitos													
	Propiedad	Personas						Libertad sexual	Libertad y seguridad				Seg. Int.	
	M				Rob									3
NATURALEZA														
Sujeto pasivo	104.007	887	155	70	2	79.556	6.590	1.308	6.674	859	226	432	2.265	5.097
Personal estabi.	1615	18	0	0	0	438	26	0	12	6	2	2	7	42
Tercera persona	281	36	10	1	0	1.638	40	14	34	5	0	0	8	51
Agente autoridad	72	8	3	0	0	161	18	0	12	4	0	2	2	7.381
Total	105.975	949	168	71	2	81.793	6.674	1.322	6.732	874	228	436	2.282	12.571
SEXO														
Varones	47.674	714	110	22	1	51.376	3.800	119	1.015	430	123	284	583	12.120
Mujeres	58.301	235	58	49	1	30.417	2.874	1.203	5.717	444	105	152	1.699	451
EDAD (AÑOS)														
Menos de 16	4.738	28	9	11	1	5.798	259	231	2.441	95	207	15	236	44
De 16 a 18	3.842	22	3	1	0	3.599	122	118	668	58	2	8	34	21
De 18 a 25	19.735	168	25	6	0	16.848	810	387	1.642	210	5	47	154	919
De 25 a 40	33.419	417	52	19	1	31.924	2.634	443	1.473	341	7	142	1.131	7.905
De 40 a 60	29.315	232	53	20	0	17.856	2.116	121	403	129	2	174	626	3.354
De 60 o más de 60	14.926	82	26	14	0	5.768	733	22	105	41	5	50	101	328
RELACIÓN CON EL AUTOR														
Padre/Madre	158	25	7	11	1	1.922	159	29	85	15	37	14	63	19
Hijo	46	14	8	16	0	2.126	163	37	155	10	123	3	207	6
Cónyuge	48	65	12	37	1	11.510	932	115	131	33	0	10	1.244	29
Pariente	108	81	23	4	0	4.208	352	87	211	17	14	15	46	15
Laboral	112	20	4	0	0	2.420	277	29	245	32	1	40	21	329
Escolar	65	0	0	0	0	934	47	12	122	3	0	7	2	2
Amistad	369	135	19	1	0	4.815	372	225	532	92	0	31	42	11
Casual	2.517	99	21	0	0	8.550	865	121	495	65	0	26	52	431
Otra	2.229	162	27	0	0	12.691	1.506	118	640	121	9	63	197	884
Ninguna	100.323	348	47	2	0	32.617	2.001	549	4.116	486	44	227	408	10.845
RESULTADO ACCIÓN														
Sin lesión	91.508	155	19	9	0	6.717	5.796	709	5.665	636	228	401	2.200	7.094
Lesiones leves	13.521	180	14	15	1	69.547	790	580	1.030	215	0	33	67	5.340
Lesiones graves	914	292	24	16	0	5.506	67	32	36	22	0	2	10	133
Muertos	32	322	111	31	1	23	21	1	1	1	0	0	5	4

Fuente: Alfonso SERRANO MAÍLLO (1996): "Estadística", Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 6, UNED, Madrid. 1.253, 1.255, 1.263 s.

de estas páginas, algunas de las 114 proposiciones que el informe francés presenta para mejorar la atención a las víctimas y a sus familias. Muchas de ellas se refieren al ámbito penal, procesal y penitenciario.

En mi opinión pueden proponerse, entre otras, las tres siguientes conclusiones, inspiradas en las proposiciones francesas números 30, 33, 61 y 63:

- A.- el juez de "application des peines", o juez de vigilancia penitenciaria, informará a las víctimas de todas las decisiones que les conciernen directamente.
- B.- las víctimas tendrán derecho a una parte mayor del peculio del privado de libertad.
- C.- en cada fase del procedimiento judicial, incluida la fase de ejecución de las penas,

los magistrados y el presidente deberán informar a las víctimas de las condiciones y de los derechos que tienen para la indemnización.

Esta última conclusión parece que no se tuvo en cuenta durante el juicio a los miembros de ETA acusados de haber asesinado, el once de marzo de 1997, a Javier GÓMEZ ELOSEGUI, funcionario del Centro Penitenciario de Martutene y profesor de la Universidad del País Vasco. Según el texto de la sentencia 17/98, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera, de treinta de marzo de 1998, la viuda y la hija de la víctima directa quedaron privadas de los 50 millones de pesetas que a tenor de la ley y la petición del fiscal les correspondían²⁶. Esta sentencia del 30 de marzo de 1998 prueba que el procedimiento penal español²⁷ está todavía lejos de lo que exigen las Naciones Unidas y el Consejo de Europa respecto de los derechos fundamentales de las víctimas directas e indirectas.



Xilografía de Hernán Arévalo

"Sirena"

26. Cfr. A. BERISTAIN, "Hoy y mañana de la Política criminal protectora y promotora de los valores humanos. La paz desde ja Victimología", en Consejo General del Poder Judicial, Política criminal comparada, hoy y mañana, Madrid, 1999, pp. 9-85 [54 s.]. IDEM, "Nombramiento de Miembro de Honor del IVAC-KREI, a título póstumo, a Francisco Javier GÓMEZ ELOSEGUI", Eguzkilore Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, N° 11 extra, 1997, pp. 293 ss.

27. Cfr. José Luis de la CUESTA ARZAMENDI et al "The Treatment of Victims of Crimes and Offences in the Spanish System of Justice", en E. FATTAH, T. PETERS (eds), Support for Crimen victims in a Comparative Perspective Leuven, 1998, pp. 69-81 [71].

DOCTRINA NACIONAL

CULTURA Y VIOLENCIA

*Marco Vinicio Fournier**

I. Introducción

Existen múltiples estudios y ensayos que tratan con suficiente profundidad aspectos puntuales de la cultura y su relación con la violencia. Así, por ejemplo, la influencia directa de los medios de comunicación, y en especial la televisión (Mediascope, 1996; UCLA, 1995); podríamos citar también los estudios sobre patrones de crianza y conductas antisociales posteriores (Straus et al., 1997, 1996); tenencia de armas, homicidio y suicidio (National Center for Injury Prevention and Control, 1997; Carranza et al., 1997); consumo de alcohol y drogas (National League of Cities, 1994; Nadelmann et al., 1994); y pobreza, exclusión y desarrollo humano (Population Action International, 1990; Canadian Centre for Justice Statistics, 1993; Crime Prevention and Criminal Justice Branch, 1995).

El tratamiento de uno o varios de estos factores en programas preventivos ha dado resultados muy esperanzadores alrededor de todo el mundo (cf. Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad, 1995). El análisis de estos estudios o de las estrategias concretas que se han desarrollado podría generar un seminario para cada uno, pero desgraciadamente solo cuento con 15 minutos para exponer la relación entre cultura y violencia.

Debido a lo anterior, he decidido concentrarme hoy en un análisis más global de la cultura actual, cómo se ha ido definiendo la misma en el proceso de globalización de la última década, y cómo esta cultura de fin de siglo constituye la raíz fundamental del fenómeno de la

violencia. Una vez desarrollada esta descripción, intentaré proponer algunas líneas de acción para enfrentar la violencia desde sus raíces culturales.

II. Las grandes transformaciones mundiales

En la década de los ochenta el mundo experimenta una serie de transformaciones radicales que modifican profundamente todos los ámbitos de nuestras sociedades: política, economía, cultura, estado, sistemas de comunicación, etc. (Tamames, 1991). Especial interés asume, dentro de estas transformaciones, el agotamiento del modelo de socialismo real en Europa del este y la consecuente finalización de la guerra fría. Esta situación, unida a una serie de coyunturas especiales, tales como la crisis económica provocada por la imposibilidad de pago de las deudas externas de muchos países del tercer mundo, o el rápido desarrollo de las tecnologías y los servicios de comunicación, favorece el desarrollo de lo que se ha dado en llamar la filosofía neoliberal, que bajo la presión de los organismos internacionales, se implanta en forma acelerada en la inmensa mayoría de los países alrededor de todo el mundo.

No hay duda que estas transformaciones han producido efectos impresionantes en el desarrollo tecnológico y en las estructuras productivas de todo el orbe. Liberado de los controles del Estado y potencializado por la paulatina eliminación de barreras arancelarias, el sector productivo se ve directamente impulsado hacia el desarrollo

máximo y expansión permanente de su capacidad competitiva. Sin embargo, aun cuando en principio se trata de un fenómeno de tipo económico, como en cualquier fenómeno social, las consecuencias son amplias en todos los ámbitos.

III. La lógica del mercado

Al liberarse paulatinamente del control social del Estado, el aparato productivo se rige actualmente en forma prioritaria por las reglas del mercado. Este proceso tiene un impacto directo sobre la estructura de nuestra sociedad, sobre nuestra cultura y sobre el comportamiento cotidiano de los ciudadanos. Conviene, por lo tanto, detenernos un momento para resumir estas reglas, antes de poder analizar sus consecuencias:

La tendencia hacia el debilitamiento de las barreras arancelarias proteccionistas y los rápidos avances tecnológicos en el área de las telecomunicaciones convierten al globo terráqueo en una gran aldea. Dentro de esta apertura, la comercialización de los productos tiende a regirse principalmente por las reglas del mercado internacional, en donde precio y calidad definen la velocidad con que pueden reproducirse los capitales. Este último principio es de fundamental importancia, puesto que es precisamente a través de la reproducción rápida del capital que las empresas pueden adaptarse al acelerado avance tecnológico; adaptación que, a su vez, les permite producir más rápido, en mayor cantidad y, en principio, con mayor calidad. Se crea así una situación circular, en donde a mayor producción y mayor comercialización, mayor capacidad de crecimiento productivo.

IV. Consecuencias sociales

A. Estructuración social

La necesidad de dotar al sector productivo de una adecuada competitividad, que le permita desenvolverse tanto a nivel nacional como internacional, impulsa al Estado en dos direcciones fundamentales: por un lado, debe generar las condiciones necesarias para una reconversión industrial que facilite la modernización del aparato productivo, pero para lograr este cometido debe también generar los recursos necesarios que, por un lado, financien la modernización de la infraestructura, pero también para estimular a aquellas empresas que mejor se ajustan a las exigencias de la globalización. Por otra parte, debe también modernizarse a sí mismo, de modo que garantice mayor eficiencia en la gestión, menores entramamientos a la libre circulación de las mercancías y reducción de gastos que no redunden

directamente en el desarrollo al máximo de la productividad.

Al lado de estos objetivos dirigidos hacia el mejoramiento de la competitividad, se produce una serie de consecuencias directas o indirectas sobre la estructuración de la sociedad:

- a) **Debilitamiento del Estado:** el ámbito de control social, por parte del Estado, se reduce, cediendo el espacio a las reglas del mercado (Garnier et al., 1991; Dobles et al., 1996).
- b) **Reducción de los mecanismos de redistribución de la riqueza:** el Estado se ve obligado a reducir los programas de seguridad y bienestar social, para concentrar los escasos recursos en el proceso de modernización y estimulación del aparato productivo. Muchos de estos programas se debilitan en su calidad y cobertura o se eliminan, y otros pasan al sector privado (Garnier et al., 1991; Morales, 1994).
- c) **Deterioro en la calidad de vida:** la reducción de los programas de bienestar social produce inexorablemente un deterioro en la calidad de vida de la mayoría de los ciudadanos, en sectores tan importantes como la educación, la salud y el trabajo (Rosenbluth, 1994; Proyecto Informe Estado de la Nación 1995, 1996, 1997; Morales, 1994).
- d) **Concentración de la riqueza:** el debilitamiento de los mecanismos de redistribución de la riqueza y la concentración de la capacidad productiva en aquellos sectores con mayor disponibilidad de capital y con mejores posibilidades de reproducción rápida del mismo, generan una situación en donde cada vez son más los que ganan menos y cada vez son menos los que ganan más (Altimir, 1994; MIDEPLAN, 1993; Feliciani, 1994).

B. Cultura

Estas transformaciones en los planos económico, político y sociológico generan, a su vez, modificaciones sustanciales en la cultura, las cuales nacen no solo como resultado del actuar e interactuar cotidiano de los ciudadanos bajo las nuevas reglas del juego, sino también bajo el influjo de un aparato publicitario desplegado con el fin explícito de legitimar el nuevo orden mundial:

- a) **Del bien común a la productividad:** la búsqueda del bien común como objetivo primordial de la sociedad pasa a un plano secundario, y se entroniza de manera prioritaria la productividad (Alfaro, 1992).

- b) De la solidaridad a la competitividad:** la lógica de las relaciones interpersonales se rige ahora por el principio de la competitividad, y valores tales como solidaridad o lealtad entran en franca contradicción, puesto que no son eficientes dentro de las leyes del mercado (Fournier, 1989; Robert, 1994).
- c) Debilitamiento de la identidad cultural:** el avance en las comunicaciones, la eficiencia de los medios de comunicación de masas y la apertura comercial de las fronteras generan un debilitamiento de la identidad cultural, en especial en los países del tercer mundo (Fournier, 1989; Robert, 1994).
- d) Exaltación del individualismo:** la transformación de la estructura exiológica y el debilitamiento de la identidad cultural exaltan y refuerzan el individualismo (Fournier, 1988).
- e) La capacidad de consumo como criterio último de estatus y felicidad:** la necesidad de incrementar permanentemente el consumo hace que nuestra cultura centre cada vez más los criterios de evaluación del estatus social y la realización personal en la cantidad y calidad de bienes y servicios que cada persona puede adquirir (Durning, 1991).
- f) Los medios de comunicación como agentes primordiales de la socialización:** ante los vacíos que produce un Estado debilitado, un decadente sistema educativo, el desmembramiento de la familia, la paulatina desaparición de la identidad cultural y la creciente relativización de los preceptos religiosos, los medios de comunicación de masas han sabido rellenar cada uno de estos espacios, colocándose no solo como una de las instituciones con mayor credibilidad, sino también como el principal agente socializador de las nuevas generaciones (Robert, 1994; Bryant et al., 1994; Mediascope, 1996; UCLA, 1995).
- C. Características psicosociales**
- Obviamente, los cambios en la estructura social y en la cultura producen, a su vez, transformaciones importantes en la conformación de las características psicosociales de la población:
- a) Frustración:** puesto que los bienes y servicios son escasos, los nuevos ideales de estatus y felicidad solo son alcanzados por una pequeña minoría de los ciudadanos, para los demás constituyen fuente continua de frustración y desilusión. Pero de todas maneras, la mayoría de aquellos que sí logran acceder a una alta capacidad de consumo, rápidamente descubren lo lejos que se encuentran de la auténtica felicidad (Fournier et al., 1993; Carranza, 1994).
- b) Estrés:** el ambiente de competitividad y la carga de trabajo que demanda mantenerse al día y con eficiencia en un mundo cambiante y exigente, produce en la mayoría de la población exceso de trabajo, ansiedad e hipertensión.
- c) Debilitamiento de los lazos afectivos:** la competitividad, el estrés y el exceso de trabajo debilitan la calidad de las relaciones interpersonales, tanto a nivel primario como secundario (Campos et al., 1994).
- d) Corrupción:** el viraje en los criterios de evaluación del estatus social y las demandas crecientes sobre la capacidad de consumo, debilitan los controles éticos y legitiman conductas ilegales (Hardinhaus, 1989; Fournier, 1988).
- e) Desilusión y desconfianza:** el debilitamiento del Estado, la decadencia en la calidad de vida, los escándalos de corrupción y la frustración debilitan la legitimidad del sistema político (UNIMER, 1995).
- f) Autoritarismo:** el ambiente de desconfianza y la incertidumbre hacia el futuro facilitan el desarrollo de una personalidad autoritaria en sectores cada vez más amplios de la población (Adorno, 1969; Campos, 1991, Fournier et al., 1993; Fournier et al., 1994).
- g) Impulsividad e irreflexión:** uno de los avances tecnológicos más impactantes de nuestros días, es aquel que permite el desarrollo del aparato mercadológico y publicitario. La necesidad de incrementar constantemente el consumo ha generado técnicas altamente sofisticadas de manipulación del consumidor, logrando reducir o reorientar cada vez más el proceso de toma de decisiones, de modo que los clientes actúen principalmente guiados por sus impulsos y en donde el proceso posterior de evaluación conlleve el menor grado posible de reflexión (Fournier, 1988; Loundon et al., 1995).
- h) Cortoplacismo:** la lógica del mercado en donde la rentabilidad está determinada por la celeridad con que pueda reproducirse el capital, la creciente rapidez con que se desarrolla y transforma la tecnología y la consecuente obsolescencia de los bienes y servicios, tiende a reforzar en la población una mentalidad centrada en los resultados a corto plazo, debilitando la viabilidad y conveniencia de la planificación a mediano o largo plazo (Dierckxsens, 1997).

V. Violencia

Las características sociales y culturales descritas hasta aquí, constituyen el contexto ideal para el desarrollo de la violencia. Recordemos que este fenómeno se encuentra íntimamente asociado con la frustración, la impulsividad y la irreflexión. A esto agreguémosle un sistema que genera y favorece la exclusión en todos sus ámbitos, que refuerza la competitividad en detrimento de la solidaridad, el individualismo por encima del bien común y la capacidad de consumo independientemente de la honorabilidad y la honestidad. Sumemos a esto los medios de comunicación de masas, que adquieren un papel protagónico en el desarrollo, transformación y transmisión de la cultura, y cuyos contenidos se saturan cada vez más de violencia. Por último, no debemos olvidar que este caldo de cultivo tiene como contexto una larga historia de explotación, pobreza, machismo, violación impune de los más fundamentales derechos humanos, y en muchos de nuestros países, militarismo, autoritarismo, represión y cruentas guerras civiles. Ante este panorama, lo extraño sería que viviésemos en un ambiente pacífico.

La violencia tiene una dinámica con estructura espiral, ya que cualquier acto violento posee una alta probabilidad de generar como respuesta otro acto violento. De este modo, mientras la estructura social y la cultura sean en sí violentas, el resultado inevitable será un conjunto de individuos violentos. Del mismo modo, si las soluciones se concentran en la represión, y por ende en la violencia, el producto final será la estimulación de la misma, nunca su reversión o contención.

VI. Algunas sugerencias de intervención

Al pensar en soluciones, obviamente la tendencia principal de muchos de nosotros se dirige inmediatamente hacia la utopía de una sociedad realmente igualitaria, constituida por ciudadanos libres, independientes, reflexivos, respetuosos y amorosos, al estilo del cristianismo original, o como soñó John Lennon en su canción "Imagine", o Marcuse en su "Final de la Utopía".

Sin embargo, mientras nos esforzamos por acercarnos a ese sueño, podemos pensar en algunas acciones concretas que permitan, aquí y ahora, frenar y revertir la espiral actual de la violencia. Según los principios enunciados en este ensayo, se hace evidente que cualquier intervención efectiva para detener la escalada de violencia pasa por una transformación de nuestra cultura. Cualquier intervención a nivel microsociedad, sin un contexto macrosociedad favorable, terminará siendo un simple remiendo que se rasgará fácilmente de nuevo; y cualquier programa macrosociedad que no tome en cuenta y permita la participación

activa de la mayoría de la población terminará siendo otra buena intención que se diluye en una realidad contradictoria y en la contracultura.

Mientras exista exclusión, ignorancia y alta frustración, existirá violencia; por lo tanto, cualquier esfuerzo para enfrentar el problema debe iniciarse con un proceso que garantice mejores estrategias de redistribución de la riqueza. Concretamente, se hace necesaria una reestructuración del sistema fiscal, de modo que la carga tributaria se concentre en aquellos sectores que tienen mayor poder adquisitivo. Esta redistribución deberá estar dirigida, de manera prioritaria, hacia la educación, la salud y la promoción de los derechos humanos en todas sus dimensiones. Por otra parte, se hace necesaria una mejor legislación laboral, de modo que puedan garantizarse mejores condiciones de trabajo, mejores salarios, mejores oportunidades de capacitación y desarrollo y mejores facilidades para la recreación sana.

Al lado de esta reestructuración social, debe iniciarse pronto un programa de promoción de valores acordes con la coexistencia pacífica y la resolución de conflictos. Utilizando las mismas estrategias que han resultado tan eficientes para la promoción de bienes y servicios, debe desarrollarse una amplia campaña dirigida primordialmente a modificar la dimensión afectiva de las actitudes violentas. Literalmente se trata de poner de moda la paz, el amor y la resolución pacífica de conflictos, y hacer afectivamente incompatibles las conductas y actitudes agresivas. Para ello podría utilizarse, por ejemplo, la participación de los grandes modelos de jóvenes y viejos (cantantes, actores, deportistas, etc.), pero en donde también participen y coordinen todo tipo de organizaciones estatales y privadas.

Este primer paso a nivel afectivo, deberá acompañarse inmediatamente de un proceso más prolongado y complejo, en donde las dimensiones cognitivas y conativas puedan transformarse y desarrollarse hacia modelos de interacción más solidarios y mejor centrados en el bien común. La población debe comprender e introyectar los costos negativos, a mediano y largo plazo, de actos de violencia y corrupción, así como de las tendencias hacia el individualismo, la impulsividad, el consumismo, etc. Para ello se hace necesario un proceso educativo dirigido a toda la población, pero también un programa de reforzamiento de conductas alternativas e incompatibles, tales como incentivos a programas de desarrollo comunal, promoción de organizaciones populares de bien social, estrategias comunales de seguridad ciudadana, etc.

Resulta de vital importancia en esta etapa el desarrollar en la población la conciencia de las

consecuencias a mediano y largo plazo de la lógica del mercado. Ya el BID ha iniciado un proceso importante en este sentido, al contabilizar los costos de la violencia; sin embargo, el esfuerzo debe ser más concreto. Esta contabilidad ha de reflejarse directamente en los costos de producción. Existen diferentes mecanismos para lograr esto, por ejemplo:

Prohibición o regulación de aquellos bienes y servicios cuyas consecuencias sobre el ambiente o sobre la cultura sean altamente perjudiciales.

Retribución a la población, mediante sistemas fiscales específicos, de los costos negativos a mediano y largo plazo.

Publicación permanente de las consecuencias en cada producto y bien comercializado.

Solo mediante el logro de las tres etapas anteriores podrán tener un efecto duradero y profundo las estrategias concretas que hasta ahora se han utilizado, y que por supuesto son de enorme importancia y deben acompañar el proceso más general. Solo para citar algunas:

Control de los contenidos de televisión

Control en el uso y portación de armas

Control del consumo de alcohol y drogas

Transformación de la legislación penal

Mejores sistemas de readaptación social.

BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS

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

Alfaro, O.: **Estudio sobre casos de abandono y maltrato atendidos en las unidades de servicio**. San José, PANI, Oficina de Planificación, 1992.

Altimir, O.: **Distribución del ingreso e incidencia de la pobreza a lo largo del ajuste**. En "Revista de la CEPAL", Santiago, N° 52, abril 1994.

Campos, D.: **La personalidad autoritaria y participación política**, San José, Cuadernos del CSUCA, 1991.

Campos, D.; Fournier, M.; Pérez, R., San José: IIP, 1994 (en prensa).

Canadian Centre for Justice Statistics: **Crime and Socio-demographic Profiles at Community Level: A Useful Crime Prevention Planning Tool?** Ottawa: Canada Statistics, 1993.

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

Carranza, E.: **Seguridad frente al delito en Costa Rica**.

En Sánchez, C. (ed.): *Sistemas Penales y Derechos Humanos*, San José: CONAMAJ, 1997, pp. 63-98.

Crime Prevention and Criminal Justice Branch: **Results of the Fourth United Nations Survey of Crime Trends and Operations of the Criminal Justice Systems (1986-1990): Interim Report by the Secretariat**. Viena, Naciones Unidas, 1995.

Díaz, M.: **Una reforma social que potencie la reforma económica**. Entrevista a Enrique Iglesias, Presidente del BID. En "Hombres de Maíz". San José, N° 21, 1994.

Dierckxsens W.: **Los límites de un capitalismo sin ciudadanía**. San José: Editorial Universidad de Costa Rica/DEI, 1997.

- Dobles I.; Fournier M.: **Sondeo sobre Derechos Humanos y la Defensoría de los Habitantes.** San José: ICODE-RECOP-IIP-Unión Europea, 1996.
- Durning, A.: **Asking how much is enough.** En Brown, L: "State of the World". New York: W N Norton & Company, 1991.
- Feliciani, R: **Promoción de desarrollo humano y lucha contra la exclusión social: dos enfoques complementarios.** En "Hombres de Maíz". San José, N° 20, 1994.
- Fournier, M.: **Encuesta de opinión pública.** Octubre 1988, San José, IPS, 1988.
- Fournier, M.: **Encuesta de opinión pública.** Noviembre 1989, San José, IPS, 1989.
- Fournier, M.; Pérez, R.: **Estudio de opinión pública.** San José, IIP, 1993.
- Fournier M.; Pérez, R.: **Autoritarismo y percepción de la violencia social: el caso de los chapulines.** San José, IIP, 1995.
- Garnier, L; Hidalgo, R.; Monge, G.; Trejos, J.: **Costa Rica entre la ilusión y la desesperanza.** San José, Ed. Guayacán, 1991.
- Hardinhaus, N.: **Droga y crecimiento económico. El narcotráfico en las cuentas nacionales.** En "Nueva Sociedad". Caracas, julio-agosto 1989, N° 102.
- Loundon D.; Della Bitta, A.: **Comportamiento del consumidor, conceptos y aplicaciones, 3ª. Ed.** México, McGraw-Hill, 1995.
- Mediascope: **National Televisión Violence Study Sci-entific Papers 1994-95.** Studio City, CA, 1996.
- MIDEPLAN: **situación demográfica y políticas de población en Costa Rica.** San José, 1993.
- Morales, L.: **Ajuste estructural y participación del Consejo Nacional de Producción en la producción y comercialización del maíz blanco y frijol.** San José, 1994 (tesis MSc. Administración Pública, UCR).
- Nadelmann, E.; Wenner, J.: **Toward a Sane National Drug Policy.** Rolling Stone. May 5:24-26.
- National Center for Injury Prevention and Control: **Fatal Fire-arm Injuries in the United States 1962-1994.** Atlanta, GA: Violence Surveillance Summary Series, N°3, Spring 1997.
- National League of Cities: **Rethinking Public Safety: The 1994 Future Report.** Washington, D.C., 1994.
- Population Action International: **Cities: Life in the World's 100 largest Metropolitan Areas,** Washington, D.C., 1990.
- Proyecto Estado de la Nación. **Informe Anual.** San José, 1995, 1996, 1997.
- Robert, J.: **Televisión, ideología y socialización. El papel en la formación de la identidad personal y social del niño y la niña costarricenses. Aspectos teórico-metodológicos,** San José: IIP, 1994 (en prensa).
- Rosenbluth, G.: **Información y pobreza en América Latina.** En "Revista de la CEPAL", N° 52, Santiago, abril 1994.
- Solano, M.: **Conciencia cotidiana, autoritarismo y medios de difusión de masas.** San José, Editorial Universitaria, 1991.
- Straus, M.; Mathur, A.: **Social Change and Trends in Appoval of Corporal Punishment by Parents from 1968 to 1994.** En Frehsee, D.; Horn, W.; Bussman, K. (eds).
- Straus, M.; Sugarman, D.; Gile-Sims, J.: **Spanking by Parents and Subsequent Antisocial Behavior of Children.** Archives of Pediatrics & Adolescents Medicine, August 1997.
- Tamames, R.: **Un nuevo orden mundial.** Madrid, Espasa-Calpe,(2ªed.)1991.
- UCLA: **Television Violence Monitoring Report.** Los Angeles, 1995.
- UNIMER. **Encuesta de Opinión Pública sobre Cultura Política.** San José, La Nación, 1995.

ERROR DE TIPO Y

ERROR DE

PROHIBICIÓN EN LA DOGMÁTICA HISPANOAMERICANA

España, Argentina y Costa Rica como ejemplos de la influencia de la ciencia jurídica alemana en la ciencia jurídica extranjera

*Alonso Salazar
Prof. de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica*

A. Introducción

Las concepciones dogmáticas alemanas de la teoría del error han sido asimiladas en España, Argentina y Costa Rica de distinta forma, lo cual es constatable en cada caso con la simple lectura de las normas jurídicas de cada país. Los aspectos fundamentales de la discusión dogmática, sin embargo, corresponden en los tres países citados, a la discusión que en torno al tema ha tenido lugar en Alemania. Lo anterior no sorprende, pues los fundamentos dogmáticos de la teoría del error se encuentran precisamente en la dogmática alemana. En el presente análisis se parte, como premisa metodológica, de la norma legal respectiva para luego hacer un análisis teórico de la problemática.

B. Teoría española del error

1. Artículo 14 del Código Penal español

- (1) El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

- (2) El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.
- (3) El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

2. Fundamento y origen del tipo penal

El artículo 14 del Código Penal español tiene su origen en el artículo 6 bis del Código Penal de 1983¹. No obstante, el legislador modificó la redacción del artículo, por lo que fue sustituido el concepto de "*elemento esencial integrante de la infracción penal*" por el concepto de "*un hecho constitutivo de la infracción penal*". El legislador pretendió con eso eliminar algunas lagunas legales, como por ejemplo, el error sobre un hecho que califica la infracción penal, o sobre circunstancias agravantes².

Anteriormente no había en España ningún tipo penal que regulara el error³. La opinión mayoritaria⁴ diferenciaba tradicionalmente entre *error facti* (error de hecho) y *error*

1. *Introducido por la ley de reforma parcial del Código Penal español del 25 de junio de 1983, véase Moyna Ménguez/Gómez Guillamón/Luzón Cuesta/Ortiz Urculo/Torres-Dulce, Linfante, Código Penal, 3ª Ed. 1998, p. 47; Rodríguez Mourullo (Coord.), Comentarios al Código Penal, p. 65; Vives Antón (Coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia 1996, T. I, p. 92 ss.; Quintero Olivares, Curso de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, 1996, p. 346.*

2. Véase Vives Antón, *op. cit.* [Np. 1], T.I, p. 93; Rodríguez Mourullo, *op. cit.* [Np. 1], p. 65.

3. Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal, Parte General, Valencia, 2ª Ed. 1996, p. 292; Quintero Olivares, op. cit. [Np. 1], p. 346. En Alemania, el tema también ha sido estudiado entre otros por Strien, Einflüsse des deutschen Strafrechts auf die jüngere Strafrechtsreformbewegung in Spanien, Diss. Köln 1991, Mir Puig, Hauptprobleme des dogmatischen Teils der spanischen Strafrechtsreform, en: Deutsch-Spanisches Strafrechtsskolloquium 1986, p. 21-45.*

4. *Cfr. Moyna, op. cit. [Np. 1], p. 14; Cobo del Rosal/Vives Antón, Derecho Penal, Parte General, Valencia, 4ª Ed. 1996, p. 599.*

iuris (error de derecho). Dicha diferenciación se encuentra presente en la antigua jurisprudencia⁵. El Tribunal Supremo español señaló la falta de una regulación específica y rechazó la diferenciación entre *error facti* y *error iuris*⁶. En los últimos años han sido reconocidas por el Tribunal Supremo⁷ las dos categorías de *error de tipo* (Tatbestandsirrtum) y *error de prohibición* (Verbotsirrtum), cuyo origen claramente se encuentra en la dogmática alemana⁸. Es claro que el legislador español se basó en la regulación alemana al establecer la normativa del error en España, se evidencia en la distinción fundamental entre error de tipo y de prohibición, la cual corresponde a la decisión del legislador alemán⁹.

3. Comparación entre el artículo 14 del Código Penal español y los artículos 16 y 17 del StGB

Mientras que en el Derecho alemán el error de tipo y de prohibición se encuentran regulados en dos tipos penales diferentes, el Código Penal español contiene ambos institutos en un único tipo penal, el cual se encuentra dividido en distintos incisos¹⁰. La opinión dominante sostiene que el artículo 14, inciso 1) del Código Penal español,

contiene el error de tipo¹¹. De acuerdo con la jurisprudencia, el error de tipo se ubica en el plano de la descripción legal de la conducta típica (Tipicidad) en relación con el conocimiento del dolo, mientras que el error de prohibición se ubica en el ámbito de la culpa¹².

3.1 Error de tipo

El artículo 16 del StGB regula el error sobre las circunstancias del hecho, esto es la realización del tipo objetivo, sin que el autor tenga conciencia de ello, en tal caso no puede ser sancionado por el delito cometido a título de dolo, pero puede ser sancionado por la comisión culposa del mismo¹³. Dado que el ser humano sólo experimenta su representación mundo y estructura sus deseos a partir de dicha representación (sic), de esa forma el Derecho Penal tiene que basarse en ese conocimiento¹⁴ que el sujeto tiene de las circunstancias externas¹⁵. Con ese conocimiento, cuya falta elimina el dolo, se conforma el elemento intelectual del dolo¹⁶. En la literatura española, como en la alemana, se reconoce que el conocimiento del autor es un elemento esencial de la imputabilidad¹⁷. Resulta problemático, que el artículo 14 del C.P. español

5. *La judicatura española diferenciaba desde finales de los años sesenta —como lo hizo el Tribunal del Imperio alemán Reichsgericht— entre error de hecho y error de derecho. A partir de ello y con influencia de la dogmática alemana se desarrollaron el par de conceptos de error de tipo y error de prohibición. Acerca del desarrollo en la jurisprudencia alemana puede consultarse Baumann, Strafrecht AT, Lehrbuch, 8. Auflage, 1977, p. 419 ss., y Welzel, Das deutsche Strafrecht, 1969, p. 158 ss.; en la jurisprudencia española Gimbernat Ordeig, en: Mezger/Schönke/Jescheck, Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, B. VI, p. 329; cfr. también Strien, op. cit. [Np. 3], p. 75.*
6. *Cfr. SSTS. 19-6-29, 7-3-44, 1-2-69 y 16-3-82. [S.T.S. Sentencia del Tribunal Supremo (España)].*
7. *Cfr. SSTS. 26-2; 24-10-81 y 25-11-87; Mir Puig, Derecho Penal, Derecho Penal, Parte General, 4ª Ed., 1996, p. 252, con más referencias.*
8. *Cfr. 16 StGB (Irtrum über Tatumstände) y 17 StGB Verbotsirrtum (StGB: Strafgesetzbuch, Código Penal alemán), también Moyna, op. cit. [Np. 1], p. 14.*
9. *Strien, op. cit. [Np. 3], p. 119. Cfr. la crítica de Cobo/Vives, op. cit. [Np. 4], p. 599, quienes censuran la traducción al español de los términos alemanes y proponen la utilización de "error sobre el tipo" y "error sobre la prohibición".*
10. *Como ya ocurría con el art. 6 bis del C.P. de 1983, al respecto ver Strien, op. cit. [Np.3], p. 89.*
11. *Mir Puig, op. cit. [Np. 7], p. 253, Marginal 115; Muñoz Conde, op. cit. [Np. 3], p. 292; Rodríguez Mourullo, op. cit. [Np. 1], p. 64 ss.; Vives Antón, op. cit. [Np. 1], T. I, p. 94.*
12. *Cfr. SSTS. 12-12-91, 23-3-92, 709/94, 28.3. y 873/94; Moyna, op. cit. [Np.1], p. 48. Rodríguez Mourullo, op. cit. [Np.1], p. 64 ss., señala que al hablar de la norma de error sobre un hecho constitutivo del delito, para referirse al error de tipo, se dejan fuera los errores sobre elementos normativos del tipo con valoración jurídica, por ejemplo la ajenidad de la cosa, que no son errores de hecho sino de derecho.*
13. *Cfr. Cramer en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 25. Aufl. 1997, 16 Rdn. 4; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Aufl. 1999, 16 Rdn. 3.*
14. *Cfr. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 8/5 ss.*
15. *Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 49. Aufl. 1999, 16 Rdn. 1.*
16. *Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1997, 12 Rdn. 86.*
17. *Strien, op. cit. [Np.3], p. 92.*

excluya la responsabilidad penal, mientras que de acuerdo con el artículo 16 del StGB el autor *actúa sin dolo*. A pesar de que la teoría española del error se fundamenta en la alemana, existe una diferencia en cuanto a la formulación legal. La diferencia consiste en el hecho de que una acción no dolosa —en el tanto tampoco se encuentre sancionada como culposa— elimina la tipicidad, mientras que la exclusión de la responsabilidad penal deja subyacente la tipicidad y es esencialmente en el ámbito de la culpabilidad, posteriormente a la afirmación de la antijuridicidad de la acción, donde desempeña su papel, pues subsiste la responsabilidad civil que tiene como fundamento tanto la tipicidad como la antijuridicidad de la acción¹⁸.

El problema indicado no es tratado por la dogmática española, lo cual puede ser una consecuencia de la influencia de la dogmática alemana, donde por las razones expuestas no existe. Los desarrollos dogmáticos alemanes relacionados con el error de tipo han sido adoptados por la dogmática española, a pesar de que en castellano no existe una palabra que pueda traducirse literalmente como *Tatbestand*¹⁹. *Tatbestand* debe entenderse como un estado que involucra tanto la Tipicidad (*Rechtsbeschreibung*) como las circunstancias del hecho (*Tatumstände*)²⁰. Tiedemann señala que el concepto "*Tatbestand*" —al contrario de una gran cantidad de interpretaciones erradas, las que, sobre todo, conforman la teoría del tipo— representa una categoría penal específica, ante todo clara, la que no coincide con el concepto de tipo penal (*Gesetztatbestand*) ni con el

concepto de *Tatbestand* en la teoría general del Derecho (como suma de presupuestos jurídicos)²¹. El concepto de *Tatbestand*, como parte de la teoría jurídico-penal, puede definirse de la siguiente manera:

Tatbestand = objektiver Tatbestand + Vorsatz (tipo objetivo + dolo).

Así, cuando se puede colegir la existencia del dolo, es posible entonces tratar de identificar los elementos subjetivos de la acción, que junto con el dolo permitan estructurar la intención del sujeto en su actuar (acción final deseada)²².

Si el error de tipo excluye el dolo, entonces no existe, cuando este concurre, una acción típica. Si el error de tipo únicamente excluye la responsabilidad penal —pero no la responsabilidad civil—, en ese caso entonces subyace una acción antijurídica. La antijuridicidad de la acción tiene significado no solo desde el punto de vista del Derecho Penal, sino que constituye un ataque contra el sistema jurídico como un todo²³.

A pesar de la diferente formulación legal, la literatura española ha adoptado la teoría alemana del error, lo que significa que tanto en Alemania como en España se entiende que el error de tipo elimina el dolo²⁴. Algunos autores, como por ejemplo Vives Antón²⁵ y Cobo del Rosal²⁶, sin mayores consideraciones dogmáticas, señalan que el error de tipo excluye la responsabilidad penal. Rodríguez

18. Cfr. art. 118, inciso 2) del C.P. español, también Cobo/Vives, *op. cit.* [Np. 4], p. 610.

19. Concepto introducido por Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

20. En castellano se habla, por lo general, de tipo objetivo y tipo subjetivo, que corresponde en alemán a "objektiven" und "subjektiven" *Vertypung* (tipo).

21. Cfr. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 22 s., con más referencias. Sobre el concepto de *Tatbestand* como tal Jakobs, *op. cit.* [Np. 14], 6/46 ss.

22. Naucke, *Strafrecht: Eme Einführung*, 8. Aufl. 1998, 7 Rdn. 137.

23. Cfr. Lackner/Kühl, *op. cit.* [Np. 13], previo 13 Rdn. 16. La denominación de antijurídico denota una contradicción entre la acción y la norma, Lenckner en: Schönke/Schröder, *op. cit.* [Np. 13], previo § 13 ss. Rdn. 48 ss.; Roxin, *op. cit.* [Np. 16], 10 Rdn. 13 ss.; Tröndle/Fischer, *op. cit.* [Np. 15], previo 13 Rdn. 24.

24. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II Teoría jurídica del delito*, 6ª Ed. 1995, p. 133; Mir Puig, *op. cit.* [Np. 7], p. 104; Moyña, *op. cit.* [Np. 1], p. 48; Muñoz Conde, *op. cit.* [Np. 3], p. 292; Rodríguez Mourullo, *op. cit.* [Np. 1], p. 67.

25. Vives Antón, *op. cit.* [Np. 1], B. I., p. 94.

26. Cobo/Vives, *op. cit.* [Np. 4], p. 610.

*Mourullo*²⁷ cree que eso es así porque no existe dolo. También la jurisprudencia acepta dicha posición²⁸. Por otra parte, *Suárez Vives Antón*²⁹ señalan que solo el error inevitable puede excluir la responsabilidad penal, si el error es evitable, el autor es responsable.

El artículo 14, inciso 2) del C.P. español trata el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, el cual impide la apreciación de dicho hecho o circunstancia³⁰. Al respecto no tiene importancia si el error es vencible o invencible³¹. El artículo 16 del StGB regula solamente las consecuencias jurídicas de la falta de conocimiento de circunstancias del hecho (inciso 1) y la falsa creencia de que concurren circunstancias privilegiadas³² (inciso 2), pero no regula el caso contrario, es decir, cuando el autor no se percata de la existencia de circunstancias o carece de conocimiento en cuanto a la concurrencia de características descriptivas del tipo que privilegian el hecho³³. El artículo 14 del C.P. español no regula la falsa creencia de circunstancias privilegiadas³⁴.

3.2 Error de prohibición

El artículo 14, inciso 3) del C.P. español regula el error de prohibición (falta de conciencia de la antijuridicidad). El error invencible sobre la ilicitud del

hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal.

En primera instancia, debe señalarse que la norma hace referencia a la ilicitud del hecho³⁵. No se trata, entonces, de un error sobre la antijuridicidad, pues igualmente excluye la responsabilidad criminal. La ilicitud, de acuerdo con la construcción de la teoría del delito que se estructura en tres niveles (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad)³⁶, la cual se acepta en España, se refiere tanto a la tipicidad como a la antijuridicidad, el error sobre una causa de justificación y el error sobre una causa de exculpación son, consecuentemente, tratados de la misma forma. La acción permanece en el plano de la antijuridicidad, pero el autor realiza el hecho sin culpa. Adicionalmente, tanto en la literatura como en la jurisprudencia, no existe acuerdo, en cuanto a si el legislador en el artículo 14 del C.P. se decidió por seguir la teoría del dolo o la teoría de la culpabilidad, sea esta la teoría limitada o la teoría estricta de la culpabilidad³⁷.

Si el error es invencible (art. 14, inciso 2) del C.P. español), debe obligatoriamente rebajarse la pena en uno o dos grados. Algunos autores opinan que el error de prohibición se encuentra regulado de acuerdo con la teoría de la culpabilidad, a pesar de que una reducción obligatoria de la pena no encaja dentro de ésta³⁸. Por su parte, la jurisprudencia oscila entre ambas teorías³⁹.

27. Rodríguez Mourullo, *op. cit.* [Np. 1], p. 67.

28. *Cfr.* SS 1-2-86, 28-4-88, 26-2 y 24-10-81, 12-12-91, 23-3-92, 709/94, 28-3 y 873/94.

29. Rodríguez Mourullo, *op. cit.* [Np. 2], p. 348 s., con más referencias; Vives Antón, *op. cit.* [Np. 4], p. 631.

30. *Acerca de la discusión española sobre la reforma penal alemana de 1975 a este respecto, puede consultarse Strien, op. cit.* [Np. 3], p. 97.

31. Vives Antón, *op. cit.* [Np. 1], T. I. p. 95; Mir Puig, *op. cit.* [Np. 7], p. 255, marginal 122.

32. *El autor cree que comete un hecho menos grave.*

33. Cramer, *op. cit.* [Np. 13], 16 Rdn. 6.

34. *Cfr.* Mir Puig, *op. cit.* [Np. 7], p. 254, marginal 119 ss.

35. *Anteriormente el artículo hacía mención a la creencia errónea e invencible de actuar lícitamente, la cual excluía la responsabilidad criminal. Sobre la discusión de esta fórmula legal en Alemania cfr.* Strien, *op. cit.* [Np. 3], p. 81.

36. *Cfr.* Roxin, *op. cit.* [Np.16], 10 Rdn. 15.

37. *Situación que ha sido objeto de discusión también en Alemania cfr.* Strien, *op. cit.* [Np.3], p. 76 y 105 ss. con más referencias.

38. Cobo/Vives, *op. cit.* [Np. 4], p. 611 con más referencias.

39. *Cfr.* SSTS 15-3-86, 3-11-86 y 7-7-87.

3.3 Límite entre error de tipo y error de prohibición

3.3.1 Error sobre la concurrencia de una causa de justificación

Esta temática ha sido discutida tanto en Alemania⁴⁰ como en España⁴¹. Se refiere al tratamiento que debe tener el error sobre la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho. Se discute en ese caso, si dicho error debe verse como un error de tipo o un error de prohibición⁴², o bien, si se trata de un error sui generis⁴³. La dogmática española diferencia entre el error de prohibición directo (que recae sobre la prohibición) y error indirecto (que recae sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación)⁴⁴. La diferenciación ha sido reconocida también por la jurisprudencia⁴⁵.

Para la opinión mayoritaria, tanto en la dogmática alemana como española, la teoría del dolo es difícilmente compatible con la regulación del error de prohibición⁴⁶. El legislador se inclinó en el Código Penal por la teoría de la culpabilidad⁴⁷. La jurisprudencia,

por su parte, se mantuvo anteriormente entre la teoría limitada y la teoría estricta de la culpabilidad y más recientemente se ha inclinado por la teoría estricta de la culpabilidad⁴⁸. En todo caso, y esto sí está claro, en España se rechaza la teoría de los elementos negativos del tipo⁴⁹.

3.3.2 Error sobre la concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad

En la dogmática española esta temática ha recibido poca atención⁵⁰. Se trata ya sea por aplicación analógica de las reglas aplicables al error de tipo o al error de prohibición, donde la discusión aun se encuentra abierta. Así Bacigalupo sostiene, que tanto la suposición equivocada de la concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad, no reconocida por el ordenamiento jurídico, como el desconocimiento de los límites de una causa de exclusión de la culpabilidad, deben ser tratados como un error de prohibición, porque se trata de un error en cuanto a la antijuridicidad del hecho⁵¹. Por otra parte Mir Puig, un representante de la teoría de los elementos negativos del tipo, señala que tales constelaciones deben ser tratadas como un error de tipo⁵².

40. Cfr. BT-Drucks. V. 4095, p. 9, Strien, op. cit. [Np. 3], p. 109 con más referencias.

41. Cerezo Mir, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid 1982, p. 305.

42. Puede consultarse en Alemania Strien, op. cit. [Np.3], p. 109, con referencias adicionales; Rodríguez Mourullo, op. cit. [Np. 1], p. 68.

43. Cfr. STS 26-5-87.

44. Rodríguez Mourullo, op. cit. [Np. 1], p. 68; Mir Puig, op. cit. [Np. 7], p. 558, marginal 18; Cobo/Vives, op. cit. [Np. 4], p. 604; Muñoz Conde, op. cit. [Np. 3], p. 401; Moyna, op. cit. [Np. 1], p. 48.

45. Cfr. SSTS 26-5-87, 20-1-92 y 22-4-94.

46. En contra Cobo/Vives, op. cit. [Np. 4], p. 611; Mir Puig, op. cit. [Np. 7], p. 561, marginal 24 y p. 567, marginal 44.

47. Cfr. Rodríguez Mourullo, op. cit. [Np. 1], p. 68; Cerezo Mir, op. cit. [Np. 24], p. 81; Muñoz Conde, op. cit. [Np. 3], p. 406; Strien, op. cit. [Np. 3], p. 109.

48. Cerezo, op. cit. [Np. 24], p. 81 con referencias adicionales.

49. Cfr. Bacigalupo Zapater, *La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal de 1980*, La Ley N° 76, 1981, T. I, p. 922 s.; Muñoz Conde, *El error en Derecho Penal*, 1989, p. 40 y op. cit. [Np. 3], p. 405 s.; Romeo Casabona, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, ADPC.P. 1981, p. 763 ss.; Zugaldía Espinar, *El tratamiento del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal Español de 1980*, C.P.C N° 15, 1981; Cobos Gómez de Linares, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Madrid 1987, p. 194 ss. A favor Mir Puig, op. cit. [Np. 7], p. 557 marginal 16 ss.

50. Cfr. Strien, op. cit. [Np.3], p. 118.

51. Bacigalupo Zapater, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá 1984, p. 138, eso de acuerdo con la formulación del anterior art. 6 bis del C.P. español.

52. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, Segunda Edición, Barcelona, 1985, p. 408. Cfr. Strien, op. cit. [Np. 3], p. 118 s. con más referencias.

C. Teoría costarricense del error

1. Norma Legal

El Código Penal costarricense⁵³ regula el error — como el StGB— en dos tipos penales: el artículo 34 contiene el denominado error de hecho y el artículo 35 el error de derecho.

Artículo 34: No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.

Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

Artículo 35: No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena.

Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79⁵⁴.

2. Fundamentos y antecedentes de los artículos 34 y 35 del Código Penal costarricense

Ambos artículos encuentran su antecedente en el Código Penal Tipo para América Latina⁵⁵. La diferenciación entre *error facti* y *error iuris*, seguida por el Código Penal costarricense, encontró reconocimiento a principios de los años setenta tanto en Latinoamérica como en España.

El Código General de 1841 reconoció el principio de *"ignorantia non excusat"*, Lib. I, Tit. I, Cap. II, artículo 6. En el Código Penal de 1880 existió solo un tipo penal (art. 1), el cual contenía una disposición para la disminución de la pena, cuando el autor desconocía las circunstancias agravantes. El principio de *"ignorantia non excusat"* fue también reconocido por los códigos de 1919 (art. 19) y 1924 (art. 5), a pesar de que al mismo tiempo fue aceptado el desconocimiento del autor como circunstancia atenuante o causa de exclusión de la culpabilidad, respectivamente. Lo mismo vale para el Código de 1941 (art. 22).

3. Comparación entre los artículos 34 y 35 del C.P. costarricense y los artículos 16 y 17 del StGB

3.1 Introducción

En la dogmática costarricense no existen muchas referencias bibliográficas acerca de la teoría del error⁵⁶. Desde luego, la jurisprudencia se ha ocupado de la problemática. La resolución de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 446-F-92⁵⁷ constituye el fundamento de la actual teoría del error en Costa Rica. Dicha resolución, por una parte, interpretó los tipos penales citados y, por otra parte, admitió la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición, hasta entonces no muy clara en Costa Rica.

3.2 Error de tipo

A pesar de que el Código Penal contiene dos tipos, *error facti* (art. 34) y *error iuris* (art. 35)⁵⁸, señala dicha resolución que el legislador quiso seguir otro camino. Así procede la Sala de Casación, en primera instancia, a sentar las bases de la teoría del delito para una adecuada comprensión del tema.

53. En vigencia desde 1971, Ley 4573 del año 1970.

54. Art. 79: En los casos de error no invencible a que se refiere el artículo 35 o en los de exceso no justificado del artículo 29, la pena podrá ser discrecionalmente atenuada por el juez.

55. El hecho se evidencia en la exposición de motivos del Código Penal costarricense, Ley 4573 del 4 de mayo de 1970.

56. Como trabajo destacado en esta materia se puede citar, Chirino/Houed, *El tratamiento del error en la legislación penal y en la jurisprudencia costarricense*, *Revista de Ciencias Penales*, Año 4, Número 6, pp. 26-35.

57. Del 25-9-92; cfr. también N° 166 del 16-4-1993; N° 344 del 9-9-1994; N° 642 del 24-10-1996 y N° 486 del 23-5-1997.

58. Distinción que para la época se encontraba ya en revisión. Cfr. Chirino/Houed, *op. cit.* [Np. 56], p. 27.

3.2.1 Dolo

Desde el concepto de "Culpa" (Sección V, Título II del Libro I del Código Penal), se encuentran reguladas distintas circunstancias, en donde no todas se relacionan directamente con la culpabilidad. El artículo 31 define el dolo: *obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible*. El legislador quiso definir el dolo como *voluntad*. El dolo presupone el conocimiento, pues nadie puede querer algo que previamente no conoce. La acción es vista como "tipo objetivo". Adicionalmente, el dolo requiere no un conocimiento potencial sino más bien un conocimiento efectivo⁵⁹. Esa determinación es importante para la teoría del error, pues el dolo no presupone el conocimiento de la antijuridicidad. Esta se presenta como el segundo estadio⁶⁰ en la teoría del delito⁶¹.

3.2.2 Teoría estricta de la culpabilidad

En relación con el error de tipo, la jurisprudencia costarricense ha reconocido la teoría estricta de la culpabilidad. El error sobre alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista excluye la responsabilidad penal⁶². A pesar de que el artículo 34, párrafo 1 señala que el autor "*actúa sin culpa*", la jurisprudencia ha señalado que debe interpretarse que "*actúa sin dolo*"⁶³. La tipicidad requiere que el autor cumpla tanto los elementos objetivos como los elementos subjetivos del tipo. La mera concurrencia de los elementos objetivos del tipo (*dolus malus*) no es suficiente para la afirmación de la tipicidad⁶⁴. Si el error es evitable, en ese caso el autor será sancionado a título de culpa, si existe un tipo culposo. Esa interpretación jurisprudencial se acerca fuertemente al artículo 16 del StGB, seguramente más que al artículo 34 del Código Penal costarricense. Eso pone de manifiesto

que la dogmática alemana, a través de la dogmática argentina, ha tenido influencia en la teoría costarricense del error. No obstante, la Sala de Casación ha señalado de manera explícita, que el Código Penal costarricense contiene una normativa del error muy distinta a la argentina⁶⁵.

3.3 Error de prohibición

El tenor literal del artículo 35 del Código Penal costarricense, párrafo primero, se diferencia del 17 del StGB, en que el costarricense requiere que el autor suponga erróneamente que la acción no se encuentra penalmente prescrita. La norma alemana señala: "que el autor en el momento de la realización del hecho no comprenda que actúa de manera antijurídica", quien cree actuar de manera ajustada a derecho, en todo caso no supone la punibilidad de su acción.

Los efectos legales del error inevitable de prohibición son comparables con el artículo 17, párrafo 2 del StGB. La pena puede ser reducida por el juez, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 79. La diferencia con la norma alemana radica en que en Costa Rica esa es una facultad discrecional del juez, mientras que la norma alemana remite al artículo 49 del StGB, el cual cuenta con reglas específicas para la reducción de la pena.

3.4 Límite entre el error de tipo y el error de prohibición

3.4.1 Error sobre la concurrencia de una causa de justificación

La clasificación del error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación, al igual que

59. Vgl. Bacigalupo, *op. cit.* [Np. 51], p. 102 ss.; Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 1985, p. 403 ss.

60. *Acerca de la construcción de la teoría del delito en dos estadios, antijuridicidad y culpabilidad (Unrecht und Schuld)*, cfr. Roxin, *op. cit.* [Np. 16], 10 Rdn. 16 con más referencias.

61. Cfr. Issa el Khoury Jacob, *Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción de Hans Welzel*, *Revista de Ciencias Jurídicas RJC* (52) 1985, p. 84 ss.; Dall'Anese, *El Dolo*, San José (Costa Rica), p. 17 ss.

62. Cfr. Chirino/Houed, *op. cit.* [Np. 56], p. 28.

63. *Este es un claro ejemplo de creación del derecho por parte de la jurisprudencia, que en Alemania se denomina "Richterrecht"*.

64. *El punto de partida de esta interpretación se encuentra en la obra de Welzel (traducida al castellano), op. cit.* [Np. 5], 22, p. 164 ss.) y Baumann (*Derecho Penal, Conceptos fundamentales y Sistema*, Buenos Aires, 1981, p. 246 ss.) así como la jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Alemán) BGH por sus siglas en alemán, de los años setenta.

65. Cfr. Chirino/Houed, *op. cit.* [Np. 56], p. 31.

sucede en la dogmática alemana y española, ha sido objeto de tratamiento⁶⁶. Tanto la jurisprudencia costarricense como la española, diferencian entre error directo (error sobre la existencia de una norma permisiva) y error indirecto (error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación)⁶⁷. La jurisprudencia costarricense ha decidido aceptar la teoría de la culpabilidad⁶⁸. Resulta problemático que el legislador haya clasificado el error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación como "*error facti*" en el artículo 34, párrafo segundo. La jurisprudencia sigue en este aspecto la teoría estricta de la culpabilidad, así el error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación excluye la culpa, ello presupone en tal supuesto el injusto penal —tipicidad objetiva y subjetiva, así como la antijuridicidad— pero excluye la responsabilidad penal⁶⁹. La jurisprudencia costarricense ha resuelto el entuerto afirmando que el artículo 34, párrafo 2 del Código Penal no se trata de un "*error facti*", sino que dicho párrafo pertenece más bien al artículo 35 del Código Penal (error de prohibición), de tal forma debe verse entonces como un error indirecto de prohibición (error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación).

3.4.2 Error sobre una causa de exclusión de la culpabilidad

El problema no ha sido discutido en la jurisprudencia costarricense, al contrario de lo que sucede en España, en donde se trata con aplicación analógica de las normas, ya sea del error de tipo o del error de prohibición⁷⁰. Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto, la jurisprudencia costarricense debería ver el error sobre los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad como un error de prohibición⁷¹. Esta solución se plantea como

consecuente con los requisitos exigidos para el análisis del juicio de reproche que provienen del artículo 42 del Código Penal, esto es, capacidad para comprender el carácter ilícito del hecho y la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión⁷².

D. Teoría argentina del error

1. Tenor literal del artículo 34, inciso 1) del Código Penal argentino

En el Código Penal argentino no existe una norma penal que regule expresamente el error de tipo o el error de prohibición, como sucede en España y Costa Rica. La opinión mayoritaria encuentra los fundamentos de la teoría del error en el artículo 34, inciso 1) del Código Penal. Este artículo, en lo que para nuestros efectos interesa, señala:

Artículo 34: No son punibles 1) el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (sic).

1.1 Problemas de interpretación de la norma

El primer problema que debe aclararse es si la frase "*no imputable*" hace referencia tanto al "*error*" como a "*ignorancia*". Adicionalmente debe interpretarse, si "*de hecho*" solamente se refiere a "*ignorancia*" o también se refiere a "*error*". Finalmente, debe aclararse si el concepto "*criminalidad*" comprende tanto la tipicidad como la antijuridicidad o debe interpretarse como sinónimo de "*antijuridicidad*".

66. Ver el apartado sobre España, acerca de la discusión en particular confrontar Cerezo, *op. cit.* [Np.24], p. 305.

67. Cfr. en España SSTs 26-5-87, 20-1-92 y 22-4-94.

68. Cfr. en Alemania sobre la discusión en España Strien, *op. cit.* [Np.3], p. 109; Rodríguez Mourullo, *op. cit.* [Np. 1], p. 68; Cerezo, *op. cit.* [Np.24], p. 81; Muñoz Conde, *op. cit.* [Np. 3], p. 406.

69. La responsabilidad civil permanece al igual que en España, cfr. art. 104 y sgtes. del C.P. costarricense. La jurisprudencia costarricense ha fundado la responsabilidad civil en el art. 1045 del Código Civil, cfr. entre otras la Res. N° 29-F del 14-5-1981; N° 10-F del 21-1-1982, N° 100-F del 8-10-1982, N° 87-F del 6-8-1982; N° 192 del 13-7-1992 y N° 496 del 23-10-1992.

70. Situación que ha sido objeto de estudio en Alemania, cfr. Strien, *op. cit.* [Np. 3], p. 118.

71. Cfr. Bacigalupo, *op. cit.* [Np. 51], p. 138.

72. Cfr. Chirino/Houed, *op. cit.* [Np. 56], Bacigalupo, *op. cit.* [Np. 51], p. 147.

Una opinión minoritaria sigue una teoría unitaria del error⁷³, a pesar del abandono de la diferenciación entre *error facti* y *error iuris*⁷⁴. Entre esta teoría y la teoría estricta del dolo, existe un paralelismo que consiste en el hecho de que en la teoría unitaria tanto el error de tipo como el error de prohibición, excluyen la responsabilidad penal⁷⁵. Creus sostiene que el artículo 34, inciso 1) del Código Penal argentino contiene tanto el error de tipo como el error de prohibición, así como el error de punibilidad⁷⁶. Por el contrario, la opinión mayoritaria⁷⁷ señala, que de acuerdo con el tenor literal del artículo en mención, se puede afirmar la teoría de la culpabilidad. Así el artículo 34, inciso 1) contiene tanto el error de tipo como el error de prohibición; también se ha buscado el fundamento a la teoría del error tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Constitucional. La discusión al respecto aun persiste. Es importante para nuestros efectos, que la teoría argentina del error se funda sobre la base de que tanto el error de tipo como el error de prohibición, se encuentran regulados en el artículo 34, inciso 1) del Código Penal.

2. Fundamentos y antecedentes del artículo 34 del Código Penal argentino

El artículo 34, inciso 1) del Código Penal argentino fue introducido por el Proyecto de Código Penal de 1917 y se encuentra vigente desde la Ley 11.179 del 29-4-1922. Los antecedentes de la teoría del error en Argentina, se remontan al *Proyecto-Tejedor* del año 1881, la responsabilidad penal no se excluía por el error del autor en cuanto al tipo y cantidad de la pena (art. 4). Ese proyecto contenía también una causa de disminución de la pena, en

caso de que el autor no pudiera comprender el carácter del hecho (art. 7)⁷⁸. El artículo 148 reconoció entre las causas de exclusión de la pena, la creencia del autor de que la acción era lícita y no punible, en virtud de ignorancia insuperable no imputable⁷⁹.

Debe destacarse que la formulación del artículo 34, inciso 1) del Código Penal argentino "ya sea por... *error o ignorancia de hecho no imputable*" tiene su origen en una sugerencia de *González Roura*. Él partió de la idea de que dicha locución hacía referencia al error sobre el desconocimiento de circunstancias de hecho, pero no al error de derecho⁸⁰. Se plantea aquí la interrogante, de si los problemas de interpretación de la norma se originan precisamente en el hecho de que la opinión mayoritaria no quiere aceptar que el Código Penal argentino siguió la teoría del dolo y que, por consiguiente, la teoría de la culpabilidad no es compatible con la norma jurídica.

3. Comparación entre el artículo 34, inciso 1) del Código Penal argentino y los artículos 16 y 17 del StGB

3.1 Introducción

Una comparación entre el artículo 34, inciso 1) del Código Penal argentino y los artículos 16 y 17 del StGB resulta muy complicada, en razón de las grandes diferencias normativas. Por una parte, la legislación argentina no regula expresamente ni el error de tipo ni el de prohibición. Por otro lado, la opinión dominante en Argentina —que sigue la teoría de la culpabilidad— ha adoptado

73. Creus, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª Ed., Buenos Aires, 1996, p. 342.

74. *En contra Bruzzone, Un regreso a la distinción "Error de Hecho" y "Error de Derecho"? A propósito del estado de la discusión nacional en el ámbito del error en el Derecho Penal, Doctrinal Penal, N° 1992/A, Argentina, p. 10 ss.*

75. Cfr. Sancinetti, *Casos de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1991, p. 162.

76. Creus, *op. cit.* [Np. 73], p. 342.

77. Sancinetti, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, 1990, p. 1 ss.; *el mismo, op. cit.* [Np. 75], p. 162 ss.; Álvarez, *Error y Teoría del Delito, Secretaría Técnica de Posgrado y Servicios a Terceros, Universidad del Litoral 1993*, p. 66 ss.; Garibaldi/ Pitlevnik, *Error y Delito*, Buenos Aires 1995, p. 95 ss.; *passim* Bacigalupo, *op. cit.* [Np. 51], Zaffaroni, *op. cit.* [Np. 59]; Nino, *Limites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires 1980, p. 158 ss.; Herrera, *El error en materia penal*, 2ª Ed., Buenos Aires 1991, p. 124.

78. Cfr. De la Rúa, *Código Penal Argentino, Parte General*, 2ª Ed., Buenos Aires 1997, p. 487 s.

79. Cfr. Herrera, *op. cit.* [Np. 77], p. 26 con más referencias.

80. Octavio González Roura, *Derecho Penal. Parte General II*, p. 52. Citado por Herrera, *op. cit.* [Np. 77], p. 29.

los razonamientos de la teoría alemana del error. El resultado de todo ello es una mezcla de razonamientos dogmáticos que no son armónicos con el tenor literal de la ley.

En la dogmática argentina se puede separar entre la teoría unitaria y la teoría de la culpabilidad. Tal y como ya se adelantó, hoy día una opinión minoritaria sigue la teoría unitaria que en alguna medida tiende a la teoría del dolo, la cual es significativo citar como ejemplo de la influencia que la dogmática alemana ha tenido sobre la argentina.

3.2 Error de tipo

El error de tipo es visto como un error sobre los elementos objetivos del tipo⁸¹. La anterior distinción entre *error facti* y *error iuris* ha sido abandonada en la dogmática argentina⁸². Acerca de las consecuencias domina en ambas teorías el mismo resultado, yerra el autor sobre una circunstancia perteneciente al tipo y ese error resulta invencible, entonces se excluye el dolo⁸³, la conducta en tal supuesto no es típica. La punibilidad a título culposo permanece y consecuentemente resulta la conducta típica, si existe norma que sancione la acción a título de culpa⁸⁴.

3.2.1 Teoría unitaria

De acuerdo con la teoría unitaria representada por Creus⁶⁵, el error de tipo invencible excluye la responsabilidad⁸⁶. Si el error es evitable permanece la

punibilidad culposa en caso de que la conducta se encuentre sancionada a tal título. La acción no es punible si el autor, en razón de su error o ignorancia no imputable, no haya podido comprender la criminalidad del acto. Bajo el concepto de "error [de] hecho" en el artículo 34, inciso 1) del Código Penal argentino se encuentran comprendidos: todos los elementos constitutivos de la infracción, aparte del propósito o intención del autor; causas de justificación y exculpación y las circunstancias de punibilidad.

3.2.2 Teoría de la culpabilidad

La teoría de la culpabilidad conduce al mismo resultado que la teoría unitaria y que la teoría del dolo, esto es, exclusión de la punibilidad. Lo anterior, en tanto que el dolo es visto como un elemento constitutivo del tipo, quien actúa sujeto a error lo hace sin dolo (desconoce una circunstancia perteneciente a la conducta típica), así lo regula también en Alemania el artículo 16 del StGB.

Zaffaroni ha esquematizado la teoría del error de tipo de la siguiente forma: a) El error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa (sea vencible o invencible); b) Cuando es vencible habrá tipicidad culposa si existe el respectivo tipo culposo; c) Cuando es invencible elimina también la tipicidad culposa de la conducta.

3.3 Error de prohibición

Además de la discusión acerca de la teoría unitaria y la teoría de la culpabilidad, existe en la dogmática argentina la discusión acerca de si el error de prohibición contiene también

81. Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires 1982, T. IV, p. 184.

82. Zaffaroni, *op. cit.* [Np. 81], T. IV, p. 184; Nino, *op. cit.* [Np. 77], p. 160; Herrera, *op. cit.* [Np. 77], p. 91; Álvarez, *op. cit.* [Np. 77], p. 28; Garibaldi/Pitlevnik, *op. cit.* [Np. 77], p. 111; Creus, *op. cit.* [Np. 77], p. 338.

83. Así Welzel y Jescheck citados por Garibaldi/Pitlevnik, *op. cit.* [Np. 77], p. 111.

84. Cfr. Sancinetti, *op. cit.* [Np. 77], p. 1 ss.; *op. cit.* [Np. 75], p. 162 ss.; Álvarez, *op. cit.* [Np. 77], p. 66 ss.; Garibaldi/Pitlevnik, *op. cit.* [Np. 77], p. 95 ss.; *passim* Bacigalupo, *op. cit.* [Np. 51], und Zaffaroni, *op. cit.* [Np. 59]; Nino, *op. cit.* [Np. 77], p. 158 ss.; Herrera, *op. cit.* [Np. 77], p. 124 ss.

85. Creus, *op. cit.* [Np. 73], p. 339 ss.

86. *La teoría estricta del dolo en Argentina fue seguida sobre todo por Soler, Núñez, Fontán Balestra; de acuerdo con dicha teoría no existía el error de prohibición, error iuris non excusat, cfr. Sancinetti, op.cit, [Np. 77], p. 10.*

87. Zaffaroni, *op. cit.* [Np. 81], T. III, p. 340, de manera similar Bacigalupo, *Lineamientos, Lineamientos de la teoría del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 90, Sancinetti, *op. cit.* [Np. 77], p. 3.

el error sobre la punibilidad (*Sancinetti*) o no (*Zaffaroni*), esto es, si el error al subsumir⁸⁸ debe ser tratado como un error de prohibición. En esencia se trata del contenido que se quiera dar a la palabra "criminalidad" en el artículo 34, inciso 1) del Código Penal argentino. Se trata, pues, más que todo, de un problema de interpretación de la ley.

3.3.1 Teoría unitaria

De acuerdo con la teoría unitaria, el error invencible de prohibición excluye la responsabilidad. Si el error es vencible, la conducta es sancionable como culposa, siempre y cuando exista un tipo culposo. La diferencia entre la teoría unitaria y la teoría del dolo consiste en que la teoría unitaria interpreta que "error de hecho" en el artículo 34, inciso 1), encierra tanto el error de tipo como el error de prohibición y también el error sobre la punibilidad, la teoría del dolo, por su parte, conduce al mismo resultado, no es punible la acción, sin embargo el dolo no es un elemento del tipo sino un elemento de culpa.

3.3.2 Teoría de la culpabilidad

La dogmática argentina adoptó el concepto final de la acción, entre otros por influencia de *Armin Kaufmann*, *Welzel* y las ideas de *Baumann* y *Maurach*, entre otros⁸⁹. La opinión dominante acepta la teoría de la culpabilidad, sin embargo los antecedentes del artículo 34, inciso 1) del Código Penal argentino desempeñan un papel importante. Hacer ahora un análisis completo de la problemática no es posible, no obstante, han sido seleccionados dos autores que pertenecen y representan a unos de los más destacados en la dogmática argentina: *Eugenio Raúl Zaffaroni*, un reconocido representante del finalismo en América Latina y *Marcelo A. Sancinetti*, uno de los más importantes dogmáticos argentinos actuales⁹⁰.

3.3.2.1 *Eugenio Raúl Zaffaroni*

De acuerdo con *Zaffaroni*, el error de prohibición es el que impide la comprensión del carácter y entidad del

injusto del acto solamente. Así, el error de prohibición se refiere solo a la comprensión de la antijuridicidad pero no al conocimiento de los elementos objetivos de la tipicidad. La diferencia entre el error de tipo y el error de prohibición consiste pues, en que en el error de tipo, el autor cree que lo que hace es otra cosa, mientras que en el error de prohibición, sabe lo que hace, sin embargo no puede motivarse por falta de comprensión. Comprensión de la criminalidad significa que el autor debe abarcar con su acción los siguientes elementos:

a) Los elementos objetivos del tipo dados en la realidad; b) La antijuridicidad como penalmente relevante; c) Las circunstancias que hacen a la existencia de un cierto ámbito de autodeterminación para el sujeto.

Bajo a) se encuentra el error de tipo, bajo b) el error de prohibición y bajo c) el error sobre la concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad. Comprensión de la criminalidad no significa conocimiento de la punibilidad, pues esta no es un requisito de la criminalidad, sino que, más bien, la criminalidad es un presupuesto de la punibilidad.

El error de prohibición impide solo la comprensión del carácter y la entidad del hecho, pero no protagoniza ningún papel en cuanto a la tipicidad del hecho. En este sentido tiene mayor similitud con una causa de exclusión de la culpabilidad, pues el error de prohibición no impide el conocimiento de la antijuridicidad, sino que limita el ámbito de acción del autor. El error sobre la punibilidad es irrelevante, el error al subsumir no juega ningún papel, entre tanto no es ningún error de prohibición. El error sobre la magnitud y el grado del injusto no excluye la culpa, el autor será en tal supuesto sancionado de acuerdo con su representación, esta es la única hipótesis del error invencible de prohibición que no excluye la culpa.

El límite de la culpa lo constituye la representación de autor. *Zaffaroni*⁹² esquematiza su teoría del error de la siguiente forma:

88. Llamado por *Zaffaroni* error de subsunción.

89. Cfr. Chirino/Houed, *op. cit.* [Np. 56], p. 29.

90. De esta problemática se ocupa también Bruzzone, *El error sobre los elementos normativos del tipo: entre los criterios de racionalidad final y la coherencia dogmática*, Separata de Lecciones y Ensayos, N° 60/61, Universidad de Buenos Aires; Abeledo Perrot. Córdoba, *Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación. Error de tipo, de tipo permisivo o de prohibición?*, Lecciones y Ensayos, pp. 33-49.

91. Cfr. *Zaffaroni*, *op. cit.* [Np. 81], T. IV, p. 183 ss.

92. Cfr. *Zaffaroni*, *op. cit.* [Np. 81], T. IV, p. 193

EL ERROR DE PROHIBICIÓN HACE INEXIGIBLE LA COMPRENSIÓN

Del carácter del injusto		O de la entidad del injusto	
Por error directo (sobre la norma prohibitiva)	O por error indirecto (sobre el precepto permisivo)	Por desconocimiento de la relevancia penal	O por desconocimiento de la magnitud o grado del injusto
- afectando el conocimiento de su existencia o alcance - o afectando solo la comprensión de la misma (error de comprensión)	- por falsa suposición de una causa de justificación que la ley no admite o por error acerca del alcance de una reconocida - o por falsa suposición de una situación objetiva de justificación (justificación putativa)		- por falsa suposición de atenuantes - por error de subsumición
Siendo invencible produce inculpabilidad		Siendo invencible disminuye la culpabilidad	

3.3.2.2. *Marcelo A. Sancinetti*

Para efectos del presente análisis, se presenta primero la crítica de Sancinetti a la posición de Zaffaroni, luego la teoría de Zielinski⁹³ de acuerdo con el mismo Sancinetti, que, como se verá, influyó la posición de Sancinetti y finalmente se analiza la posición del mismo Sancinetti.

3.3.2.2.1 *Crítica de Sancinetti a Zaffaroni*

De acuerdo con Sancinetti⁹⁴, Zaffaroni parte de que el autor comprende la entidad del hecho. Entidad significa, para

Zaffaroni, que el autor no solo debe comprender la antijuridicidad del hecho, sino que el hecho tiene una determinada entidad penal, es decir, deberá comprender la "criminalidad" del hecho⁹⁵. Si el autor cree que el hecho que realiza no es un delito, ya sea delito en sentido estricto o contravención⁹⁶, sino que el hecho se presenta al autor como una siempre falta administrativa (sic), y el error resulta para el autor invencible, dicho error excluye la culpa por tanto el autor no puede comprender la criminalidad del hecho.

El error al subsumir no desempeña aquí ningún papel, pues la culpa se excluye en primera instancia por el error de prohibición y el autor no ha podido comprender que el hecho que realizó es un hecho punible. Para *Sancinetti*, en

93. Sancinetti tradujo al castellano el libro de Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973.

94. Cfr. Sancinetti, *Error, dolo y culpabilidad*, en *NPP*, abril-setiembre de 1976, p. 267 ss., Zaffaroni, *op. cit.* [Np. 81], T. IV, p. 188.

95. Cfr. Armin Kaufmann, "Actas" Buenos Aires 1973, citado por Zaffaroni, *op. cit.* [Np. 81], T. IV, p. 186.

96. *En el Derecho alemán se diferencia entre Verbrechen o Vergehen, delitos o faltas, aquellos se distinguen de estas, por el monto de la pena mínima que, de acuerdo con el 12 StGB, es de un año.*

este caso, resulta falso clasificar el error como un error de prohibición, piensa que la prohibición no puede hacerse depender de la entidad del hecho. Continúa señalando que el artículo 34, inciso 1) del Código Penal argentino reconoce el error de punibilidad, esto significa que quien reconoce la antijuridicidad del hecho, pero no la criminalidad, se encuentra en un error de punibilidad, el cual para *Zaffaroni* es irrelevante, pero que para *Sancinetti*, según se colige, debe recibir el tratamiento del error de prohibición. En este caso, resulta interesante que *Sancinetti* se basa en que el artículo 34, inciso 1) del Código Penal argentino debe tener las mismas consecuencias del artículo 17 del StGB.

3.3.2.2 Teoría de Diethart Zielinski

Zielinski⁹⁷ parte de la base de que para la exclusión de la punibilidad no basta con creer erróneamente que se actúa amparado por una causa de justificación. Resulta importante constatar si el autor comprobó la existencia de las circunstancias que justificarían el hecho, en tal supuesto se excluye la responsabilidad, o el autor ha actuado con culpa, de tal forma que la responsabilidad culpable permanece. El error vencible sobre las circunstancias de una causa de justificación no excluye el dolo, pero sí la culpa, pues la voluntad del autor, de actuar de acuerdo a derecho, excluye la antijuridicidad. Si el error es vencible, la responsabilidad culpable subsiste, pues el autor no verificó la concurrencia del estado de necesidad justificante. Zielinski llega, en todo caso, a las mismas consecuencias a las que ha llegado la teoría de los elementos negativos del tipo, desde el punto de vista de la antijuridicidad, y la teoría limitada de la culpabilidad, desde el punto de vista de la culpabilidad.

3.3.2.3 Posición de Sancinetti

Sancinetti siguió anteriormente la teoría estricta de la culpabilidad, entre tanto sigue ahora como Zielinski la teoría limitada de la culpabilidad⁹⁸. Considera la solución a la que llega la teoría limitada de la culpabilidad como ventajosa, para él existe un *numerus clausus* para delitos culpables, cuando se trata de un error de tipo, sin embargo un *numerus apertus*, cuando se trata de un error sobre las circunstancias constitutivas de una causa de justificación.

4. Resumen

La teoría argentina del error tiene muchas particularidades que no se encuentran en la dogmática española ni en la costarricense. A pesar de que la dogmática argentina sigue ampliamente la dogmática alemana, existe una diferencia en el tenor literal de ambas legislaciones, al contrario de España y Costa Rica, las cuales se apoyan más en los artículos 16 y 17 del StGB. Es importante destacar que en ninguna otra parte de Latinoamérica se ha discutido más acerca de las concepciones causalistas y finalistas de la acción que en Argentina.

Resultado

Se puede desprender del presente estudio, que la dogmática alemana ha tenido gran influencia sobre la dogmática extranjera. No obstante, los desarrollos dogmáticos son diferentes dependiendo del país que se trate. En España la influencia de la dogmática alemana se remonta hasta finales del siglo XIX, la cual no solo resulta evidente sino considerable. Tal hecho se observa hoy día no como un fenómeno, sino más bien como algo normal en las relaciones jurídico-científicas germano-españolas.

En Costa Rica la situación es un tanto diferente, la influencia de la dogmática alemana se remonta hasta mediados de la década de los setenta. Aunque, con la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal (que entró en vigencia el 1° de enero de 1998) y el proyecto de Código Penal tiende a incrementarse de manera clara.

En la dogmática argentina, a pesar de que tiene un desarrollo propio, encuentra sus fundamentos en la dogmática alemana en muchos aspectos. Esa influencia se remonta a la década de los cuarenta, luego de la publicación del Derecho Penal argentino, de *Sebastián Soler*, en 1940, aunque anteriormente se puede decir que existía ya una cierta influencia alemana en la dogmática argentina, fue *Soler* quien abiertamente inició el proceso.

La teoría del error es solo un ejemplo de la influencia de la dogmática alemana sobre el derecho

97. Ver *Sancinetti*, op. cit. [Np. 77], p. 14 ss.

98. *Sancinetti*, op. cit. [Np. 77], p. 22.

hispanoamericano, que como se apreció, cada uno de los países analizados ha desarrollado de manera distinta. En Latinoamérica se han inventado pocas teorías, lo cual no es de asombrarse, pues desde la época del colonialismo se importó un sistema jurídico de España y el proceso se ha repetido en otras oportunidades, con los nuevos descubrimientos y teorías.

Como corolario a las presentes reflexiones surge una pregunta ¿que sucedió en España?, pues en principio la dogmática española fue la que influyó sobre

la alemana, sin embargo, el proceso se invirtió hace más de cien años. Encontrar una respuesta a dicha pregunta nos es posible con este estudio, pese a ello, es claro que la dogmática alemana, hoy día, no solo es muy importante en el extranjero sino que es objeto de estudio en muchos países. Si se pudiera entender cómo logró Alemania revertir el fenómeno indicado, sería posible desarrollar una propia dogmática en otros países, que al mismo tiempo esté acorde, no solo con cada país y cada sistema jurídico, sino también con cada legislación, esto es, una DOGMÁTICA PROPIA.



Xilografía de Hemán Arévalo
"San José"

PERCEPCIÓN DE LOS JUECES DE JUICIO SOBRE EL PAPEL DE SUS SENTENCIAS EN LA SEGURIDAD CIUDADANA

Jenny Quirós Camacho Jueza del Tribunal Penal, I Circuito Judicial de San José

*Carlos Jovel Sánchez
Juez Penal de Turno Extraordinario
Gustavo Cedeño Monge
Juez Contravencional de Desamparados*

INTRODUCCIÓN

El tema de este trabajo ha sido seleccionado tomando en consideración una interrogante surgida con respecto a los jueces de juicio del Poder Judicial de Costa Rica, pues se habla del problema de la seguridad ciudadana en todos los medios, pero se ignora concretamente cuál es el papel que ellos se disponen a cumplir en relación con ese fenómeno.

En primer lugar, nos avocamos a estudiar el antecedente que existía en relación con el tema, a saber, la encuesta de la firma Unimer, patrocinada por el PNUD, del primer semestre de 1999, de la cual se obtuvo, entre otros temas de interés nacional, los siguientes datos de importancia para nuestra exploración:

- 1.- Que según el criterio del 50,9% de los encuestados, el principal problema que enfrenta el país es el fenómeno de la seguridad ciudadana.
- 2.- Que en una medición de cero a diez, relativa al nivel de confianza que tiene el costarricense en las instituciones, los Tribunales de Justicia se ubicaron en el quinto lugar con un 5,7% de contabilidad, específicamente por debajo de la Iglesia Católica 6,8%, la Defensoría de los Habitantes 6,7%, el Organismo de Investigación Judicial 6,1% y los Medios de Comunicación 5,8%.
- 3.- Que a la pregunta acerca del desempeño de los Tribunales de Justicia, los encuestados se refirieron de la siguiente manera: a.- desempeño con excesiva suavidad 56%, b.- desempeño con excesiva severidad 30%, c.- desempeño con justicia 9%, d.- no saben no responden 5%.
- 4.- A la interrogante de qué es lo que les genera más temor respecto de los delitos que se cometen en nuestra sociedad, los encuestados contestaron lo

siguiente: robos y asaltos 57%, tráfico de drogas 16%, agresión a mujeres y niños 8%, homicidios 5%, asaltos y robos a comercios 5%, robo de vehículos 4%, violación de mujeres y menores 3%, robo de viviendas 2%.

Luego practicamos una encuesta a un 46,60% del total de los jueces de juicio, en materia penal, de todo el país. Dicha encuesta presenta preguntas cerradas relativas a tres grandes áreas: datos personales de los encuestados, situación económica social y condición laboral y de especialización de los encuestados.

Por otra parte, también incluye cuatro preguntas abiertas relativas al tema de la investigación y delimitadas de la siguiente manera: el concepto que se maneja del fenómeno de la seguridad ciudadana, el papel de las sentencias de los jueces de juicio en dicho fenómeno, su opinión respecto del criterio que tiene la ciudadanía en cuanto a su función judicial y, finalmente, si ellos, como jueces, consideran que son responsables del fenómeno de la seguridad ciudadana. No obstante, por motivos de espacio, incluimos en el presente resumen únicamente lo relativo a las preguntas sobre el papel de las sentencias y la responsabilidad de los jueces en el fenómeno en estudio. Los datos relativos al concepto que manejan los jueces acerca de seguridad ciudadana, así como su opinión respecto del criterio que tiene la ciudadanía en cuanto a su función judicial, pueden ser consultados en los registros del trabajo original.

Los objetivos planteados consistieron en:

- 1.- Explorar la percepción del juez acerca del papel de sus sentencias en relación con la seguridad ciudadana.
- 2.- Confrontar si dicha percepción coincide con la de la ciudadanía, en cuanto al papel que deben desempeñar las sentencias de los jueces en la seguridad ciudadana.

Como hipótesis de trabajo formulamos la siguiente: "Los jueces no consideran que la función de sus sentencias, esté vinculada con la seguridad ciudadana".

El reporte de la investigación se estructuró de la siguiente manera: una primera sección de aspectos generales. En ella se transmitirá al lector la importancia que podría tener la exploración del tema escogido, así como los conocimientos básicos relacionados con la seguridad ciudadana. Una segunda parte expondrá estadísticamente los resultados de la encuesta realizada y, finalmente, una tercera parte analizará tales resultados a la luz del marco teórico que está conformado por una aproximación a la Teoría de los Roles y a la Teoría de la Percepción Social. Por último se expondrán las principales conclusiones.

SECCIÓN PRIMERA: ASPECTOS GENERALES

Elias Carranza, entiende la "seguridad de los habitantes" como, un término amplio, el cual debe comprender no solo la tranquilidad de no ser víctima de hechos delictivos, sino también la de poder vivir en un Estado Constitucional de Derecho y la de participar de los beneficios del desarrollo en materia de salud, educación, vivienda, recreación y todos los demás ámbitos del bienestar social.

Para este autor, dicho concepto significa el "desarrollo humano sostenible", esto es, que todos y todas deben tener igual acceso a las oportunidades de desarrollo ahora y en el futuro, amparados en la equidad como principio rector.

Explica el autor, que el concepto de "seguridad ciudadana" tiene malos antecedentes en América Latina, ya que se utilizó, primero, por parte de las fuerzas armadas y las policías militarizadas a finales de los años setenta e inicio de los ochenta, en los países que sufrieron las dictaduras militares, o que comenzaban a salir de ellas, entendido como un "vocablo renovado" pero de similar contenido al de "la doctrina de la seguridad nacional", que se había originado durante la guerra fría y sus resultados han sido sintetizados en páginas de horror en los anales de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y organismos tales como Amnistía Internacional.

Como podemos apreciar de la definición inicial, el concepto de seguridad ciudadana o de los habitantes alude a distintos campos de acción, tales como la administración de justicia, la realización efectiva de una opción política, la salud, la educación, la vivienda, y hasta la recreación. En lo que atañe a la presente investigación, el mencionado autor expone que "inseguridad" viene a ser sinónimo de temor al delito, sea real o imaginario¹.

Esta consideración del imaginario, que en nuestro criterio es un componente inescindible del concepto de seguridad ciudadana, es compartido por la autora Laura Chinchilla, según la cual el fenómeno de la seguridad ciudadana se debe analizar desde dos facetas o niveles: por una parte la realidad y por otra la percepción.

La primera se nutre de la criminalidad, acepción que se encuentra construida sobre múltiples aspectos de naturaleza técnica y material. La dificultad radica en poder conocer el número objetivo de delitos que se presentan en un momento y lugar determinado (cifra negra), así como las categorías en que estos se dividen (cuello blanco, delincuencia común, etc.).

En segundo término, se encuentra el elemento de la percepción de la inseguridad, que está determinado por el sentir de los grupos o categorías de ciudadanos, quienes estiman que la delincuencia aumenta sin cesar y que se traduce en sentirse inseguros, o muy inseguros, ya sea a nivel del país, en el barrio, en la calle o el hogar donde viven. Lo anterior implica que pretenden vaticinar cuándo van a ser asaltados o robados, y generalmente tienen la opinión de que los cuerpos policiales y los tribunales de justicia son incapaces de enfrentarse en forma satisfactoria al problema de la delincuencia².

En suma, el concepto de seguridad ciudadana tiene dos aristas, una objetiva, que es la comisión de conductas delictivas que se dan en un determinado momento y lugar. Y otra subjetiva, que es la percepción que tiene la ciudadanía de ese lugar, respecto de las conductas delictivas.

Es un problema importante determinar si la percepción que tiene la ciudadanía responde a la realidad concreta, y en caso contrario, determinar si la discordancia

1. CARRANZA, Elias, *Delito y seguridad de los habitantes*, San José, Editorial Siglo XXI, 1997, pp. 15-24.

2. CHINCHILLA, Laura, "La seguridad ciudadana: el caso costarricense", San José, publicado en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 73, 1992, pp. 12-22-23.

obedece a factores como la desinformación o la incorrecta información de los medios de prensa, respecto del fenómeno delictivo.

Pero el asunto que ahora nos ocupa es otro: determinar cómo se autoubican los jueces frente a tales situaciones, lo cual tendrá por virtud desnudar un poco al amo al que están sirviendo los jueces de juicio en nuestro país.

SECCIÓN SEGUNDA: PERCEPCIÓN DE LOS JUECES DE JUICIO SOBRE SU FUNCIÓN EN RELACIÓN CON LA SEGURIDAD CIUDADANA

De conformidad con la jefatura de salarios del Departamento de Personal del Poder Judicial, en el segundo semestre de 1999, Costa Rica contaba con 103 jueces de juicio, designados en el ámbito administrativo con la categoría profesional de Juez 4, encargados de impartir justicia en materia penal.

Se escogió una muestra de 48 jueces, a los que se les practicó la encuesta, repartidos proporcionalmente al número de ellos, nombrados en cada zona de competencia jurisdiccional a nivel nacional.

Tal muestra representa un 46,60% de la totalidad de dichos funcionarios en todo Costa Rica. El criterio seguido para practicar la misma es de orden estrictamente geográfico, por cuanto abarca todos los circuitos judiciales del país, siendo que otras variables fueron dejadas al azar, tales como, años de servicio, condición laboral, edad, sexo, estado civil, etc.

Las características de la muestra, son las siguientes: el 97,92% de los jueces nunca ha recibido capacitación en lo que al fenómeno de la seguridad ciudadana se refiere. Solo un 29,16% tienen una especialidad en materia penal o en administración de justicia penal. Un 60,41% tiene un ingreso familiar mensual que no sobrepasa los 700 mil colones, un 31,25% tiene un ingreso familiar mensual de hasta 1 millón de colones, y un 8,33% tiene un ingreso familiar mensual de un millón a un millón y medio de colones. Un 60,41 % de los encuestados son los que llevan de manera exclusiva el sustento económico a su familia, en tanto el resto cuenta con otros aportes. Un 70,83% de los encuestados se considera de la clase media-media, un 20,84% consideran que pertenecen a la clase media-alta, y ninguno de los jueces se ubicó dentro de la clase alta.

A la pregunta de si considera que a través de las sentencias que dicta coadyuva a la seguridad ciudadana, los jueces se manifestaron de la siguiente manera: un 73% contestó afirmativamente, un 25% contestó negativamente,

en tanto un 2,08% contestó tanto afirmativa como negativamente.

Como vemos, a partir de este momento se empieza a desvirtuar nuestra hipótesis de trabajo, pues en un alto porcentaje los jueces sí consideran que su función se encuentra vinculada con la seguridad ciudadana. Pero más interesante aun, resultó para nosotros la justificación de las respuestas, tanto de aquellos que afirmaron que sus sentencias coadyuvan con el fenómeno de la seguridad ciudadana, como de aquellos que contestaron en sentido contrario, y que optamos por transcribir en grupos de afinidad:

- a.- "Sí, por cuanto al sentenciar se evita que los condenados cometan otros delitos y se les castiga de forma ejemplarizante para el resto de la sociedad" (12,5%).
- b.- "Sí, se ayuda porque se logra separar temporalmente al sujeto que no sabe comportarse en sociedad y se pretende que con ello se regenere, lo cual genera satisfacción y seguridad a los ciudadanos, al menos mientras que los delincuentes se encuentran privados de libertad" (10,46%).
- c.- "Sí, por cuanto la sentencia coadyuva cuando es dictada de manera pronta, por cuanto así ayuda a dar prevención general y especial pero no se logra a cabalidad si el sistema penitenciario no se constituye como un medio para la reinserción del agente a la convivencia social" (8,33%).
- d.- "Sí, para que se penalice a quien cometa actos indebidos y así garantizar la convivencia estable" (6,25%).
- e.- "Sí, con sentencias justas la gente se siente segura del sistema y satisfecha" (6,25%).
- f.- "Sí, porque con una sentencia se le hace ver a una persona lo que le sucede por violar el orden social" (2,08%).
- g.- "Sí, en parte pero poco" (2,08%).
- h.- "Sí en parte, el hecho de mandarla a la cárcel no arregla el problema porque la persona no se rehabilita, ni existe prevención general" (2,08%).
- i.- "Sí, los fallos en montones de casos tienen una enseñanza para la población, vecinos, testigos, familia, etc. La gente buena se da cuenta que no debe meterse en problemas" (2,08%).

- j.- "Sí, en tanto que se solucione conflictos sociales, pero no es determinante pues depende del resto de las esferas en que cada uno se desenvuelve" (2,08 %).
- k.- "Sí, incide sobre la perspectiva de las actuaciones arbitrarias del Estado impidiéndolas, pero no tiene mayor posibilidad sobre los factores criminógenos" (2,08 %).
- l.- "Sí, el juez impone la pena, manifestando el poder punitivo del Estado, aunque no tiene carácter preventivo" (2,08 %).
- m.- "Sí es nuestro deber imponer la sanción sin temor cuando el caso lo amerita y absolver cuando no exista razón para condenar. En muchos casos debemos actuar preventivamente para evitar males mayores" (2,08 %).
- n.- "Sí, porque no solo implica la condena del culpable sino la absolución del inocente" (2,08 %).
- ñ.- "Sí porque aplicamos nuestro ordenamiento y respetamos nuestra Constitución" (2,08 %).
- d.- "No, porque las sentencias no cumplen con las expectativas del ciudadano, hay mucha incongruencia entre lo resuelto y lo ejecutado" (2,08%).
- e.- "No, el juez es garante de los derechos de las partes, no el encargado de velar por la seguridad ciudadana" (2,08%).
- f.- "No, el delincuente no se motiva en la posibilidad de ser sancionado para no delinquir, sino que conocedor de la flaqueza del sistema sabe que una condena no representa mayores problemas a su persona" (2,08%).
- g.- "No, a lo que se contribuye es al estado de Derecho" (2,08%).
- h.- "No, es una labor del Ejecutivo y de la policía criminal, lo nuestro es la solución del caso concreto" (2,08%).

El porcentaje que contestó tanto afirmativa como negativamente indicó: "No, por cuanto solo sirve para resolver el caso concreto y Sí, porque es un modelo ejemplarizante para los demás" (2,08%).

Las personas que contestaron negativamente justificaron así sus respuestas:

- a.- "No, porque la sentencia se dicta para administrar justicia y aplicar la ley y no sirve para evitar que se den más delitos por eso es un fenómeno complejo que no se soluciona con dictar sentencias" (6,25 %).
- b.- "No, porque la sentencia no está dirigida a resolver problemas de seguridad, sino a resolver el conflicto concreto" (4,16 %).
- c.- "No es problema del Poder Judicial es el Poder Ejecutivo mediante el uso de la policía administrativa. El juez solo es garante de los derechos de los ciudadanos" (4,16 %).

En virtud de que esta exposición es descriptiva y no analítica o crítica, nos reservamos el comentar las respuestas anteriores. Dejamos al lector una imagen clara de cómo piensan nuestros jueces en relación con este tema, confiando en que tanto esto como las características socioeconómicas expuestas sean un instrumento que dé origen a riquísimos comentarios posteriores de otros autores.

A continuación, con el propósito de que el lector pueda analizar el contenido de las respuestas a esta pregunta, en relación con las variables expuestas al inicio, presentamos el siguiente cuadro en donde se toman en cuenta las variables de especialización académica, clase social, ingreso económico, condición laboral, sexo, lugar de trabajo y años de servicio.



VARIABLE	PORCENTAJE AFIRMATIVO DEL TOTAL DE LA MUESTRA	PORCENTAJE NEGATIVO DEL TOTAL DE LA MUESTRA
Con especialidad	18,75%	10,41%
Sin especialidad	52,08%	18,75%
Zona urbana	41,66%	20,53%
Zona rural	25%	6,25%
Ambas	6,25%	0
Ingreso hasta 700 mil colones	45,83%	16,66%
Hasta 1 millón de colones	25%	4,16%
Hasta 1.5 millones de colones	2,08%	6,25%
Se considera clase media baja	2,08%	6,25%
Se considera clase media media	62,5%	10,41%
Se considera clase media alta	6,25%	10,41%
Se considera clase alta	0%	0%
Hombres	50%	16,66%
Mujeres	22,91%	10,41%
Propiedad	18,75%	8,33%
Interino	54,16%	18,75%
Años de servicio		
1 a 3 años	2,08%	0%
3.1 a 5 años	0%	0%
5.1 a 8 años	10,41%	2,08%
8.1 a 10 años	10,41%	2,08%
10.1 a 15 años	27,08%	12,5%
15.1 a 20 años	14,58%	6,25%
Más de 20 años	10,41%	4,16%

Ahora bien, los porcentajes presentados se aportan en relación con la totalidad de la muestra, pero conviene, a modo de simple aproximación, establecer los porcentajes específicos según cada variable, a efecto de determinar si alguna variable incide en el concepto que tengan los jueces sobre la incidencia de sus fallos en el fenómeno de la seguridad ciudadana: así por ejemplo, un 64% de los jueces que tienen especialización académica, consideran que al dictar sentencia coadyuvan en el fenómeno de la seguridad ciudadana y un 35% de los especialistas consideran lo contrario.

Por otra parte, de aquellos encuestados que no tienen especialización, el 76,5% indicaron que las sentencias son instrumento útil para coadyuvar en el fenómeno de la seguridad ciudadana, mientras que el 23,5% son contrarios a esta tesis. En conclusión, es menor el porcentaje de los jueces con especialización que consideran que sus sentencias coadyuvan en el fenómeno de la seguridad ciudadana, que el porcentaje de aquellos que consideran lo mismo, pero que no tienen especialidad. La diferencia entre ambos segmentos es de un 12,5%, lo cual representa un porcentaje importante.

Respecto de los jueces que laboran en zona urbana, el 66,66% son coincidentes en afirmar que sus sentencias sí coadyuvan en el fenómeno de la seguridad ciudadana. Por el contrario, el 33,33% sostienen que no.

En el grupo de jueces que trabajan en área rural, el 80% coinciden en el carácter útil de sus sentencias para con el fenómeno de la seguridad ciudadana, mientras que el 20% opinan lo contrario. En cuanto a los jueces que manifestaron trabajar en ambos tipos de zona, el 100% contestó positivamente en lo que a esta pregunta se refiere. Esto refleja que los jueces de zona rural son más proclives a considerar que con sus fallos inciden en la seguridad ciudadana, es decir, un 80% frente a un 66,66% de los jueces de la zona urbana, a saber, una diferencia de un 13,34%.

Con base en el marco teórico de la presente investigación, y en especial fundamentándonos en la Teoría de los Roles Sociales, lo anterior podría justificarse si tomamos en cuenta que el juez que labora en área rural presenta un papel de mayor relevancia a nivel institucional y público frente a un grupo poblacional más reducido que en las ciudades (gran área metropolitana), con fundamento en lo cual es lógico pensar que al tener mayores lazos de comunicación y de ser reconocido como figura pública en el pueblo donde labora, presenta un mayor compromiso laboral, moral e institucional con su comunidad, mientras que el juez del área urbana, contrariamente —sobre todo en los últimos años con la creación de los megadespachos judiciales— diluye su imagen como cualquier otro empleado, por la existencia de más jueces de su propia área, de otras materias, así como por el resto de empleados que laboran para el Poder Judicial, de tal suerte que no se identifica con comunidad alguna, lo que hace que su condición de juez pase más inadvertida que la de un juez que labora en área rural.

En relación con la incidencia que pueda tener el nivel de ingreso económico familiar, como dato, acerca de la situación socioeconómica del encuestado, tenemos lo siguiente: de aquellos jueces que se ubicaron en un ingreso de hasta 700 mil colones, el 73% contestó positivamente en el sentido de que sus sentencias coadyuvan a la seguridad ciudadana, mientras que el 27% contestó negativamente a tal extremo.

Por su parte, de los jueces que señalaron que perciben ingresos de hasta un millón de colones, el 85,70% son contestes en creer que con sus sentencias coadyuvan en el fenómeno de la seguridad ciudadana, mientras que el 14,30% niegan tal afirmación.

Finalmente, de los jueces que afirmaron tener ingresos mensuales de hasta 1.5 millones de colones, el 25% afirmó

estar de acuerdo con que sus sentencias coadyuvan en el fenómeno de la seguridad ciudadana, mientras que el 75% considera lo contrario. Notamos entonces cierta tendencia de los jueces de menor ingreso económico familiar (hasta 700 mil colones) y de mediano ingreso (hasta 1 millón) a considerar que sus fallos inciden en la seguridad ciudadana, (un 73% y un 85%, respectivamente), mientras que los jueces que afirman devengar hasta 1.5 millones de colones son, en su mayoría, contrarios a afirmar algún tipo de utilidad de sus sentencias respecto del fenómeno de la seguridad ciudadana (un 75%). Lo anterior nos lleva a plantear que, aunque esta variante no nos conduce de manera definitiva a que el ingreso económico sea criterio único y excluyente de otros para que los jueces decidan si coadyuvan o no con sus sentencias en el mejoramiento de la seguridad ciudadana, sí refleja una tendencia de aquellos que cuentan con un ingreso familiar mayor al millón de colones, aunque estos jueces, numéricamente considerados, no son un porcentaje representativo de los jueces de juicio costarricenses.

En relación con la autopercepción de la clase social a que pertenecen, entre los jueces que se ubicaron en la clase media-baja, un 25% afirmó estar de acuerdo con el carácter útil de sus sentencias en el fenómeno de la seguridad ciudadana, mientras que un 75% negó algún valor a sus sentencias, en lo que a ese fenómeno se refiere.

De los jueces que se ubicaron en la clase media-media, el 86% contestó afirmativamente acerca de la incidencia de sus sentencias en la seguridad ciudadana, mientras que el 14% negó tal efecto a las sentencias que dictan.

Finalmente, de los jueces que se ubicaron en la clase media-alta, el 37,5% estuvo de acuerdo que sus sentencias coadyuvan en el fenómeno de la seguridad ciudadana, mientras que el 62,5% no. Llama la atención el hecho de que quienes se ubicaron en los extremos de las opciones dadas (clase media-baja y clase media-alta) arrojaron datos porcentuales relativamente opuestos a aquellos jueces que constituyen la mayoría y que se ubicaron en la clase media-media. Básicamente tenemos que: 75% de la clase media-baja y 62,5% de la clase media-alta se encuentran frente a solo un 14% de los jueces de la clase media, en una posición negativa en cuanto al papel de las sentencias en el fenómeno de seguridad. Esto parece sugerir que los jueces de clase media-media, tienden a considerar sus fallos como coadyuvantes en el fenómeno de la seguridad ciudadana.

Sería interesante llevar a cabo nuevos estudios para determinar por qué las personas que se perciben en una clase superior, tienden a considerar que sus fallos no inciden en el fenómeno.

Pero más importante aun sería ahondar en la percepción del juez como perteneciente a una clase media baja, frente a la conocida selectividad del sistema penal con respecto a personas de clase baja y media-baja, desde el punto de vista sociológico, lo que implica la figura del juez juzgando a los de su misma clase social. Debemos hacer ver que este fenómeno guarda gran similitud con los porcentajes de la variable recién explicada del ingreso, en donde la porción de jueces que tienen ingresos familiares de hasta 1.5 millones, es parecida a la porción de aquellos que se ubicaron en clase social media-alta, tanto en lo que se refiere a una respuesta positiva, como a una negativa, con respecto al papel de la sentencia que pronuncian, en el fenómeno de la seguridad ciudadana: (25% -37,5% y 75%-62,5% respectivamente).

En relación con el sexo, 69% del total de las mujeres afirmaron que sus sentencias cumplen un papel para coadyuvar en el fenómeno de la seguridad ciudadana, mientras que el 31% piensa lo contrario. Por su parte, en cuanto a los hombres encuestados, el 75% considera que sus sentencias coadyuvan en el fenómeno de la seguridad ciudadana, mientras que el 25% no asume tal posición.

El sexo no es determinante, aunque un pequeño porcentaje, mayor de hombres que de mujeres (6%), considera que sus fallos coadyuvan en el fenómeno de la seguridad ciudadana.

En cuanto a la condición laboral, los jueces en propiedad que dijeron que sí coadyuvan con el dictado de sus sentencias en el fenómeno de la seguridad ciudadana, constituyen un 69% respecto del total; mientras que los jueces propietarios que negaron tal situación constituyen un 31%.

En el caso de los jueces interinos, un 74% estuvo de acuerdo con el carácter utilitario de sus sentencias en el fenómeno de la seguridad ciudadana, mientras que un 26% de los interinos se manifestaron contrarios. Es decir, la variable de la condición laboral (propiedad o interinazgo) no incide en que los jueces consideren que sus sentencias coadyuvan o no en el fenómeno de la seguridad ciudadana; la diferencia es de un 5%, que no los aleja mucho del promedio del 73% del total de los jueces encuestados que son del criterio que sí coadyuvan con el dictado de sus sentencias en el fenómeno de la seguridad ciudadana.

En relación con los años de servicio, concluimos que no ha sido una variable importante en este estudio para definir la concepción de los jueces acerca del papel de sus fallos en la seguridad ciudadana: el mayor porcentaje de jueces que consideraron que con sus sentencias coadyuvan en la seguridad ciudadana, lo constituye el segmento de jueces que tiene de 1 a 3 años de servicio; pese a ello, tal

segmento está formado por un solo juez, que es el único de los entrevistados con menos de 3 años de servicio. Seguidamente, el mayor porcentaje de respuestas positivas lo ocupa el segmento de jueces con 5.1 a 8 años de servicio, que es igual al segmento de jueces con tales respuestas y que tiene de 8.1 a 10 años de servicio, para un 83,33% en cada segmento. La tendencia baja en aquellos encuestados que tienen de 10.1 a 15 años de servicio (68,42%) y se mantiene en descenso en aquellos jueces con 15.1 a 20 años de servicio (66,66%). No obstante, llama la atención que el porcentaje aumentó en el segmento de jueces que tienen más de 20 años de servicio, a un 71,42%.

Como habrá colegido el lector, la pregunta anterior formulada a los jueces pretendía indagar si consideran que de hecho sus fallos inciden en la seguridad ciudadana. Es decir, se les preguntó por el plano del ser y no del deber ser. De modo que se diría que las respuestas arrojadas atañen a un mero efecto que los jueces atribuyen a sus fallos, pero sin poner en entredicho el ideal con que están comprometidos.

Distinta es la siguiente pregunta, que sí versó en cuanto a lo que el juez considera que debe ser su función. Esto es importante porque nos indicará, en qué medida la seguridad ciudadana pasa a ser factor de peso, al momento del dictado de los fallos, incluso más allá de la equidad y la justicia.

Se les preguntó: ¿Es responsabilidad de los jueces de juicio la seguridad ciudadana?

Variable	
Porcentaje de respuestas negativas	Porcentaje de respuestas positivas
Jueces 58,33%	41,66%

En la tabla anterior se incluyen dentro de las respuestas positivas, aquellas que indican que sí es parcialmente responsabilidad de los jueces de juicio el problema de la seguridad ciudadana.

Por respeto al lector y al encuestado incluimos literalmente las justificaciones de las respuestas. Se aclara que algunas de estas clasifican dentro de dos o más grupos, por lo que de seguido fueron incluidas en cuantos grupos pudieron enmarcarse.

Las respuestas negativas son las siguientes: a. "No, es labor de todos y del Poder Ejecutivo que tiene a cargo la policía administrativa (18,62%), b. "No, es de toda la serie de factores políticos, sociales, económicos, que son anteriores al ingreso de las perso-

nas a la sede judicial" (12,5 %), c. "No, estamos para hacer justicia entre las partes" (6,25%), d. "No, es labor de todos los ciudadanos a quienes se les debe educar desde que son niños para vivir y resolver los problemas sociales" (4,16%), e. "No, pero con juzgamientos justos se castiga a los infractores en la justa medida" (4,16%). A partir de las siguientes respuestas cada una tiene un valor de 2,08% y no pudieron ser agrupadas: f. "No, ese es un problema que debe resolverse políticamente mediante mecanismos de prevención", g. "No, corresponde a otro poder de la República", h. "No, la seguridad ciudadana no tiene cabida en el proceso penal ni existen instrumentos diferentes a la pena para garantizarla", i. "No solo es responsabilidad de los jueces de juicio, es asunto de todos", j. "No es función del Poder Judicial por la ausencia de una debida política criminal", k. "No, es de orden administrativo y del Poder Central de Seguridad Pública y de Educación", l. "No, al menos no en la proporción que la opinión pública considera. No, es responsabilidad del Estado Costarricense", m. "No, si bien la correcta aplicación de la ley puede contribuir, no podemos más que aplicar dicha ley".

Las justificaciones de las respuestas afirmativas fueron: a. "Sí, pero no en su totalidad, porque nuestra función es la de impartir justicia y deben también coadyuvar otras

instituciones públicas, como privadas y la sociedad en general" (22,96%), b. "Sí" (4,16%).

A partir de las siguientes respuestas cada una tiene un valor de 2,08% y no pudieron ser agrupadas: a. "Sí, y también de todos los ciudadanos", b. "Sí, no tengo claro el concepto de seguridad ciudadana pero sí creo que todos los de penal tienen responsabilidad", c. "Sí, aunque Daniel González diga que no", d. "Sí, porque es prioridad que los jueces sepan de Estudios Sociales para que tengan conciencia de la Paz Social".

Como vemos, algunas de las respuestas a la pregunta relativa a si es responsabilidad de los jueces de juicio la seguridad ciudadana, son aún más impresionantes que las de la pregunta anterior.

A continuación, con el propósito de analizar el contenido de las respuestas dadas a esta pregunta, presentamos el siguiente cuadro en donde se toman en cuenta las variables de: especialidad, clase social, ingreso económico, condición laboral, sexo, lugar de trabajo y años de servicio.

Se exponen los porcentajes por clase de variable, luego serán analizados por unidad de variable:

VARIABLE	PORCENTAJE DE RESPUESTAS POSITIVAS	PORCENTAJE DE RESPUESTAS NEGATIVAS	RESPUESTAS POSITIVAS EN PARTE
Con especialidad	0%	17%	12.5%
Sin especialidad	10.40%	42%	18.75%
Zona rural	2.15%	14.50%	14.50%
Zona urbana	8.30 %	39.60 %	14.50%
Ambas	0%	4.15%	2.10%
Ingreso hasta 700 mil colones	8.30 %	35.40 %	20.80 %
Ingreso hasta 1 millón de colones	2.10%	16.60%	10.40%
Hasta 1.5 millones de colones	0%	6.25 %	0%
Clase media-baja	0%	6.25 %	2.10%
Clase media-media	8.30 %	35.40 %	27.00 %
Clase media-alta	2.10%	16.60%	0%
C. media y media-alta	0%	0%	2.10%

Años de servicio			
1 año a 3 años	0%	2.10%	0%
3.1 años a 5 años	0%	0%	0%
5.1 años a 8 años	2.10%	8.30 %	2.10%
8.1 años a 10 años	0%	6.25 %	6.25 %
10.1 años a 15 años	0%	22.91 %	14.60%
15.1 años a 20 años	2.10%	14.60%	4.15%
Más de 20 años	6.25 %	4.15%	4.15%
Hombres	10.40%	35.50%	20.85 %
Mujeres	0%	22.90 %	10.40%

De los encuestados que tienen especialidad, el 0% considera que sí es su responsabilidad la seguridad ciudadana. Del mismo grupo, es decir de los que tienen especialidad, un 42% considera que solo en parte es su responsabilidad el fenómeno de la seguridad ciudadana. Del mismo grupo, un 57% estima que no es su responsabilidad el tema de la seguridad ciudadana.

Veamos ahora el grupo de los que no tienen especialidad: un 14% dice que sí es su responsabilidad la seguridad ciudadana, un 26,47% estima que en parte es su responsabilidad la seguridad ciudadana. De ese mismo grupo, un 58,82% indica que no es su responsabilidad la seguridad ciudadana. En conclusión, la variable especialidad determina cierta tendencia a que los jueces no consideren su responsabilidad exclusiva el fenómeno de la seguridad ciudadana, pues de los que tienen especialidad un 0% estima que sí es su responsabilidad la seguridad ciudadana, en tanto de los que no tienen especialidad un 14% estima que sí lo es.

La variable especialidad parece incidir en que los jueces estimen aquello como una responsabilidad solo parcial y no exclusiva, pues así se manifestó un 42% de los jueces con especialización académica, lo cual constituye casi un 16% más de aquellos que dieron la misma respuesta y que no tienen especialidad (26,47%).

Obsérvese que la incidencia de la especialización no determina diferencia alguna para los jueces que consideran que no es su responsabilidad el fenómeno de la seguridad ciudadana, pues los porcentajes son solo un 57% frente a un 58,82%. Quiere decir, entonces, que la especialización solo hace diferencia entre aquellos que consideran que sí es su responsabilidad, pero considerándola una responsabilidad parcial.

En cuanto a la zona de desempeño, los jueces de zona rural, en un 6,66%, dicen que sí es su responsabilidad la seguridad ciudadana, en tanto un 46,66% dicen que sí es responsabilidad suya, pero parcialmente, la seguridad ciudadana, y un 46,66% dicen que no es su responsabilidad.

Veamos de seguido el grupo de jueces de zona urbana: de ellos un 13,33% estima que sí es su responsabilidad el fenómeno de la seguridad ciudadana. Del mismo grupo de encuestados un 23,33% manifiesta que es responsabilidad suya pero solo parcialmente, y un 63,33% considera que no es su responsabilidad el fenómeno de la seguridad ciudadana.

Existen jueces que laboran en zona urbana y rural de los cuales un 33,33% consideran que tienen una responsabilidad parcial frente a la seguridad ciudadana y un 66,66% consideran que no.

Así las cosas, en alguna medida la zona en la que el juez se desempeña incide para formar su criterio respecto de su responsabilidad y el de sus sentencias, en el fenómeno de la seguridad ciudadana, pues aunque el doble de jueces de zona urbana consideraron que sí es su responsabilidad: 13,33% frente a un 6,66% de los de zona rural, fue mayor el porcentaje de aquellos de zona rural que la consideran parcialmente su responsabilidad, esto es, un 46,66% dicen que sí es parcialmente su responsabilidad, en tanto de zona urbana fue solo un 23,33% los que respondieron en igual sentido, es decir, justamente la mitad entre una y otra zona, sintiéndose entonces más responsables, aunque solo en parte, los de zona rural.

Esta tendencia a sentirse más responsable se ve con mayor claridad si sumamos los porcentajes de las respuestas totalmente positivas con las parcialmente positivas. Además, la tendencia anterior parece confirmarse

con aquellos jueces que estimaron que no es su responsabilidad la seguridad ciudadana, pues son más los jueces de zona urbana que consideraron que no, que aquellos de zona rural que contestaron en el mismo sentido. En efecto, un 46,66% de los encuestados de zona rural estiman que no es su responsabilidad la seguridad ciudadana, en tanto un 63,33% de los encuestados de zona urbana estiman que no lo es, es decir, más de un 20% de diferencia.

En síntesis, la variable de la zona en que laboran los encuestados sí es importante en lo que respecta a la consideración de los jueces de lo que debe ser su papel y concretamente el de sus sentencias, en el fenómeno de la seguridad ciudadana, aunque no es definitiva en un 100%.

Respecto de la variable del ingreso económico de los jueces, aquellos que afirmaron tener un ingreso familiar mensual de hasta 700 mil colones, el 13% contestó afirmativamente a la pregunta en estudio, el 55% respondió negativamente y el 32% contestó afirmativamente pero en forma parcial.

Por su parte, de los jueces que afirmaron tener un ingreso familiar mensual de hasta 1 millón de colones, un 7% respondió afirmativamente, un 57% contestó negativamente y un 36% contestó sí en parte.

Finalmente, de los encuestados que afirmaron percibir un ingreso familiar mensual de hasta 1.5 millones, el 100% contestó negativamente.

Observamos, entonces, que los grupos de jueces con ingresos de 700 mil y de 1 millón de colones, inclusive, llevan una línea de criterio muy similar tanto en los extremos de respuesta afirmativa, positiva en parte y negativa.

Sumando los porcentajes de los que consideran que son responsables y aquellos que lo consideran pero parcialmente, tenemos lo siguiente: respecto de los que tienen ingreso familiar hasta 700 mil colones un 45%, frente a un 55% que rotundamente contestó no. Haciendo lo mismo con los jueces cuyo ingreso familiar mensual es de hasta 1 millón de colones, un 43% contestó ser responsables o responsables en parte, frente a un 57% que respondió negativamente tal pregunta.

Llama entonces la atención que la totalidad de los encuestados que tienen mayores ingresos (hasta 1.500.000) consideraron que no es su responsabilidad el fenómeno de la seguridad ciudadana. No obstante, observamos que el ingreso económico de los jueces no constituye una variable totalmente determinante para el investigador, a efecto de negar o afirmar que tal extremo incide en la percepción de los jueces, de si el fenómeno de

la seguridad ciudadana es su responsabilidad o no, pues si el medio millón de colones de diferencia fuere significativo entre el segundo y tercer grupo, debería serlo entre el primero y el segundo, y el estudio demuestra que no lo es, y ni siquiera se sigue una tendencia en ascenso proporcional.

En relación con la percepción sobre la clase social, de los jueces que se ubicaron en clase media-baja, el 75% respondió negativamente a tener responsabilidad alguna en el fenómeno de la seguridad ciudadana y el 25% contestó ser responsable en parte. Respecto de la clase media-media, encontramos que el 11,75% contestó afirmativamente, el 50% contestó negativamente y el 38,25% lo hizo afirmativamente pero en parte. De los que se ubicaron en clase media-alta, el 11,11% contestó ser responsable de la seguridad ciudadana y el 88,88% contestó negativamente. Finalmente un juez, que respecto de la muestra total constituye un 2,08%, afirmó pertenecer simultáneamente a la clase media-media y a la clase media-alta, contestando a su vez que es parcialmente responsable del fenómeno de la seguridad ciudadana, por lo que se constituye en el 100% en esta categoría.

En conclusión, a nivel de la clase media-media encontramos opiniones divididas en la cifra de un 50% a favor y 50% en contra, de ser responsables con respecto al fenómeno de la seguridad ciudadana; mientras que en las clases media-baja y media-alta los jueces arriban a la conclusión de que no son responsables en un 75 y un 88,88%, respectivamente.

En relación con los años de servicio, de 0 a 3 años solo fue entrevistada una persona que consideró que no es responsable de la seguridad ciudadana. De los encuestados con 5 a 8 años de servicio, un 16% consideró que sí es su responsabilidad la seguridad ciudadana, un 16% consideró que lo es en parte y un 66,66% consideró que del todo no lo es. De los encuestados con 8 a 10 años de servicio, un 50% consideró que en parte es su responsabilidad la seguridad ciudadana, en tanto el otro 50% consideró que no lo es. De los encuestados con 10 a 15 años de servicio, un 36,84% consideró que es en parte su responsabilidad la seguridad ciudadana, en tanto un 61,11 % consideró que no lo es. De los que tienen 15 a 20 años de servicio, un 20% consideró que es en parte responsabilidad suya la seguridad ciudadana, en tanto un 70% consideró que no y un 10% consideró que sí es su responsabilidad. De los que tienen más de 20 años de servicio, un 42,85% consideró que sí es su responsabilidad la seguridad ciudadana, un 28,57% dijo que sí pero en parte, en tanto un 28,57% dijo que no lo es.

Se deduce de todo esto, que los años de servicio no son una variable determinante para obtener una tendencia constante acerca del criterio de los jueces en cuanto a su

responsabilidad con respecto al fenómeno de la seguridad ciudadana.

En cuanto a la variable del sexo de los jueces, del total de los hombres un 15,62% dijo que sí es su responsabilidad como juez la seguridad ciudadana, un 31,25% dice que lo es solo en parte, en tanto un 52,12% estimó que no. De las mujeres, un 0% dijo que sí es su responsabilidad el tema de la seguridad ciudadana, un 31,25% dijo que solo parcialmente y un 68,75% dijo que no. En conclusión, una diferencia de menos de 16% determina que las mujeres juezas consideraron, en mayor medida que los hombres, que no es su responsabilidad dentro de su cargo el problema de la seguridad ciudadana. Obsérvese que el mismo porcentaje entre hombres y mujeres estimaron que es su responsabilidad parcialmente.

SECCIÓN TERCERA: EXPLICACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN LA ENCUESTA A LA LUZ DEL MARCO TEÓRICO DOCTRINAL

De los datos expuestos, obtenidos de la encuesta realizada a una muestra representativa de los jueces penales de juicio de Costa Rica en el año 1999, podemos extraer las siguientes observaciones, que conviene analizar a la luz de las Teorías de los Roles Sociales de la Percepción Social.

En primer lugar, la muestra tomada para llevar a cabo la encuesta presenta las siguientes características: el segmento de edad con mayor porcentaje de jueces encuestados se ubica en las opciones de 31 a 35 años con 15 jueces para un 31%. En igual sentido porcentual se encuentran los jueces que se ubican en las edades de 36 a 40 años. Un 70% de los jueces de juicio encuestados son casados, en tanto el restante 30% se reparte entre unión libre, solteros y divorciados, no hay viudos ni viudas. Gran porcentaje de los jueces de juicio provienen de zona urbana (64,84%). El 97,92% de los encuestados nunca han recibido capacitación en lo que al fenómeno de la seguridad ciudadana se refiere. Solo un 29,16% tienen una especialización en materia penal o en administración de justicia penal. El 62,5% de los jueces laboran en zona urbana, básicamente las provincias de Alajuela, Cartago, Heredia y San José, en tanto el resto de jueces (31,25%) laboran en zona rural.

En cuanto a la condición laboral, observamos que un gran porcentaje de los jueces de juicio laboran de manera interina en el cargo que desempeñan (un 72,91%), y tan solo un 27% de ellos realiza sus funciones en su plaza en propiedad. La mayoría de los jueces encuestados (60,41%) tienen un ingreso familiar mensual que no sobrepasa los 700 mil colones. El 70,83% de los jueces de juicio

encuestados se considera de la clase media-media, siendo que solo un 20,84% se consideran pertenecientes a la clase media-alta. Ninguno de los jueces se ubicó dentro de la clase alta.

Existe una diferencia porcentual entre el segmento de jueces que consideraron que a través de sus sentencias de hecho coadyuvan a la seguridad ciudadana (73%) y aquellos que lo consideran como una responsabilidad propia del cargo (41,66%). Es decir, existe un segmento de 30,34% de jueces que consideran que con sus sentencias de hecho coadyuvan a la seguridad ciudadana, aunque no es su responsabilidad.

Otra afirmación importante es que ninguna de las variables estudiadas determina de manera absoluta la noción que tienen los jueces de juicio de su papel ante el fenómeno de la seguridad ciudadana, aunque sí existen tendencias muy marcadas, según pudimos exponer en la sección correspondiente.

¿Qué es lo que determina que un grupo considerable de jueces (73%) realmente crea que sus sentencias inciden en el fenómeno de la seguridad ciudadana y qué es lo que determina que un grupo también considerable considere eso como su responsabilidad o deber?

En 1984, el autor Jodelet, expuso que la noción de representación social además de significar una manera de interpretar y de pensar nuestra realidad, conlleva la actividad mental realizada por individuos y grupos a fin de establecer su posición en relación con situaciones, acontecimientos, objetos y comunicaciones que le conciernen. Para ese proceso lo social interviene mediante el contexto concreto en que se sitúan los individuos y los grupos, la comunicación que se establece entre ellos, los marcos de aprehensión que propician un bagaje cultural y de los códigos, valores e ideologías relacionados con las posiciones y pertenencias sociales específicas.

"Las representaciones sociales constituyen modalidades de pensamiento práctico orientadas hacia la comunicación, la comprensión y el dominio del entorno social, material e ideal. En tanto que tales, presentan características específicas a nivel de organización de los contenidos, las operaciones mentales y la lógica. La caracterización social de los contenidos o de los procesos de representación ha de referirse a las condiciones y a los contextos en los que surgen las representaciones, a las comunicaciones mediante las que circulan y a las funciones a las que sirven dentro de la interacción con el mundo y los demás".

La representación social se define, entonces, por un contenido que se relaciona con un sujeto —las

informaciones, imágenes, opiniones, etc.— en relación con otro sujeto —individuo, familia, clase, etc.— y por lo tanto la representación está en íntima relación con la posición que ocupen los sujetos en la sociedad, la economía y la cultura. Toda representación social es representación de algo y de alguien, entonces hay que tener claro que no es una duplicación de lo ideal o de lo real, sino que constituye el proceso mediante el cual se establece una relación. Esta afirmación es trascendental para el tema de nuestro estudio, a saber la seguridad ciudadana, que como se explicó en la primera sección, si bien comprende un aspecto objetivo, implica un sentir o una representación, que no es otra cosa que la relación que se establece entre la llamada delincuencia y los ciudadanos. Es así como observamos que si ninguna norma positiva (Constitución Política, Código Penal, Código Procesal, Ley Orgánica del Poder Judicial, etcétera) le impone al juez de juicio una responsabilidad dentro del fenómeno de la seguridad ciudadana, sino que limita su deber a la resolución del caso concreto, solamente una idea generalmente aceptada, sin fundamento positivo y menos "natural" o consustancial al cargo, puede justificar que no solo la población en general, sino que los propios juzgadores se hayan permeado de esta idea, que por supuesto ha logrado ser transmitida, aceptada y vivida por toda la sociedad con ayuda de los medios de comunicación masiva.

La teoría de la percepción social establece que hay diversas variables sociales en cuanto a la forma en que los individuos se perciben a sí mismos, su conducta y los estímulos de su medio, y que la posición social influye. En nuestro país los estímulos del medio, constituidos por la opinión popular alimentada por la prensa, llevan al juez a considerarse en determinada posición frente al problema de la seguridad.

A los efectos de explicar las diferencias encontradas en el criterio de los juzgadores dependiendo de su salario y de la clase social a que pertenecen, la teoría de la percepción social nos acerca a una posible solución mediante el concepto de identidades culturales, que también afectan la percepción. En modo alguno consideramos que la diferencia salarial encontrada (de escasos 500 mil colones) conforme una "identidad cultural". Lo que sugerimos es que, desde la teoría de la percepción social, podemos sostener que según sea el "lugar social" donde se ubique el sujeto, así será su percepción de sí mismo, en relación con su entorno y con problemas como el de la seguridad ciudadana.

De igual manera, esta teoría nos ayuda a comprender que la concepción que tengan los jueces de sí mismos se alimenta, por supuesto, de lo que les es transmitido por los demás, que tienen percepciones en las que influyen muchas variables. Estas percepciones, diferentes de los demás,

conducen a expectativas diversas, las cuales, a su vez, generan distintos tipos de conducta hacia la persona que ocupa la posición en cuestión, en este caso el juez.

Por otra parte, según las teorías del yo, cada uno de nosotros separa una porción del medio fenoménico o perceptual como algo muy propio, que es un área de experiencia que tiene como centro nuestro concepto de sí mismo. Los objetos que percibimos dentro del área de nosotros mismos los percibimos como diferentes de aquellos de nuestro medio fenoménico. Cualquier situación que nos haga más conscientes de nosotros mismos tiende a afectar nuestra percepción de los acontecimientos y objetos que son vistos como relacionados con nuestra identidad. Ello es importante para comprender que la imagen o idea que asuma un juez respecto de su labor y de sus obligaciones sociales, además de estar alimentados por lo que piensan los otros, también se ve determinado por lo que él piense de sí mismo, aunque esto último, a su vez, no es un producto puramente personal, sino que es influido por las situaciones dichas.

Un aspecto que no puede quedar por fuera de este análisis es el de las profecías autorrealizadas. Tenemos tendencia a reaccionar contra otro de acuerdo con la información que tenemos de él, pero entonces es lógico pensar que un tratamiento favorable podría despertar en el otro reacciones favorables, y en este caso se confirman nuestras expectativas aunque la información inicial que hayamos recibido no tenga fundamento. No es difícil imaginar que las víctimas en un proceso y la sociedad misma aleguen criterios de seguridad para mostrar sus expectativas al juzgador y solicitarle que actúe condenando al imputado, y además de que no existe ninguna razón científica para demostrar que el juez no sea vulnerable a ello, tales profecías han de calar en el ánimo del juzgador cuando se hacen por medio de la prensa, a través de la publicación de las expectativas de las víctimas o de los propios periodistas con pretensiones de ser generales, tema este de suyo delicado y que merece mayores estudios.

Otro elemento de gran importancia para comprender la actitud judicial es el prejuicio: la clase de conducta que se encuentra implicada en las profecías de autorrealización se caracteriza por la predisposición o el prejuicio. A este respecto es conveniente recordar que lo que normalmente se conoce como seguridad ciudadana alude a una "población atacante" de bajos ingresos, escasa escolaridad y actualmente cierto grupo extranjero, dejando por fuera otro tipo de delitos y delincuentes que provocan peores estragos económicos al país. A efecto de comprobar esta afirmación, obsérvese la encuesta de Penud que se mencionó al inicio, en la que se incluyen los delitos que más preocupan a la población y que hacen referencia a tal "segmento de desviados". Consideramos que en la

creación, permanencia y exacerbación de tales prejuicios tiene un papel importante la prensa, aunque reconocemos que esta ha tenido en los últimos años una amplia cobertura en cuanto a los delitos de cuello blanco.

Otro aspecto lo constituyen los estereotipos: las actitudes de prejuicio son, con frecuencia, justificadas y reforzadas por estereotipos, es decir, impresiones generalizadas y cargadas de valor que las personas de un grupo utilizan para caracterizar a las de otro grupo. En este sentido, no solo nos referimos a lo dicho sobre la población estigmatizada como desviada, sino a los propios jueces como objeto de estereotipos. Esto es, se reproducen y se aceptan por parte de la prensa como grupo de poder y por la población en general, impresiones generalizadas y cargadas de valor para caracterizar a la función judicial desempeñada por un grupo relativamente reducido de personas, que, vale indicar, además de no tener cohesión de grupo se ven limitados en cuanto a sus posibilidades de respuesta o defensa ante tales estereotipos, no solo por no tener medios materiales para hacerlo, sino porque tradicionalmente no se considera propio³.

Un elemento interesantísimo por considerar, y que dirá mucho acerca del perfil de un juez es la empatía. Se refiere a la habilidad para captar el rol del otro y ser capaz de vivenciar sus sentimientos, actitudes, valores y creencias. La empatía es una habilidad que requiere agudeza sensitiva. Se distingue de la simpatía en cuanto que esta última es una tendencia conductual que no solamente implica agudeza sino también un deseo de asumir el estado de ánimo del otro, especialmente cuando el otro individuo está atemorizado, ansioso o deprimido. La empatía se define y mide más fácilmente como una clase de habilidad perceptual interpersonal. Es una afirmación de los sentimientos y las emociones de los demás. Se ha dicho que la sutileza empática depende de nuestra facilidad para hacer interpretaciones precisas de la información que otros nos dan sobre su estado interno. Eugene A. Weinstein encontró que la empatía requiere inteligencia y sensibilidad aguda. Nosotros dudamos de cualquier concepto que pretenda darse de inteligencia, porque consideramos que el término conlleva una carga ideológica importante; sin

embargo, este autor parte de que la inteligencia es necesaria porque quien puede empatizar requiere un alto grado de habilidad cognitiva para poder "planear" el significado de la conducta de la persona objetivo. Además, es necesario recorrer rápidamente numerosas perspectivas observando la conducta de la persona objetivo de un modo y de otro, a fin de investigar todos los posibles significados de la conducta que observamos para detenernos finalmente en aquellos que encontramos internamente como más consistentes y que tienen mayor sentido. La sensibilidad aguda, por su parte, es la habilidad para ignorar los estímulos impertinentes dentro de una situación interpersonal y centrarse en los diversos aspectos de la conducta de la persona objetivo, que indiquen sus percepciones y disposiciones, sea la forma en que está estructurando internamente la realidad. Percibir lo que se dice de lo que realmente se dice. Consideramos que, en tesis de principio, los jueces deberían tener tal agudeza, aunque lamentablemente ello no siempre ocurre. Ahora bien, a los efectos de determinar su posición social como juez dentro del fenómeno de la seguridad ciudadana, la incidencia del elemento empatía ha de ser de una manera particular. Esto es, ha de ser capaz de tener empatía con la víctima y con los declarantes, pero no es aceptable que por tener tal empatía con la víctima o con los temores sociales, el juez adopte una posición de garante de la seguridad ciudadana a costa de los derechos del imputado. Debe también tener empatía con los sentimientos del imputado, aunque ello no ha de impedirle administrar justicia. Entonces, la empatía funciona no como un prejuicio sino como una capacidad.

Otro elemento de importancia es la proyección. Cuando nos enfrentamos a una situación en la cual tenemos poca información de la persona objetivo pero que, sin embargo, tenemos que hacer juicios acerca de sus probables sentimientos o motivos, nuestra única posibilidad es suponer que son parecidos a los de otras personas o grupos y, a menos que tengamos información contraria, esos "otros" somos nosotros mismos. La tendencia a hacer tales inferencias y llegar a una impresión incorrecta de otro es denominada proyección. Las tendencias a proyectar más que a empatizar tienden a ser más fuertes y a actuar sin que nos demos cuenta. Frecuentemente se anticipan y

3. *Walter-Lippmann desde 1922 aplicaron el concepto de estereotipos a construcciones de actitudes que son de hecho incorrectas y que constituyen el resultado de razonamientos ilógicos y rigidez inflexible. Pero hoy se utiliza el término estereotipo como el estar de acuerdo con la impresión que los miembros de un grupo tienen acerca de los miembros de otro grupo. No todos los psicólogos están de acuerdo en la neutralidad de término. Sin embargo, es necesario aclarar al lector que los estereotipos son indispensables en casi toda interacción social porque es imposible saber todo de casi todo el mundo, de tal manera que el estereotipo es una especie de atajo o una forma de abstraer un número de características de una persona o de un grupo, organizarías dentro de un modelo de expectativas y reaccionar hacia la persona como si ella exhibiera realmente esas pautas. Sería imposible interactuar o responder efectivamente hacia la gente sin hacer referencia a estereotipos. Pero los estereotipos interfieren con nuestra habilidad para funcionar efectivamente con otros cuando nos llevan a hacer suposiciones inconscientes con la conducta habitual de la persona objetivo.*

actúan como filtros impidiéndonos percibir la información del otro que podría servir como correctivo. Es claro para nosotros que el juez de juicio, dentro de su desempeño, al tener poca información de la persona objetivo y aun así verse obligado a hacer juicios acerca de sus probables motivos, tiene como posibilidad la de suponer que son parecidos a los de otras personas o grupos —generalmente grupos sociales marginados y estigmatizados— que se relaciona con el fenómeno de la seguridad ciudadana, lo cual es muy grave. Esto ratifica, desde un punto de vista sociológico, la importancia de un Derecho Penal de acto y no de autor.

Un cuestionamiento muy interesante y que no podemos extendernos en profundizar es el de la educación. ¿Incide esta en el desempeño de los jueces? Baste indicar que aunque se ha sostenido que la personalidad del individuo es el factor más importante en su habilidad de empatizar, son pocas las investigaciones al respecto. En 1971, Jacob Jacoby llevó a cabo un estudio que dio como resultado que los estudiantes con más altas calificaciones en la escala del dogmatismo —que implica rigidez y está relacionado positivamente con el autoritarismo—eran más cerrados o menos empáticos que los sujetos menos perceptivos a detalles ambientales, más convencionales, más estereotipados, más controlados emocionalmente que las personas con bajas calificaciones en la misma escala. Este dato resulta de importancia si tomamos en cuenta que la educación en el derecho es, en sí misma, dogmática, y que el fenómeno de la seguridad ciudadana está intrincado con el autoritarismo pues es un modo de justificar este, y este a su vez se alimenta del primero.

Ahora bien, nos parece que el estudio de la situación del juez en relación con la seguridad ciudadana hay que complementarlo con la teoría de los roles, pues esta nos aporta una luz para comprender la situación social en que el juez se encuentra. Esta teoría parte de que en todos los estatus del sistema social cada posición entraña ciertos derechos y obligaciones, los cuales determinan las normas que especifican la clase de conducta apropiada para satisfacerlos. Los individuos aprenden a desempeñar ciertos roles para validar su derecho a ocupar las posiciones que tienen. Los roles que la sociedad prescribe limitan la conducta de sus miembros, por lo que se dice que contribuyen al funcionamiento de la sociedad. Así, del individuo que ocupa determinada posición, los demás esperan que se comporte de cierta manera y él tiende a hacer suyas estas expectativas y a seguir la conducta correspondiente. Estas expectativas se adquieren mediante el proceso del aprendizaje social y se reflejan en los roles que se desempeñan. Ya este trabajo teórico conceptual nos da una explicación acerca de la posición de los jueces que se consideran responsables del fenómeno de la seguridad ciudadana. Pero nos parece que un estudio pos-

terior debería profundizar en cuanto al rol concreto del juez, porque por un lado existe un código de deberes y obligaciones legales que el juez jura cumplir y que se le recuerda, día tras día, en la práctica de su función, pero por otra parte se le transmite un código diverso que no tiene que ver mucho con la justicia ni con la igualdad de partes, sino que atañe más bien al castigo y a la segregación en beneficio de la seguridad ciudadana. Según la teoría, las acciones implicadas en el desempeño de las funciones se vuelven rutinarias y esa rutina puede obedecer a la necesidad de eficacia en el logro de las metas, a la lógica de la relación funcional o a la tradición.

El aprendizaje resulta complementado por el reforzamiento apropiado en los puntos debidos. En nuestro criterio el reforzamiento, en el caso del juez, podría estar constituido, en parte, por los mensajes transmitidos a través de la prensa, y por la satisfacción manifestada por la ciudadanía cuando se imponen penas drásticas. Hay que insistir en que los individuos que desempeñan determinados roles responden a las expectativas de otros relacionados con los mismos, así como a sus propias expectativas, pero el conflicto u oposición entre los roles aparece cuando hay una diferencia entre lo que los demás esperan de alguien y lo que ese alguien espera de sí mismo. Ese conflicto se traduce en poca satisfacción derivada del trabajo, falta de confianza en la organización, mengua de la confianza en sí mismo, impresión de futilidad y otros problemas emocionales relacionados con la labor que se desempeña.

Gross, Mason y McEachern, en 1958, estudiaron el rol del inspector de escuelas, que quisiéramos resumir por tener puntos de coincidencia muy marcados con la situación del juez en nuestro país. Los individuos que ocupan esta posición no pueden evitar los conflictos entre sus roles, puesto que deben enfrentarse a las expectativas contradictorias de maestros, padres, junta directiva, políticos y público en general, así como a sus propias expectativas. Con tantas exigencias que satisfacer lo más probable es que nadie quede satisfecho y los inspectores de escuelas han aprendido a enfrentarse a los conflictos entre sus roles mediante cuatro grandes recursos: someterse a la presión, apegarse a las normas profesionales, transigir o evitar la responsabilidad de tomar decisiones importantes.

Según la teoría, por lo general las personas resuelven los conflictos de los roles mediante un mecanismo psicológico de defensa denominado compartimentalización, por el cual el individuo se convierte realmente en otra clase de persona, al menos superficialmente, cuando sigue una conducta que es ajena a su concepto de sí mismo. Ese mecanismo de defensa requiere del individuo un gran control de sí mismo, abnegación y flexibilidad. En la sociedad compleja los adultos procuran resolver este problema disponiendo su vida de tal modo que el conflicto entre sus

roles sea mínimo y adoptando posiciones más compatibles con su concepto de sí mismo, y como cada rango tiene siempre una serie de actitudes y valores apropiados, el cambio de una posición a otra requiere que el individuo adopte, junto con el rol, los valores y actitudes correspondientes y siempre existe la posibilidad de que los valores que han sido aprendidos en una posición no deseada lleguen a arraigar permanentemente. Además, el hecho de seguir una serie de conductas adecuadas al rol requiere que aprendamos ciertos estilos perceptivos, ciertos modos de vernos a nosotros mismos y de considerar nuestro medio. Estas percepciones nos permiten determinar cuáles son los roles que requieren una situación dada, cómo deben ser desempeñados e incluso qué clase de sentimientos hay que tener respecto de los roles que desempeñamos.

En la medida en que desempeñamos roles y aprendemos modos de percibirnos y de percibir el mundo que nos rodea, estos modos de percibir tienden a convertirse en aspectos estables y persistentes de nuestro yo. Esto nos ayudaría a comprender la posición de aquellos jueces con más años de servicio. Pero, por otra parte, resulta preocupante la posibilidad de que cuanto más se transmita el rol de garante de la seguridad ciudadana, mayor sea su persistencia y continuidad en cada uno de los jueces y en todos como gremio, afectando a aquellos que empiezan sus labores, por imitación. Este fenómeno cultural explica por qué en unas sociedades los jueces tienden a ser más represivos que en otras.

CONCLUSIONES

De los datos expuestos en la presente investigación, obtenidos mediante la encuesta realizada a una muestra representativa de los jueces penales de juicio de Costa Rica en el año 1999, pudimos conseguir las siguientes conclusiones:

1. Características de la muestra: esta representa casi un 50% de la totalidad de jueces de juicio del país. El segmento de edad con mayor porcentaje de jueces encuestados se ubica en las opciones de 31 a 35 años con 15 jueces, para un 31%. En igual sentido porcentual se encuentran los jueces que se ubican en las edades de 36 a 40 años.

Un 70% de los jueces de juicio encuestados son casados, en tanto el restante 30% se reparte entre unión libre, solteros y divorciados; no hay viudos ni viudas.

Gran porcentaje de los jueces de juicio provienen de zona urbana (64,84%).

El 97,92% de los encuestados nunca ha recibido capacitación en lo que al fenómeno de la seguridad

ciudadana se refiere. Solo un 29,16% tienen una especialidad en materia penal o en administración de justicia penal.

El 62,5% de los jueces laboran en zona urbana, básicamente las provincias de Majuela, Cartago, Heredia y San José, en tanto el resto de jueces (31,25%) laboran en zona rural.

En cuanto a la condición laboral, observamos que un gran porcentaje de los jueces de juicio laboran de manera interina en el cargo que desempeñan (un 72,91%) y tan solo un 27% de ellos realiza sus funciones en su plaza en propiedad.

La mayoría de los jueces encuestados (60,41%) tienen un ingreso que no sobrepasa los 700 mil colones.

El 70,83% de los jueces de juicio encuestados se considera de la clase media-media, siendo que solo un 20,84% (10 jueces) consideran pertenecer a la clase media-alta. Ningún juez se ubicó dentro de la clase alta.

2. En cuanto al concepto de seguridad ciudadana: pudimos determinar que de las respuestas obtenidas, solo 10 de ellas se ajustan, en alguna medida, al concepto de seguridad ciudadana aceptado en esta investigación y en doctrina, considerando al menos el aspecto de la percepción o el sentimiento general de estar seguro. El resto de los jueces aportaron respuestas que aluden a otros fenómenos, no definieron lo preguntado o dan respuestas circulares que evaden la definición.

3. En cuanto a la forma en que las variables expuestas inciden para que los jueces consideren que a través de sus sentencias coadyuvan en todo aquello que ellos definen como la seguridad ciudadana: estos constituyeron un total de 35, para un 73%. Los jueces que contestaron negativamente a tal interrogante fueron 12, para un total de 25%. Finalmente, un juez contestó tanto afirmativa como negativamente con respecto a brindar seguridad ciudadana mediante el dictado de su sentencia, para un 2,08%.

La variable de la condición laboral (propiedad o interinazgo) no incide de manera notoria en que los jueces consideren que sus sentencias coadyuvan o no en el fenómeno de la seguridad ciudadana, toda vez que la diferencia de criterio, en lo que a la respuesta afirmativa se refiere, es escasamente de un 5% y en todo caso téngase presente que el 73% del total de los jueces encuestados (35 de 48 personas) son del criterio que sí coadyuvan con el dictado de sus sentencias en el fenómeno de la seguridad ciudadana.

Es menor el porcentaje de los jueces con especialidad que consideran que sus sentencias coadyuvan en el fenómeno de la seguridad ciudadana que el porcentaje de aquellos que consideran lo mismo, pero que no tienen especialidad. Sin embargo, tal variable no es definitivamente determinante para establecer si un juez considera que sus sentencias tienen incidencia o no en el fenómeno de la seguridad ciudadana, toda vez que la diferencia porcentual entre quienes tienen especialización o no, en cada opción (respuesta negativa o positiva), es de un 12,5%.

Ubicados los jueces según la zona donde se desempeñan, tenemos que los de zona rural presentan un mayor porcentaje de respuesta afirmativa en cuanto que sus sentencias coadyuvan en el fenómeno de la seguridad ciudadana, es decir, un 80% frente a un 66,66% de los jueces de la zona urbana; a saber, una diferencia de un 13,34%.

En relación con el ingreso familiar, los jueces de menor ingreso (hasta 700 mil colones) y de mediano ingreso (hasta 1 millón de colones) llevan una línea similar en el sentido de que su respuesta es positiva en un 73% y un 85%, respectivamente, mientras que los jueces que afirman devengar hasta 1.5 millones de colones son, en su mayoría, contrarios a aceptar algún tipo de utilidad en sus sentencias respecto del fenómeno de la seguridad ciudadana (son solo 3 jueces para un 75%). Lo anterior nos lleva a afirmar que aunque esta variante no nos conduce a que el ingreso económico sea un criterio único y excluyente de otros para que los jueces decidan si coadyuvan o no con sus sentencias en la seguridad ciudadana, parece constituir una tendencia, aunque estos jueces con ingresos de hasta 1.5 millones de colones no son, a nuestro juicio, una muestra representativa, por lo que sugerimos nuevos estudios en ese sentido, encuestando en cuanto al tópico a una muestra mayor de los jueces con ingresos familiares similares.

En relación con la ubicación subjetiva en la clase social, quienes se autoubicaron en los extremos de las opciones dadas (clase media-baja y clase media-alta) arrojaron datos porcentuales relativamente opuestos a aquellos jueces que constituyen la gran mayoría (36), que se ubicaron en la clase media-media y que tienden a considerar que inciden en el fenómeno de la seguridad ciudadana.

Debemos hacer ver que esto guarda gran similitud con los porcentajes que encontramos en la variable recién explicada del ingreso, en donde, por ejemplo, la porción de jueces que tienen ingresos familiares de hasta 1.5 millones de colones guarda gran similitud con la porción de aquellos que se ubicaron en clase social media-alta, tanto en lo que se refiere a una respuesta positiva como a una respuesta negativa, respecto del papel de la sentencia que dictan en

el fenómeno de la seguridad ciudadana. La interrogante que brota de esta tendencia es ¿por qué un mayor porcentaje de jueces que consideran pertenecer a la clase media-media se sienten más influyentes en la seguridad ciudadana a través de sus fallos que aquellos que se consideran de la clase media-baja y de la clase media-alta?

En cuanto al sexo, un porcentaje mayor de hombres que de mujeres estiman que sus fallos coadyuvan en el fenómeno de la seguridad ciudadana. Sin embargo, la diferencia es de solo un 6% (más hombres que mujeres consideran que sus sentencias coadyuvan en el fenómeno de la seguridad ciudadana).

En cuanto a los años de servicio, la tendencia a considerar que las sentencias de los jueces coadyuvan en la seguridad ciudadana desciende en aquellos encuestados que tienen de 10.1 a 15 años de servicio (68,42%), y se mantiene en descenso en aquellos jueces con 15.1 a 20 años de servicio (66,66%). No obstante el porcentaje tiene un aumento en aquella porción de jueces con más de 20 años de servicio (71,42%). Esto refleja que los años de servicio no son, por sí mismos, determinantes para el papel que el juez sienta cumplir a través de sus sentencias, en relación con la seguridad ciudadana.

Veamos, seguidamente, la incidencia de las variables en la respuesta de los encuestados, respecto de si consideran su responsabilidad todo aquello que definen como la seguridad ciudadana. Recordemos que las respuestas dadas por los encuestados se agruparon en tres categorías: sí, sí en parte y no.

En gran medida, los jueces con especialidad se consideran parcialmente responsables de tal fenómeno (42% de los encuestados con especialidad, lo que constituye un 16% más de aquellos sin especialidad y que dieron la misma respuesta).

Los encuestados de zona rural, en un 46,66%, dicen que sí es parcialmente su responsabilidad el fenómeno de la seguridad ciudadana, en tanto de zona urbana únicamente un 23,33% respondió en igual sentido; es decir, justamente la mitad entre una y otra zona, sintiéndose más responsables, entonces, los de zona rural.

En cuanto al ingreso personal, llama la atención que la totalidad de los encuestados que tienen mayores ingresos familiares mensuales (hasta 1.500.000 colones) consideraron que no es su responsabilidad el fenómeno de la seguridad ciudadana. Sin embargo, el estudio parece sugerir que si el medio millón de diferencia fuere significativo entre el segundo y tercer grupo (sea entre los que tienen un ingreso de hasta un millón y aquellos que lo tienen de

hasta 1.500.000 colones) debería serlo entre el primero y el segundo (aquellos que tienen un ingreso hasta 700.000 y aquellos de hasta 1.000.000 de colones) y el estudio demuestra que no lo es, y ni siquiera se sigue una tendencia en ascenso poco más o menos proporcional. Sugerimos un estudio entre personas con ingresos familiares elevados, teniendo simplemente como hipótesis de trabajo que su percepción personal de una menor vulnerabilidad social debida a mecanismos privados de seguridad, les hacen situar las soluciones al problema de la seguridad en otros medios. Véase que esta inquietud se acrecenta si tomamos en cuenta que respecto de la ubicación subjetiva en la clase social, los jueces que se ubican en la clase media-media en un 50% afirmaron no ser responsables del fenómeno de la seguridad ciudadana; los de clase media-baja lo hicieron en un 75% y los de media-alta en un 88,88%. Por otra parte, en el nivel de la clase media-media encontramos opiniones divididas en la cifra de un 50% a favor y 50 % en contra de ser responsables respecto del fenómeno de la seguridad ciudadana, mientras que en las clases media-baja y media-alta los jueces arriban a la conclusión de que no son responsables en un 75% y un 88,88% respectivamente.

Los años de servicio no son una variable determinante para arrojar una tendencia constante acerca del criterio de los jueces en cuanto a su responsabilidad respecto del fenómeno de la seguridad ciudadana.

En relación con el sexo, una diferencia de menos de 16% determina que las mujeres juezas consideraron, en mayor medida que los hombres, que no es su responsabilidad dentro del cargo el problema de la seguridad ciudadana. Obsérvese que el mismo porcentaje entre hombres y mujeres estimaron que es su responsabilidad parcialmente. La tendencia femenina a eximirse de tal responsabilidad debería ser abordada con mayor profundidad, y en este sentido sugerimos que las razones podrían ser explicadas, en parte, desde la teoría del género y, en parte, desde la psicología individual en relación con nuestra cultura, que otorga a las mujeres un papel menos relacionado con el poder.

Por último, conviene hipotetizar qué es en realidad lo que determina que un porcentaje elevado de jueces se sienta comprometido con el fenómeno de la seguridad ciudadana, siendo que la ley positiva y el manual descriptivo de funciones no exige tal rol por parte del juez. Creemos habernos acercado a varias respuestas a través de las teorías de los roles y de la representación social.

Si ninguna norma positiva (Constitución Política, Código Penal, Código Procesal, Ley Orgánica del Poder Judicial, etcétera) ni la jerarquía judicial le impone al juez de juicio una responsabilidad dentro del fenómeno de la

seguridad ciudadana, sino que limita su deber a la resolución del caso concreto, solamente una idea generalmente aceptada, sin fundamento positivo o consustancial al cargo, puede justificar que no solo la población en general, sino que los propios juzgadores, se hallan permeados de esta idea que, por supuesto, ha logrado ser transmitida, aceptada y vivida por toda la sociedad con ayuda de los medios de comunicación masiva. En efecto, en nuestro país los estímulos del medio constituidos por la opinión popular, alimentada por la prensa, entre otros, llevan al juez a considerarse en una determinada posición frente al problema de la seguridad. Esta afirmación no ha podido ser demostrada estadísticamente, pero sí ha sido ilustrada en el trabajo original mediante recortes de prensa escrita.

Durante la exposición de nuestra investigación, hemos tratado de dar algunas explicaciones en cuanto al comportamiento judicial, tomando en cuenta los aportes de la teoría dicha, dentro de los que destacan el papel del dogmatismo del juez. Baste ahora indicar que ante las consideraciones recién realizadas, el papel que el juez asuma frente al problema de la seguridad ciudadana no es "aséptico" sino que está inmerso en un contexto histórico y social muy particular, alimentado por todos los fenómenos socioculturales descritos, y que en nuestro medio son exacerbados por la prensa en general.

En otro orden de ideas, desde la Teoría de los Roles, que parte de que en todos los estatus del sistema social cada posición entraña ciertos derechos y obligaciones, los cuales determinan las normas que especifican la clase de conducta apropiada para satisfacerlos, hemos logrado sugerir una explicación de las respuestas aportadas por los encuestados. Esto es, de acuerdo con la función de la situación prevaleciente, podríamos hipotetizar que dentro del "macro rol" de juez, la situación prevaleciente puede exigir, en un caso, "la justicia del caso concreto" y, en otro, de ebullición popular, "la protección de la seguridad ciudadana" de manera preponderante, produciéndose una variación de "micro rol" dentro del rol de juez, o del juez equitativo y justo al juez policía.

Desde la Teoría de los Roles también podríamos explicar la insatisfacción de la prensa y de la opinión popular con los jueces en el tema de la seguridad ciudadana, al habersele asignado a estos un "rol activo" dentro de ese fenómeno, aunque se desconozca las limitaciones propias del cargo en la solución de este problema, que incluso sale del ámbito jurídico. La opinión popular, para llenar sus expectativas de seguridad, ha construido el rol de juez garante de la seguridad ciudadana, y este rol ha permeado significativamente en la conciencia de los jueces de juicio, que en un 41,66% estima que es su responsabilidad el fenómeno de la seguridad ciudadana.

Por último, tratando de efectuar un análisis de lo que es el objeto de estudio de nuestra investigación, con apego a la corriente del etiquetamiento, presentamos las siguientes ideas a consideración: estudiar la realidad social significa esencialmente estudiar estos procesos, partiendo de los que se aplican a simples comportamientos y llegando a las construcciones más complejas, como la propia concepción de seguridad ciudadana. Entendemos entonces que el concepto de seguridad ciudadana no será el que pretenda imponer una ley o un autor específico, sino que su contenido concreto estará definido por la realidad social determinada.

Por otra parte, algunos autores han hablado de la existencia de un código no escrito que funciona en el proceso de imputación de responsabilidad y de atribución de etiquetas de criminalidad, al lado del código oficial. Esto implica que en la fase de juicio, para la imputación de responsabilidad y atribución de etiquetas a cada imputado, además de influir la normativa positiva —que es a lo que los encuestados han aludido como "resolver el caso concreto"— podría

influir en el juez de juicio aquel concepto de seguridad ciudadana, en la medida en que se estime que este, en mayor o menor grado, depende de las sentencias condenatorias que dicte el Poder Judicial y de su cumplimiento efectivo. Ello explica la razón por la cual alguna muestra importante de nuestros jueces consideran que es su responsabilidad el fenómeno de la seguridad ciudadana, aunque ninguna norma positiva imponga tal obligación.

En el mismo orden de ideas, se comprenderá que en la interacción social se construyen realidades sobre "los deberes del juez", que explican la crítica de la opinión pública y de la prensa, cuando tales expectativas no son cumplidas. Desde esta perspectiva, no solo el concepto de seguridad ciudadana es producto de la interacción social, sino que lo será también el rol del juez de juicio. Asimismo, este último, al definir la etiqueta de cada imputado, puede verse influido por esos procesos, aunque ello diste de lo que le imponga la norma positiva. La educación y la formación integral del juez tienen todavía mucho que lograr.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS CALDERÓN, Ricardo. SEMINARIO REGIONAL SOBRE DEMOCRACIA Y RELACIONES CIVILES-MILITARES EN CENTRO AMÉRICA. "La democracia y las relaciones civiles-militares", San José, publicado por Diálogo Centroamericano, marzo-mayo, 1999.
- ASAMBLEA LEGISLATIVA. República de Costa Rica (Comisión Permanente de Asuntos Sociales). "Informe Unánime Afirmativo de la Comisión Especial Mixta, que estudie y analice el aumento de la Criminalidad en el país y el deterioro de la Seguridad Ciudadana". San José, Expediente 13407, publicado por la Asamblea Legislativa, 14 de abril de 1999.
- BARATTA, Alessandro. "Criminología crítica y crítica del Derecho Penal", Argentina, Editorial Siglo Veintiuno, segunda edición, 1989.
- CARRANZA, Elias. "Delito y seguridad de los habitantes", San José, Editorial Siglo Veintiuno Editores, 1997.
- CHINCHILLA, Laura. "La seguridad ciudadana: el caso costarricense". Publicado en "Revista de Ciencias Jurídicas". San José, número 73, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1992.
- DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés. "Hacia una seguridad ciudadana", Publicado en "Estudios Básicos de Derechos Humanos III", San José, Editorial MARS Editores S.A., 1995.
- FORGUS, Ronald H. "Percepción, proceso básico en el desarrollo cognoscitivo", México, Editorial Trillas, séptima edición, 1986.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. "Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos

fundamentales", Publicado en "Estudios Básicos de Derechos Humanos VII", San José, Editorial MARS Editores S.A., 1996.

GINER, Salvador. "Sociología", Barcelona, Ediciones Península, tercera edición, 1974.

HULSMAN, Louk y otro. "Sistemas penales y seguridad ciudadana, hacia una alternativa", Barcelona, Editorial Ariel S.A., primera edición, setiembre de 1984.

LA NACIÓN. "Confianza judicial: el Caso Anglo, fin de una larga espera", editorial del martes 19 de octubre de 1999, página 13 A.

LA NACIÓN. "Medios y encuestas: un juego engañoso preguntarle a la gente lo que no es de su dominio", editorial del 30 de octubre de 1999, página 15 A.

LINDGREN, Henry Clay. "An Introduction to Social Psychology", San Francisco EUA, Wiley International Edition, 1969.

PAVARINI, Massimo. "Control y dominación", Madrid, Editorial Siglo XXI, 1980.

PERLMAN, Daniel y COZBY, Chris. "Psicología social", México, Editorial Interamericana S.A., tercera edición, 1985.

RIVERA QUESADA, Lilliana. "El aumento de penas como reacción social en el campo legislativo", trabajo de

investigación inédito en curso de criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, primer semestre de 1999.

SANTOS A., Thamara. "Control y punición de la delincuencia, estrategias sociológicas", Instituto de Criminología, Universidad de Zulia, serie investigadores, 1982.

TORRES GUERRERO, Alvaro. "La seguridad ciudadana: un problema por resolver integralmente", publicado en el libro denominado "Una oposición honesta", San José, publicado por la Asamblea Legislativa, 1998-1999.

UNIMER RESEARCH INTERNATIONAL. "Encuesta: Percepción Social de la Seguridad Ciudadana y la Justicia Penal", PNUD, Análisis de resultados, febrero de 1999.

VEGA ROBLES, Isabel. Artículo "Vida cotidiana y representaciones sociales en el estudio de la Familia", publicado en "Revista actualidades en Psicología", Instituto de Investigaciones Psicológicas de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, San José, Editado por Publicaciones Periódísticas S.A., 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Criminología, aproximación desde un margen", Bogotá, Colombia, Editorial Temis, reimpresión, 1993.



Xilografía de Hernán Arévalo

"Jazz"

EL TESTIMONIO DE MENORES EN LA TRADICIÓN PROCESAL PENAL COSTARRICENSE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y TENDENCIAS ACTUALES

María Matamoros Peralta'

El imperativo histórico

Los dos problemas clásicos del testimonio de menores son la sugestionabilidad y la credibilidad (ver Matamoros, 1999). El problema de la sugestionabilidad se refiere al grado en que el testimonio de los menores puede ser influido o distorsionado por una multiplicidad de fuerzas, tanto internas como externas al sujeto, que dan como resultado alteraciones en los procesos de codificación, almacenamiento, recuperación o reporte de eventos que se ventilan en un juicio (Ceci, 1994). El problema de la sugestionabilidad implica un reconocimiento de la posibilidad de que un determinado testimonio contenga adulteraciones que pudiesen haber sido inducidas, inconscientemente, por factores tales como sugerencias sutiles, expectativas, estereotipos y preguntas dirigidas, así como por extorsiones, amenazas explícitas u otras formas de inducción capaces de distorsionarlo conscientemente. La credibilidad se refiere al grado en que el juzgador le atribuye al testigo pensamientos y memorias verídicas y precisas acerca del objeto de su declaración (Matamoros, 1999). En el caso específico de los menores, el juzgador, a menudo, no cuenta con más evidencia que declaraciones carentes de corroboración. El problema de la credibilidad se refiere al dilema que enfrenta el juzgador al valorar el testimonio de un menor, tomando en cuenta: (a) las deficiencias que este pueda tener en virtud de provenir de una persona aun en desarrollo y (b) la dificultad o, algunas veces, la imposibilidad de su corroboración.

Por los problemas antes descritos, el testimonio de menores arrastra una desconfianza histórica de siglos (ver Ceci & Bruck, 1993 y Goodman, 1984). A partir de la década de los ochenta se produce, en los países

occidentales, una toma de conciencia relacionada con el maltrato físico, emocional y moral a menores. Este fenómeno inundó los tribunales de justicia de casos relacionados con menores y ha obligado a los sistemas penales a transformarse profundamente para acomodar las necesidades especiales inherentes al testimonio de estos, generalmente en calidad de ofendidos sexuales.

En Costa Rica, desde 1910, mediante el Código de Procedimientos Penales, los Tribunales de Justicia han permitido que menores de prácticamente todas las edades testifiquen. No obstante su apertura al testimonio de menores, nuestros tribunales no estaban preparados para la presencia de menores testigos, principalmente ofendidos. Los tribunales de justicia penal fueron, por siglos, tribunales de adultos, que acomodaron al menor dentro de su lógica tradicional. En Costa Rica, algunos pequeños ajustes se fueron haciendo en la práctica, por necesidad. Conforme al espíritu y conciencia de la época, el nuevo Código Procesal Penal, que entró en vigencia el 1° de enero de 1998, revela un esfuerzo por dar respuesta a las necesidades y requerimientos singulares de los testigos y ofendidos menores y, en general, a la problemática del testimonio de menores.

La coyuntura histórica impele, como se dijo, hacia la protección del menor. El sistema procesal está obligado a modificar sus estructuras y procedimientos para la recepción del testimonio de ofendidos o testigos menores de edad. En aras de la justicia, al testigo u ofendido menor se le deben brindar condiciones óptimas para que pueda hacer buen uso de su memoria y de sus capacidades lingüísticas al hacer sus declaraciones. Sin embargo, desde el punto de vista legal, algunas de las medidas para tratar

el testimonio de menores resultan controversiales. Si bien, desde el punto de vista humanista, es importante facilitarle el tránsito emocional por el sistema penal al testigo u ofendido menor, las modificaciones e innovaciones al procedimiento solo se justifican si finalmente se demuestra que los menores que testifican bajo dichas condiciones brindan un testimonio más informativo (claro, preciso y completo) que los que testifican según los procedimientos convencionales (Matamoros, 1999).

Códigos estudiados

Durante la colonia y en los albores de la independencia, Costa Rica se rigió fundamentalmente por el Código de las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio. Costa Rica ha tenido desde entonces cuatro códigos que tratan sobre materia procesal penal. El primero de ellos fue el *Código General de la República de Costa Rica*¹, compendio general del cuerpo de leyes de la nación, emitido el 30 de julio de 1841, siendo presidente Braulio Carrillo. El 23 de julio de 1858, en el gobierno de Juan Rafael Mora, Rafael Ramírez presenta una versión actualizada de dicho código. El segundo de ellos, el *Código de Procedimientos Penales*, fue emitido según el decreto N° 51 del 3 de agosto de 1910 y subsecuentemente reformado mediante las leyes N° 8 del 14 de setiembre de 1922, N° 8 del 29 de noviembre de 1937 y N° 372 del 22 de agosto de 1941 y otras disposiciones aisladas. El tercero de ellos fue el *Código de Procedimientos Penales*, emitido el 20 de diciembre de 1963, durante el gobierno de Francisco Orlich, rigió hasta el 31 de diciembre de 1998. El 28 de marzo de 1996, en el gobierno de José María Figueres, se aprobó el actual *Código Procesal Penal*, vigente a partir del 1° de enero de 1998.

Objetivos

Este trabajo contiene dos partes complementarias. En la primera parte reseño la evolución del testimonio de menores en el proceso penal costarricense, desde el Código de Carrillo hasta el Código de Procedimientos Penales de 1963, que rigió hasta 1997. Con excepción del recientemente aprobado Código Procesal Penal, los demás códigos contienen muy pocas alusiones directas al testimonio de menores. Debido a esa limitación, lo

que hice fue seleccionar de cada código los artículos que consideré relevantes para comprender la evolución histórica del testimonio de menores. Esta primera parte permite visualizar la evolución histórica del trato procesal penal del testimonio de menores hasta nuestros días y sirve de telón de fondo para el análisis del nuevo Código Procesal Penal. En la segunda parte reviso críticamente los artículos del nuevo Código Procesal Penal que conciernen directa o indirectamente al testimonio de menores.

Evolución histórica

El Código de Carrillo refleja un fuerte prejuicio acerca de la capacidad de los menores para atestiguar.

El artículo 192 estipula lo siguiente:

"No pueden ser testigos: 1° los menores de 14 años; 2° los que carecen de juicio; 3° los infames declarados en juicio."

Hoy día se sabe que los menores comparecen en tribunales penales, principalmente por agresiones sexuales perpetradas contra sus personas por hombres mayoritariamente adultos. El Código de Carrillo vendría a dejar desprotegidas a las personas menores víctimas de tales agresiones. Dicho código refleja además fuertes prejuicios hacia la mujer. Por ejemplo, en materia de adulterio tutela los derechos del hombre en relación con el adulterio de la mujer y no viceversa. Estos indicios remiten a una sociedad dominada por hombres adultos.

Desde principios de este siglo, en el Código de Procedimientos Penales de 1910, desaparece el impedimento para testificar en razón de la edad de la persona. En cuanto al juramento, en el Código de Carrillo los artículos 202 al 206 no contienen ninguna estipulación explícita en relación con el menor mayor de 14 años, pero se infiere que estos deben hacerlo en tanto que testigos. En el Código de Procedimientos Penales de 1910, segundo párrafo del artículo 434, se circunscribe la necesidad de tomar juramento a las personas de 10 años en adelante:

"No se tomará este juramento a los menores de diez años, ni a aquellos de quien se sospeche

1. Conocido como Código de Carrillo.
2. Denominado Código de Procedimientos Penales de 1910.
3. Denominado Código de Procedimientos Penales de 1963.

que hayan tomado parte en los delitos que se investigan, en calidad de autores, cómplices o encubridores."

Desde 1963, el Código de Procedimientos Penales, en el primer párrafo del artículo 234, exige a todo menor de 17 años de la obligación de tomar juramento.

"Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio y prestarán juramento, bajo pena de nulidad, con excepción de los menores de diecisiete años y de los que en el primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga o de otro conexo."

A diferencia del Código de Carrillo, en el cual los menores de 14 años no podían ser testigos, en los otros dos códigos los menores sí pueden serlo. La diferencia entre dichos códigos estriba en que mientras el Código de Procedimientos Penales de 1910 responsabiliza más al menor al considerarlo capaz de tomar juramento de los 10 años en adelante, el actual Código de Procedimientos Penales sitúa dicha capacidad a una edad prácticamente adulta.

El Código de Carrillo hacía la distinción entre prueba plena y semiplena en el artículo 164:

"La prueba es plena o semiplena. Plena o completa es aquella por la que el Juez queda bien instruido para dar la sentencia; y semiplena o incompleta, la que por sí sola no instruye lo bastante para decidir."

En lo referente al testimonio, la prueba era plena o completa si reunía al menos dos testimonios convergentes:

"Dos testigos de toda excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares, hacen plena prueba."

En el Código de Procedimientos Penales de 1910 desaparece la exigencia de dos testimonios conformes y contestes como prerrequisito para que el juez quede bien instruido para la sentencia. El actual Código de Procedimientos Penales también carece de tal exigencia.

En el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales de 1910 aparece la figura del curador o adulto a quien se le asigna la vaga función de presenciar toda la diligencia:

"Cuando el testigo fuere un menor, se le nombrará en el mismo acto un curador que presencie toda la diligencia."

Por el hecho de que el artículo 433 está entre dos artículos (432 y 434) que tratan sobre el procedimiento para examinar a los testigos durante el debate, se presume que el curador, aunque legalmente sería un representante del menor, en la práctica simplemente se limitaría a estar formalmente presente durante el interrogatorio de este. Además, el hecho de que el curador es nombrado en el mismo acto, hace presumir que dicha persona es un individuo "cualquiera" escogido en forma *ad hoc*. El Código de 1910 no define con precisión las funciones y potestades del curador. El Código de Procedimientos Penales de 1963 no contiene la figura del curador, pero el nombramiento de uno para los testigos menores se conservó en la práctica.

En cuanto a la validez de la declaración del testigo, el artículo 211 del Código de Carrillo hace hincapié en el origen, inmediato o mediato, de la información que brinda el testigo:

"El testigo declarará, o será preguntado si no lo hace, si sabe lo que depone, *por haber visto* el hecho o cosa en disputa, o *si lo ha oído a otros*, y quiénes son éstos; cuyas circunstancias deberá manifestar, con expresión de las personas que estaban presentes, y la del día, mes y año."

El artículo 212 refleja una posición en principio contraria al testimonio basado en la opinión y creencia del testigo y opuesta al testimonio de oídas, el cual solo es aceptado por la vía de la excepción:

"No será válida la declaración del testigo que depone por creencia sin dar razón concluyente de ella. Tampoco lo será la del *testigo de oídas*, excepto en los hechos cuyo conocimiento solo puede adquirirse por este sentido, o cuando no se pueda producir otra prueba, por ser el suceso muy antiguo, o por otro motivo semejante."

El Código de Procedimientos Penales de 1910 no contiene una definición conceptual de testimonio de oídas. Sin embargo, el artículo 468 pone de manifiesto que se continúa otorgando más valor a la declaración de los testigos que percibieron el hecho directamente con sus propios sentidos:

"Para que el dicho del testigo pueda merecer fe al Tribunal, han de mediar las condiciones y circunstancias siguientes:

- 1º- Que la declaración haya sido prestada bajo previo juramento con arreglo a la ley;
- 2º- Que los hechos sobre los que verse hayan podido caer directamente bajo la acción de los sentidos del testigo, y que éste los conozca por sí mismo y no por indicaciones y referencias.
- 3º- Que el informante dé razón de sus asertos expresando por qué y de qué manera sabe lo que ha aseverado; y
- 4º- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por error, soborno o engaño."

El artículo 440 va en la misma dirección que el anterior:

"Todo testigo debe explicar circunstancialmente los hechos sobre los que declara, y dar razón de su dicho; si los deduce de antecedentes que conoce o si los ha oído referir a otras personas, cuyo nombre y residencia determinará, en cuanto le sea posible, o si los ha presenciado."

El Código de Procedimientos Penales de 1963 no hace ninguna alusión a la relación entre el testigo y los hechos en disputa. Según el artículo 224, lo único que se requiere del testigo es que su declaración pueda ser *útil* para descubrir la verdad en cuanto al asunto que se investiga:

"El Juez interrogará a toda persona que conozca los hechos que se investigan, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad."

El requisito de que el testigo *conozca* los hechos es general y omiso en cuanto a la forma o las circunstancias en las cuales el testigo desarrolló dicho conocimiento. Este sistema permitiría, en principio, la admisión de testimonios con diferentes grados de mediación. Al tribunal le compete determinar, *a posteriori*, la utilidad relativa de dicho testimonio en el esclarecimiento de los hechos que se investigan. Esta posición dista mucho de la búsqueda de relevancia, *a priori*, de la prueba, presente en el artículo 166 del Código de Carrillo:

"Las pruebas deben señarse al asunto sobre el que se litiga; y las que no le pertenezcan serán rechazadas de oficio."

En cuanto a la forma de dar testimonio y a la dinámica interaccional del interrogatorio al testigo, el

Código de Carrillo, en su artículo 208, estipula que la declaración debe ser espontánea, sin el apoyo de notas: "El testigo declarará *sin que le sea permitido leer ningún apunte*. Su deposición se sentará en el proceso a la letra, *sin mudar palabras ni aclararlas*, y le será leída preguntándole el juez si persiste en ellas, pena de nulidad."

La segunda oración del artículo implica una conciencia del potencial distorsionador del sentido de las palabras del testigo por parte del juzgador.

En cuanto a la dinámica del interrogatorio, el artículo 210 del Código de Carrillo parece indicar que la formulación de las preguntas directamente al testigo era una prerrogativa del juez:

"El Juez podrá ya de oficio, ya a pedimento de las partes, o de una de ellas, hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su deposición. Las respuestas del testigo se escribirán, leerán y firmarán del mismo modo que sus declaraciones."

En ningún artículo del Código de Carrillo hay mención de la forma como se deben hacer las preguntas (ej.: preguntas capciosas, dirigidas, etc.). El artículo 213 hace presumir que la dinámica del interrogatorio estaba orientada a valorar la consistencia de la declaración, lo cual generaría preguntas en esa dirección:

"El testigo vario o contradictorio en lo principal de su deposición, no hace fe, a no ser que la variedad o contradicción resulte de miedo grave, en cuyo caso valdrá la deposición en que no influya este miedo."

El Código de Procedimientos Penales de 1910 es mucho más específico en torno a la dinámica del interrogatorio. El artículo 462 sugiere un afán desmedido por controlar, anticipadamente, la naturaleza de las preguntas a las que el testigo será sometido e indirectamente indica una conciencia aguda del poder de la palabra:

"Las preguntas del interrogatorio serán formuladas por escrito, con claridad y precisión. El Juez repelerá de oficio las preguntas impertinentes capciosas o que no se concreten a los hechos del debate."

El artículo 442 implica la búsqueda de espontaneidad a través de la declaración oral del testigo, no obstante su conocimiento anticipado de las preguntas que se le formulan:

"Los testigos declararán *de viva voz, sin* que les sea permitido *leer respuestas que lleven escritas*; pero sí pueden consultar las notas o documentos necesarios, según la naturaleza de la causa."

El artículo 437 implica una mayor conciencia acerca de la influencia sugestiva que ejerce el interrogador sobre la declaración del testigo:

"El Juez dejará que el testigo *narre sin interrupción* los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios.

Después le dirigirá cuantas preguntas y repreguntas estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos".

"No se podrán hacer al testigo *preguntas capciosas, ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio alguno*, para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido. La declaración se consignará con las propias palabras del testigo, sin alteración alguna y guardando la forma del diálogo."

El Código de Procedimientos Penales de 1963 también es un tanto específico en relación con la dinámica del interrogatorio y la forma aceptable de hacer preguntas al testigo. En el artículo 95 se recoge el *principio de oralidad*, las preguntas inaceptables y el registro literal de la declaración:

"Las personas que fueran interrogadas deberán responder *a viva voz y sin consultar notas o documentos*, con excepción de los peritos y de quienes sean autorizados para ello en razón de sus condiciones, o de la naturaleza de los hechos.

En primer término el declarante será invitado a manifestar cuanto conozca del asunto de que se trate y después, si fuera menester se le interrogará.

Las preguntas que se formulen no serán *capciosas ni sugestivas*.

Cuando se proceda por escrito, se consignarán las preguntas y las respuestas usándose las expresiones del indagado. Las declaraciones podrán ser registradas taquigráficamente o por cualquier otro modo."

Conclusiones

Del análisis comparativo de los tres códigos de procedimientos penales que ha tenido nuestro sistema jurídico hasta 1997, se desprenden varias conclusiones.

En materia de *aceptabilidad del testimonio* de menores, se ha evolucionado desde un sistema que marginaba al menor (de 14 años) como testigo, a uno que acepta su testimonio sin reparos.

En cuanto a la *valoración de la credibilidad* del testimonio de menores, se ha pasado de un sistema cuasicuantitativo que requería de al menos dos testigos conformes y contestes como precondition para una sentencia, a un sistema de libre valoración de la prueba, en el cual el juzgador valora cualitativamente cada testimonio y puede emitir sentencia, si fuese necesario, sobre la base del testimonio de un único testigo.

En materia de *juramentación*, el Código de Carrillo responsabiliza por perjurio a las personas mayores de 14 años, coincidiendo con la posibilidad de ser testigos, y el Código de Procedimientos Penales de 1910, aunque admite a todo menor como testigo, responsabiliza por perjurio a las personas mayores de 10 años. Finalmente, el Código de Procedimientos Penales de 1963 exceptúa del juramento a las personas menores de 17 años.

Los cortes de edad de 14 (Código de Carrillo) y 10 años (Código de Procedimientos Penales de 1910) son consistentes con la noción de que las personas menores (de 14 ó 10 años) carecen de la capacidad para comprender el carácter del juramento. El corte de edad de 17 años, que establece el Código de Procedimientos Penales de 1963, no tiene sentido a la luz de la interpretación de falta de comprensión del juramento, puesto que las capacidades cognitivas de las personas de 17 años convergen con las de los adultos. Por lo tanto, el código actual exceptúa del juramento al menor de 17 años simplemente porque es penalmente inimputable (Castillo, 1982).

Finalmente, en cuanto a *la dinámica del interrogatorio*, el sistema se ha vuelto más flexible y participativo. En el Código de Carrillo y en el Código de Procedimientos Penales de 1910 existía un único juez, quien además de hacer sus propias preguntas, canalizaba también las de las partes al testigo. El Código de Procedimientos Penales de 1963 permite la participación directa de las partes en disputa (fiscales y defensores) y el testigo es interrogado no por un juez, sino por un tribunal. En cuanto a la naturaleza de las preguntas permisibles, el Código de Carrillo es omiso. La preocupación por la sugestibilidad de las

preguntas emerge en el Código de Procedimientos Penales de 1910 y se consolida en el Código de Procedimientos Penales de 1963.

El testimonio de menores en el nuevo Código Procesal Penal: tendencias actuales

Luego de 34 años de experiencia con el Código de Procedimientos Penales de 1963, el 1° de enero de 1998 entró en vigencia en Costa Rica un nuevo Código Procesal Penal.

En esta sección hago una revisión y valoración de aquellos aspectos innovadores del Código Procesal Penal que guardan especial significación para el testimonio de menores. Primeramente repaso las diferentes modalidades de protección al menor ofrecidas por el nuevo proceso y, seguidamente, reviso las implicaciones de otra serie de aspectos contenidos en dicho código.

Conforme al espíritu de los tiempos, el actual Código Procesal Penal contiene muchas disposiciones que, en su conjunto, intentan: (a) proteger el paso del menor por el proceso, minimizando el trauma potencial producido por dicha experiencia, y (b) crear condiciones para una óptima recepción de su testimonio.

Duración del proceso

En los casos de delitos menos graves, en los cuales proceda la ejecución condicional de la pena, el acusado que admita el ilícito tendría la opción de solicitar la suspensión del procedimiento de prueba, ofreciendo a cambio un plan de reparación, material o simbólica, del daño causado a la víctima (ver artículos 25 y 26). En la medida en que se otorgue este beneficio, menos cantidad de menores llegarían al juicio, evitándose así una buena parte de la experiencia potencialmente traumática del proceso.

En cuanto a la duración del período de investigación preparatoria (instrucción), el artículo 171 solamente establece que el Ministerio Público debe concluir dicha investigación en un *plazo razonable*. Además de que el concepto de plazo razonable es un concepto difuso, sin fronteras precisas, dicho artículo tampoco le brinda al ofendido, como sí lo hace con el imputado, la posibilidad de protestar por su prolongación indebida.

Recibido el auto de elevación a juicio, el artículo 324 establece que el día y la hora del juicio deberán señalarse en las siguientes 48 horas. Además, los juicios comenzarán una vez transcurridos 5 días pero no después de 30 días luego de haberse recibido el auto de elevación a juicio. Aunque, en principio, esta disposición viene a acortar el tiempo transcurrido entre el hecho y el debate, variable importante en el debate sobre la sugestionabilidad del testigo menor, es necesario recordar que el grueso del tiempo del proceso es atribuible a la investigación preparatoria y que, por lo tanto, la contribución de esta disposición a la disminución de la duración total del proceso es relativamente pequeña.

Protección de la privacidad del menor

A pesar de que los juicios son orales (artículo 333) y públicos, en los casos en que se afecte el pudor, la vida privada o integridad física de alguno de los participantes (artículo 330, inciso a), el tribunal podrá resolver, por auto fundado y aun de oficio, que se realice parcial o totalmente en forma privada. Si para un menor ofendido (ej.: una niña abusada o una joven violada) la experiencia misma es dolorosa y bochornosa, más lo sería sí tuviese que ventilar públicamente un episodio tan penoso de su vida. El artículo 330 le otorga la potestad al tribunal de evitar una sobreexposición de tal magnitud. Además, el artículo 331 le permite al tribunal prohibir las grabaciones de cualquier índole por parte de los medios de información.

Testimonios especiales

El nuevo código establece una serie de categorías de personas a quienes se les brinda la prerrogativa de declarar y ser interrogadas en privado o con el auxilio de familiares o peritos especializados. El artículo 121 reza así:

"Cuando deba recibirse testimonio de mujeres⁴, de menores agredidos o de personas agredidas sexualmente, sin perjuicio de la fase en que se encuentre el proceso, el Ministerio Público o el tribunal, en su caso, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o peritos especializados en el tratamiento de esas personas.

La misma regla se aplicará cuando algún menor deba declarar por cualquier motivo."

4. Permitirle a las mujeres dicha prerrogativa por su condición de género parecería inconstitucional, a la luz de la tesis de la igualdad ante la ley del artículo 33 de la Constitución Política.

Como puede observarse, los menores agredidos (presumimos físicamente, aunque hay otras formas de agresión no sexuales ni físicas, como las psicológicas) y las personas agredidas sexualmente (incluyendo, desde luego, menores), pueden declarar en las formas previstas por el artículo, en cualquier fase del proceso. El último párrafo del artículo extiende dicho beneficio, indiscriminadamente, a todo menor que declare por *cualquier* motivo.

Si la recepción del testimonio en privado significa la separación del acusado del acusador, podría argumentarse que dicho artículo lesiona los derechos del acusado, porque el motivo que se aduce para justificar tal aislamiento comunicacional es proteger a la víctima de una posible revictimización. Se presupone que la persona ofendida, fuera de la presencia del ofensor, experimenta menos estrés emocional y, por lo tanto, está en condiciones de brindar una declaración más fluida y precisa. El aislamiento del acusador, sin embargo, viola el principio de inocencia porque el acto procesal mismo define a *priori* al acusado como culpable. La conducta del ofendido frente al imputado puede ayudar a un tribunal a observar indicadores de inocencia (ej.: niños que permanecen relajados o son amistosos con el imputado durante el interrogatorio) y también puede suceder que, en general, al menor le cueste más mentir (cuando ese sea el caso) delante del imputado o ante un tribunal y otras personas.

Medidas cautelares

El nuevo Código Procesal Penal es prolijo en disposiciones que procuran: (a) prevenir la revictimización del menor ofendido, (b) estimular al ofensor hacia una conducta socialmente constructiva y (c) dejar abiertas las puertas de la reconciliación. Este último aspecto es de capital importancia debido a que, frecuentemente, el maltrato o agresión sexual ocurre en el seno mismo de la familia.

El artículo 26 establece una serie de restricciones preventivas y condiciones constructivas a las que el imputado puede ser comprometido durante el período de suspensión del procedimiento de prueba (entre 2 y 5 años). Por ejemplo:

Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de abstenerse de consumir drogas, bebidas alcohólicas o cometer hechos delictivos.

Comenzar o finalizar la escolaridad primaria si no la ha cumplido, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el tribunal.

Someterse a un tratamiento médico o psicológico, si es necesario.

- Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar, en el plazo que el tribunal determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia.

Además, allí donde razonablemente pueda ser sustituida la prisión preventiva por una medida menos gravosa, el artículo 244 brinda una serie de medidas cautelares para la regulación de la conducta del imputado, incluido el abandono inmediato del domicilio cuando este último conviva con la víctima y se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales. El artículo 248 regula específicamente el abandono de domicilio como medida precautoria, dejando abiertas las puertas de la reconciliación entre las partes, y el artículo 249 regula la imposición de pensión alimentaria en estos casos.

Dinámica del interrogatorio

El artículo 121, ya comentado, acerca de la recepción del testimonio en privado, constituye una de las medidas dirigidas a proteger los intereses especiales del menor. En este punto cabe señalar que la experiencia de testificar siempre será, en una u otra medida, estresante para el testigo, menor o adulto, y que el fin de la justicia no sería acomodar el procedimiento a las necesidades emocionales especiales de cada persona, sino más bien crear condiciones adecuadas para la búsqueda de la verdad. La recepción del testimonio en privado solo se justifica si dicho procedimiento demuestra ser superior al tradicional en términos de la calidad y extensión de las declaraciones brindadas por el testigo bajo dicha condición. La protección emocional del testigo no puede ser un fin en sí mismo, sobre todo si se demuestra que bajo recepción en privado el testimonio es de inferior calidad o presenta desventajas en relación con otras formas de recepción.

En cuanto a la manera de interrogar al menor, el quinto párrafo del artículo 352 establece límites al tipo de preguntas a las que un testigo menor (o de cualquier edad) puede ser sometido:

"Quien preside moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste *preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes*, procurará que el interrogatorio se conduzca sin *presiones indebidas* y sin *ofender la dignidad* de las personas."

Este inciso reconoce el poder sugestivo de la comunicación humana, poniendo límites al carácter de las preguntas permisibles durante el interrogatorio. En este

punto es necesario recordar que esta disposición no constituye un aporte nuevo de este código pero, en el contexto de las demás medidas precautorias, contribuye en su especie a aliviar el paso emocional del menor, sobre todo del ofendido, por el proceso penal.

Una última observación en torno a la protección relativa del testigo u ofendido frente al imputado, por medio del trato que se les brinda durante el interrogatorio, revela que el artículo 96 establece condiciones mucho más elaboradas y extensas para la protección del imputado, a saber:

"En ningún caso, se le requerirá al imputado juramento ni promesa de decir la verdad, ni será sometido a ninguna clase de coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le formularán cargos ni reconvenciones tendientes a obtener su confesión.

Estarán prohibidas las medidas que menoscaben la libertad de decisión del imputado, su memoria o la capacidad de comprensión y dirección de sus actos, en especial, los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, la violencia corporal, la tortura, la administración de sicofármacos y la hipnosis.

La promesa de una ventaja solo se admitirá cuando esté específicamente prevista en la ley.

Si por la duración del acto se notan signos de fatiga o falta de serenidad, la declaración será suspendida, hasta que desaparezcan.

Las preguntas serán claras y precisas; no estarán permitidas las capciosas o sugestivas y las respuestas no serán instadas perentoriamente."

Si se sustituye la palabra imputado por la palabra testigo menor u ofendido menor, muchas de las medidas reservadas para el imputado son generalizables al testigo u ofendido. Véase, por ejemplo, la delicadeza de trato implicada en el cuarto párrafo: "Si por la duración del acto se notan signos de fatiga o falta de serenidad, la declaración será suspendida, hasta que desaparezcan". En el contexto de un testigo menor u ofendido, una disposición de esta naturaleza tiene al menos tanto sentido como el que tiene en el contexto de un imputado adulto. En el mismo orden de cosas, aplicando una parte del segundo párrafo del mismo artículo al testigo u ofendido, se obtiene: "Estarán prohibidas las medidas que menoscaben la memoria o la capacidad de comprensión del testigo u ofendido", lo cual tendrá

mucha vigencia en relación con la problemática de la sugestionabilidad en la memoria, especialmente tratándose de menores de corta edad.

Peritos y peritajes

El tema del peritaje es regulado por los artículos desde el 213 hasta el 224. En esta sección se hacen algunas observaciones relativas a los peritos, el peritaje y el testimonio de menores.

El artículo 214 establece que "los peritos deberán poseer título habilitante en materia relativa al punto sobre el cual dictaminarán". Sin embargo, en materia de testimonio de menores, el peritaje y testimonio de expertos (ej.: psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, etc.), a pesar de sus títulos profesionales, adolece muchas veces de serias deficiencias, siendo una de las principales el desconocimiento de la literatura científica relevante. Como parte de un análisis crítico del asunto, Ceci y Bruck (1993) comentan lo siguiente:

"El hecho de que la comunidad judicial no esté dispuesta a evaluar críticamente el testimonio de expertos en ciencias sociales refleja en alguna medida una comprensión incompleta e imprecisa de la base de conocimientos relevante, pero también refleja, en el caso de la confiabilidad de los reportes de los niños, una brecha entre la práctica clínica y la investigación en ciencias sociales. Consecuentemente, en aquellos casos donde la práctica clínica no es informada por los resultados de las investigaciones, los clínicos y los científicos sociales podrían presentar testimonio experto diametralmente opuesto sobre un mismo asunto" (p. 21).

Una vez seleccionados los peritos, ellos mismos fijarán los temas específicos que serán objeto de la peritación (artículos 215 y 216), teniendo todas las partes derecho a proponer temas y objetar los propuestos por las otras. Además, el artículo 217 propone que, cuando sea posible y pertinente, los peritos deberán ejecutar el examen conjuntamente. El mismo artículo prevé que las partes y sus consultores técnicos tienen el derecho de presenciar la realización del peritaje y solicitar las aclaraciones que crean convenientes. Por supuesto que los peritos podrán dictaminar, por separado, cuando existan desacuerdos irreconciliables entre ellos (artículo 218).

Finalmente, en el caso de los menores agredidos o las personas agredidas sexualmente, el artículo 221, antes mencionado, propone que cuando deban realizarse

diferentes pruebas periciales (ej.: psicológicas y medicolegales), "deberá integrarse, en un plazo breve, un equipo interdisciplinario, con el fin de concentrar en una misma sesión las entrevistas que requiere la víctima", y añade que "antes de la entrevista, el equipo de profesionales deberá elaborar un protocolo de ella y designará, cuando lo estime conveniente, a uno de sus miembros para que se encargue de plantear las preguntas".

El sistema de peritación pasa a ser un sistema intencionalmente colegiado (Florián, 1933). La complejidad del proceso de peritación antes descrito, aunada al contexto de la pluralidad de intereses antitéticos en juego, arroja serias dudas en cuanto a la viabilidad del mismo. Los peritos son amigos de las partes, no del tribunal, y en virtud de los intereses para los que fueron contratados, sus opiniones podrían contener un acento poco más o menos pro víctima o pro imputado, según sea el caso. Es posible que, en no pocas ocasiones, al valorar la prueba, el tribunal termine sopesando una diversidad de opiniones inconmensurables o contradictorias. Al final se impondrán aquellos expertos que logren persuadir al tribunal. Idealmente, la causa de su mayor poder de persuasión debería estar anclada en su capacidad para fundamentar mejor sus inferencias y conclusiones, apoyándolas sobre una base científica y racional. Sin embargo, si los miembros del tribunal carecen del conocimiento necesario y suficiente para comprender críticamente los informes periciales, la valoración corre el riesgo de teñirse de sesgos, prejuicios y gustos personales, alejándose de la sana crítica.

Consultores técnicos

El artículo 126 prevé la participación de peritos en calidad de consultores técnicos, quienes son expertos en alguna ciencia, arte o técnica que pueden presenciar las operaciones periciales, acotar observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, quedando constancia de sus observaciones. Pueden, además, acompañar a las partes con quien colaboran en las audiencias, auxiliarlas en los actos propios de su función o interrogar directamente a los peritos, traductores o intérpretes, siempre bajo la dirección de la parte que asisten.

Peritos y consultores técnicos podrían erigirse en una especie de torre de Babel, cuyos miembros hablan lenguas diferentes producto de los intereses contrapuestos que representan. Los menores son los que quizá salgan perjudicados en un proceso en el cual ellos serían la piñata de una fiesta a la cual han sido directamente convidados los peritos y consultores, pero que indirectamente también participan los demás buscadores de "su verdad de los hechos".

Valoración de la prueba y fundamentación de sentencias y autos

El artículo 184 establece que el tribunal determina el valor relativo de cada uno de los elementos de prueba con *aplicación estricta* de las reglas de la sana crítica. Y especifica que "debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial". Por otra parte, en el artículo 361, relativo a las normas para la deliberación y la votación, se insiste nuevamente en que el tribunal apreciará las pruebas producidas durante el juicio, de un modo *integral* y con *estricta aplicación* de las reglas de la sana crítica. Finalmente, el artículo 369, acerca de los vicios de la sentencia que justifican la casación, en el inciso d), establece como vicio el "que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo".

Comentarios finales

El análisis del nuevo Código Procesal Penal muestra un énfasis histórico en la protección del menor ofendido. Si bien esto constituye, en un plano humanista, un avance, en el plano procesal se anticipan serios problemas en cuanto a la participación de terceros expertos, la duración del proceso y la valoración de la prueba testimonial.

Participación de terceros expertos

La participación de múltiples peritos y expertos que representan intereses antagónicos, amigos de sus respectivas partes, hace pensar que, en no pocas ocasiones, dichos profesionales terminarán dictaminando u opinando por separado y, consecuentemente, el menor seguirá siendo sometido a múltiples entrevistas ante peritos privados que podrían interrogar de manera dirigida y sugestiva.

La duración del proceso

El actual Código Procesal Penal no ofrece, en el fondo, ninguna seguridad de que la duración del proceso de investigación va a disminuir. El código solo especifica que la duración del período de investigación deberá ser "razonable", lo cual abre un portón temporal que deja sin solución algunos de los problemas clásicos del testimonio de menores: el deterioro de la memoria con el tiempo, las influencias sugestivas antes del debate y el estrés de mantener al menor de edad y a su familia en una causa pendiente de resolución por mucho tiempo. En cuanto a la duración del proceso intermedio y el proceso final de celebración del debate, el nuevo Código Procesal Penal sí

se compromete a atacarlos. Se está contando con que las fases anteriores al debate van a ser más eficientes, en el sentido de que descongestionarán de trabajo a los tribunales superiores penales.

La valoración de la prueba

En la estructura procesal del nuevo código, los jueces del tribunal pasan a ser observadores y moderadores de las partes en disputa. La base fáctica y racional para que los jueces valoren situaciones y fundamenten sus decisiones será provista por las partes en disputa. Producto de una dinámica interaccional, el tribunal recibirá un conjunto de elementos preinterpretados por peritos y consultores técnicos que representan intereses en conflicto. El tribunal enfrenta la difícil tarea de valorar sabiamente la información que le ha sido presentada por expertos que, se supone, son conocedores de otras disciplinas que vienen al auxilio del Derecho. ¿Cómo ha de hacer un tribunal para cernir el valor probatorio de cada pieza de información entre una gama de posibles sesgos y prejuicios? Ciertamente, un título profesional no garantiza opiniones expertas científicamente bien fundamentadas. ¿Cómo puede un tri-

bunal distinguir entre un experto desapasionado que posee una base de conocimiento científico amplia y actualizada y un experto emocionalmente comprometido con una causa, por más noble que esta sea, y por ende atrincherado en una serie de hipótesis que le comunica al tribunal como si se tratase del conocimiento oficial de una comunidad científica? Alien y Miller (1995) opinan que "con la ayuda de tales expertos, los litigantes pueden y, si se les permite, van a explotar la profunda vulnerabilidad de información del sistema legal, a saber: los profesionales en derecho, quienes aunque expertos en leyes, no pueden navegar los cientos de campos de conocimiento especializado frecuentemente traídos a colación por las disputas legales, sin la asistencia de expertos en dichos campos". Obviamente, entre expertos cuya base de conocimiento podría ser deficiente o sesgada y jueces carentes del conocimiento necesario y suficiente para evaluar críticamente sus contribuciones, la valoración de la prueba y la fundamentación de sentencias será a menudo defectuosa. Este problema se complica aún más en el caso del testigo víctima de abuso sexual pues, en estos casos, la prueba testimonial es, a menudo, la única prueba con la que cuenta el juzgador.

BIBLIOGRAFÍA

- Allen, R.J. & Miller, J.S. (1995). The Expert as Educator: Enhancing the Rationality of Verdicts in Child Sex Abuse Prosecutions. *Psychology Public Policy and Law*, 1(2), 323-338.
- Castillo, F. (1982). *El delito de falso testimonio*. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro S.A.
- Ceci, S. J. & Bruck, M. (1993). Child Witnesses: Translating Research Into Policy. *SRCD Social Policy Report*, 7(3), 1-30.
- Ceci, S. J. (1994). Cognitive and Social Factors in Children's Testimony. En B. D. Sales & G. R. VandeBos (Eds.), *Psychology in Litigation and Legislation* (pp. 13-54). Washington DC: American Psychological Association.
- Código de Procedimientos Penales de la República de Costa Rica*, San José, Costa Rica, Porvenir 6ª edición, 1991.
- Código Procesal Penal de la República de Costa Rica*. (1996). Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (Plenario 7594, aprobada el 28 de marzo de 1996).
- Código de Procedimientos Penales de 1910*. (1966). Edición preparada por A. Vicenzi. San José, Costa Rica, Lehmann.
- Código General de la República de Costa Rica de 1841*. (1858). Edición preparada por R. Ramírez. New York: Wynkoop, Hallenbeck y Thomas.
- Florián, E. (1933). *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Barcelona, Bosch.
- Goodman, G. S. (1984). Children's Testimony in Historical Perspective. *Journal of Social Issues*, 40(2), 1-32.
- Matamoros, M. (1999). *Los dilemas del testimonio de menores (sugestionabilidad y credibilidad) y los fines de la justicia*. Documento sometido a publicación, pp. 1-23.

UN TEMA PARA REFLEXIONAR: EL FISCAL COMO TESTIGO

*no hay libertad cuantas veces las leyes permiten que siquiera en alguna ocasión el hombre (el ser humano) deje de ser persona, y se convierta en una cosa..." (Beccaria)**

*Mayra Campos Zúñiga
Fiscal Adjunta*

Temario:

- I. Introducción
- II. Fiscal como testigo: ¿existe incompatibilidad por su función?
- III. Análisis de un caso
- IV. Conclusión
- V. Bibliografía

I. Introducción

Durante el desarrollo de mis estudios de posgrado se nos invitó a analizar algunos temas no tratados o poco desarrollados dentro de la doctrina relacionada con la cuestión de **la prueba** en materia penal. La iniciativa buscaba provocar en los estudiantes un cambio en la forma de exponer los aspectos vinculados con la prueba¹.

El tema de la prueba, y más específicamente *el fiscal como testigo*, implica un estudio a profundidad, de carácter político criminal, relacionado con la dinámica del

nuevo Código Procesal Penal. Obliga a cuestionarse cuál es la *"nueva política criminal"* que busca responder a la *lucha contra la criminalidad organizada conforme a las tendencias del Derecho Penal moderno*.

Esas tendencias contemplarían la posibilidad de que un fiscal, como autoridad pública, luego de realizar la investigación se constituya en testigo sobre hechos en el mismo proceso. ¿Será esto un ejemplo de los instrumentos autorizados dentro de esa tendencia de transformación del Derecho Penal y Procesal Penal? Como lo apunta Hassemer: *"El derecho de policía, el derecho penal, y sobre*

Lo escrito entre paréntesis no es del original.

1. *Agradezco profundamente a la Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo, Decana de la Facultad y profesora de la Maestría en Ciencias Penales, el haber generado en mí esta reflexión.*

todo el derecho procesal han sido dotados con instrumentos de combate que, en las dimensiones que han sido escogidas, en todo caso se oponen a las tradiciones vigentes hasta la fecha y una calidad de combate de la criminalidad se hace presente por medio del derecho".

Para nadie es un secreto que en la actualidad se están presentando cambios sustanciales en el Derecho Penal y Procesal Penal. Esa tendencia busca resolver los problemas de la criminalidad organizada, y afrontarlos como un fenómeno nuevo que tiene implicaciones no solo criminológicas, sino también desde la óptica jurídico-penal.

El marco ideológico y doctrinario que justifica este proceso de transformación lo constituye el discurso del aumento de la "inseguridad" y el "miedo" en las sociedades actuales. Discurso que ha llevado a considerar la "seguridad" como una pretensión social que demanda respuestas del Estado de modo "eficaz".

Es desde esta óptica que nos preguntamos, si esta, la de que el fiscal se convierta en testigo de la misma causa en la que fue investigador, tiene como única finalidad lograr la "igualdad de armas" entre el Estado y la delincuencia organizada. Sin embargo, consideramos que "no existe ningún tipo de 'igualdad de armas' entre la criminalidad y el Estado que la combate, en el sentido de una permisón a los órganos estatales para utilizar todos los medios que se encuentran al alcance de los criminales. El Estado necesita, también de cara a la población, una

prevalencia moral sobre el delito, que no sólo sea fundamentada normativamente sino que también actúe de manera práctico-simbólica. El Estado no debe utilizar métodos criminales ya que perdería esa prevalencia y con ello, y a largo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden jurídico estatal..."

Este aspecto nos lleva a un planteamiento "ético y moral", desde el punto de vista deontológico: ¿Con este instrumento hemos sacrificado algún bien jurídico? ¿Puede un fiscal, en esta posición, cumplir con los principios de objetividad y lealtad? Lamentablemente la respuesta es positiva: sí se han vulnerado principios y garantías constitucionales, y, obviamente, se han afectado los principios de objetividad y lealtad que rigen la labor del Ministerio Público. Y, por lo tanto, se afectan los derechos fundamentales del imputado. "La presunción de inocencia es uno de los pilares del derecho penal... referido al Estado de Derecho. (...) Con este principio resultarían incompatibles las afirmaciones de una muy difundida retórica que preconiza que los métodos de investigación han sido introducidos recientemente, y los que aún están siendo promocionados y deseados, estarían dirigidos a mafiosos, gángster y a delincuentes particularmente peligrosos y que los ciudadanos no tendrían nada que temer. Esto es falso. Estos cuestionables métodos de investigación son utilizados en el proceso de instrucción, es decir en un estadio, en el cual la presunción de inocencia impera sin restricciones (y además estos métodos se dirigen no sólo contra

2. Hassemer, Winfried. *Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y Razones*. **Revista de Ciencias Penales**, San José, Costa Rica, diciembre de 1997, Año 9, N° 14, p. 7.
3. Hassemer, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde, María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 39 ss. Llobet Rodríguez, Javier y otros. *Nuevo Proceso Penal y Constitución, Garantías Procesales y Seguridad Ciudadana*, San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1998, p. 147 ss.
4. Hassemer, *Límites...* Op. cit, p.10.
5. *Este problema de la afectación de principios fundamentales al procurarse prueba por medios ilícitos (desde un sentido constitucional) ha sido estudiado por VIVES ANTÓN desde una perspectiva deontológica y epistemológica*. "En el proceso penal, que no ha de ser sino uno más de los procedimientos utilizados en la democracia, se trata de alcanzar una resolución correcta; pero 'correcta' no es sólo materialmente 'verdadera'. El problema del proceso no es sólo de conocer la verdad material, si es que ésta puede afirmarse alguna vez con certeza, sino también el que de la verdad que se establezca sea el resultado de un procedimiento legítimo, que no se incline a favor de ninguna de las partes y en el que ninguna de éstas tenga posibilidades exorbitantes que coloque a la otra en situación de desventaja". "Solo la verdad obtenida con el respeto de esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en si, sino lo justo, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo". "Si ello es así —y así parece ser— los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su 'verdad' resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración". Vives, Antón. *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*. **Revista Poder Judicial**, Número especial II, 1987, pp. 125-126.

sospechosos sino que también contra personas no directamente involucradas en las investigaciones)" (sic).

Es mi interés que esta reflexión nos sirva de punto de partida para cuestionar si este método de investigación implantado por algunos fiscales, a raíz de la reforma procesal, roza con derechos constitucionales. Como nos recuerda Cafferata, "... la preponderancia que debe existir en el respeto de los derechos fundamentales de las personas lo que no se obtendría en forma efectiva si se le da validez al fruto de la violación constitucional (...) lo contrario equivaldría a admitir que el orden jurídico puede mantenerse a costa de su propia vulneración lo que configuraría una contradicción fundamental, destructiva en su esencia".

II. Fiscal como testigo: ¿existe incompatibilidad por su función?

Quisiera señalar en este punto que tratados y libros que abordan el tema de la prueba, no profundizan el asunto que planteo y, por lo tanto, sus implicaciones dentro del proceso penal.

Los textos clásicos, tales como Cafferata y Florián, no hacen alusión directa al tema, pero sí plantean algunos aspectos que podrían sustentar nuestra reflexión.

En efecto, a nivel doctrinal se ha establecido que existe una incompatibilidad entre la condición de fiscal de la causa y de testigo. Sobre el particular se ha señalado que *"No es acumulable, en un mismo juicio, la calidad de testigo con el cargo de representante del ministerio público. Esta incompatibilidad se deriva de la estructura del proceso y de la respectiva posición del agente del ministerio público y del testigo, y es tan evidente, que debería afirmarse aun cuando no estuviera indicada por ley"*.

Sin embargo, se resalta que *"la incompatibilidad debe entenderse solo en la medida impuesta por la necesidad en relación con la estructura del proceso, por lo cual se pregunta si el agente del ministerio público puede, después de haber rendido testimonio, volver a asumir su propio cargo. La respuesta depende de la organización del Ministerio Público en la audiencia: si vale la llamada impersonalidad y la persona es sustituible, naturalmente la respuesta es afirmativa; pero si el representante del ministerio público no es sustituible, esto es, que se encuentra en la misma posición que el juez, la respuesta es negativa"* (sic).

Vemos que la incompatibilidad la circunscriben a la participación del fiscal como fiscal y como testigo en el mismo proceso.

Sin embargo, nuestro análisis lo queremos plantear desde otra óptica, desde otro tipo de incompatibilidad. Incompatibilidad que sustentamos a partir de que su **"conocimiento sobre el objeto de la investigación lo han adquirido en virtud de su intervención funcional"**. Es a partir de esta premisa que consideramos que al facultarse que un fiscal o fiscales encargados de una investigación, asuman luego la condición de testigos de cargo, constituye un mecanismo de investigación estatal que pone en desventaja a una de las partes más débiles del proceso: el imputado.

Pese a esta afirmación inicial, vemos que en nuestro sistema procesal no se establece ninguna incompatibilidad en ese sentido.

La normativa procesal, en los artículos 204 al 212, señala los deberes y derechos de los testigos, así como las generalidades en cuanto a la forma de recibir dicha prueba.

6. Hassemmer, Límites,... Op. cit, p.10.

7. Pereira Pérez, La prueba ilícita,... Op. cit, p. 9.

8. Florián, Eugenio. De las pruebas penales, Bogotá, 2da. edición, Editorial Temis, T.II, 1976, p. 114.

9. *Ibid.*, p. 115.

10. Cafferata, La prueba ..., Op. cit, p. 100.

11. El Lie. Jorge Segura Román, Fiscal Adjunto General, al analizar el punto nos señala que: *"en esa hipótesis no puede ser testigo en sentido estricto. A lo sumo, puede ser testigo de los resultados de una investigación, o de una hipótesis de investigación y no de los hechos. Esta posibilidad de utilizar al fiscal como testigo en la investigación, también la faculta el artículo 352, párrafo 3 ya que en forma solapada está convirtiendo en testigo al fiscal, cuando interroga al testigo sobre manifestaciones dadas a su persona durante la investigación, ya que en caso de contradicción, el juez sustenta su posición en los elementos introducidos por el fiscal en el debate. Esto, evidentemente, es contradictorio a lo dispuesto en el artículo 334, 293 y 294, párrafo 4, al establecer claramente que carece de valor probatorio o para fundar la condena del acusado, las actuaciones de la investigación preparatoria"*.

El artículo 204 establece, de un modo general, el deber de testificar: "Deber de testificar. Salvo disposición en contrario, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; asimismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias ni elementos, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le puedan deparar responsabilidad penal".

Por su parte, el artículo 205 dispone: "Facultad de abstención. Podrán abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas".

Vemos que, dentro de las facultades de abstención, no se menciona el fiscal, tal y como lo planteamos en este trabajo.

En el artículo 206 se define el "Deber de abstención. Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, los ministros religiosos, abogados y notarios, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de las ciencias médicas, así como los funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas, con excepción de los ministros religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

En caso de ser citadas, estas personas deberán comparecer y explicar las razones de su abstención.

Si el tribunal estima que el testigo invoca erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenará su declaración mediante resolución fundada".

En este artículo tampoco se menciona que exista deber de abstención por parte de los fiscales en cuanto al objeto de la investigación que ha adquirido en virtud de su intervención funcional.

En el resto de los artículos mencionados (207 al 212) tampoco existe referencia alguna a la situación que analizamos.

Esta ausencia de regulación sustenta la idea generalizada de que esta es una prueba testifical más. Por ello, los fiscales deben declarar acerca de *"lo que oyeron, vieron o percibieron en el curso de una investigación policial, está fuera de toda duda y el órgano judicial de instancia las valorará según las reglas del criterio racional ."*

Por eso podemos afirmar que existe un trato igual entre las declaraciones de los agentes policiales y los fiscales como investigadores. Sin embargo, creemos que la situación no es asimilable.

En primer lugar, el Ministerio Público es el órgano que, por ley, tiene la obligación de investigar los delitos de acción pública, de acción pública a instancia privada, y debe hacerlo de modo *"objetivo"*. Es decir, determinando cuáles elementos son justificativos de su acción y promoción, así como los eximentes. En segundo lugar, los fiscales deben garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los imputados.

La policía, por su propia naturaleza, tiene una actividad inquisitorial, la que generalmente se inclina a favor de la acusación, más que eximir de responsabilidad. Por otra parte, la función de garante de los derechos fundamentales no se le atribuye a la policía. Al contrario, existe la idea de que en dicha sede se violentan, por lo que se establecen mecanismos de control. Por ejemplo, la dirección funcional a cargo del Ministerio Público.

Aparte de ello, se ha establecido en nuestro sistema procesal un principio esencial, que constituye otra limitante,

12. Pe Urbano Castrillo, Eduardo. *La prueba ilícita en particular. La prueba en el proceso penal II, Consejo General del Poder Judicial, IX, España*, p. 254. Sobre el particular el Lic. Segura Román considera que: "esta condición de un **testigo más en el proceso**", es una forma de introducir prueba ilegal, ya que como se indicó anteriormente, el fiscal no es un testigo de los hechos, sino que expone un juicio de probabilidad sobre la existencia del hecho y la participación del imputado. Esta conclusión se deriva de la relación entre los artículos 62, párrafo 3, 63, 127, 181, 182, 293, 294, párrafo 4, 334, 352, párrafo 3, todos del Código Procesal Penal".

y es que el fiscal, luego de investigar un caso, se convierta en testigo del mismo: nos referimos al principio de lealtad.

El artículo 127 del código *ibídem* dispone: "Las partes deberán litigar con lealtad, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede".

Es en este último párrafo que ubicamos, que al permitir esta "conversión" es un claro ejemplo de "abuso de las facultades" que otorga este código. En efecto, el artículo 62 señala: "El Ministerio Público ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran.

Los representantes del Ministerio Público deberán formular sus requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica".

Es decir, es una "facultad" —en el entendido de que la opción de los criterios de oportunidad excepciona el concepto de deber absoluto de persecución penal— que le permite al Ministerio Público identificar las fuentes de prueba que le permitan sustentar su hipótesis (sea esta acusatoria o no).

Por su parte, el artículo 63 señala que esta función debe ser objetiva: "En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley. Deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; asimismo, deberá formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio, aun en favor del imputado".

Aparte de las razones ya expuestas, al convertirse el fiscal en testigo se desnaturaliza el objetivo del juicio, pues no se centra la discusión en determinar la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado en este,

sino mas bien en corroborar la versión del fiscal o del policía, según el caso¹³.

Nos preguntamos, ¿podrá un fiscal, conforme a los principios de lealtad y objetividad, luego de investigar un caso, convertirse en testigo del mismo proceso? ¿Garantiza este mecanismo el equilibrio procesal entre parte acusadora y parte acusada? ¿Constituye este medio una ventaja procesal?

En este corto ensayo no podemos dar respuesta a estas interrogantes. Sin embargo, queremos exponer un caso para que cada cual saque sus propias conclusiones.

III. Análisis de un caso

Tipo de delito: homicidio calificado.

En este caso el Ministerio Público presentó como acusación principal, que el acusado G.N.A.M. había participado en calidad de coautor de tres homicidios calificados. Hechos ocurridos el 14 de noviembre del año 1998. En lo que nos interesa señaló la acusación: "El sábado catorce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho después de haberse celebrado una pequeña fiesta familiar en la casa de habitación de los ofendidos a la que asistió el imputado y en donde se encontraban presentes ... tres víctimas en esta causa, el encartado G.F.A.M. y su novia... decidieron poner en ejecución el plan previamente establecido por ambos, consistente en dar muerte a sus padres y hermano de esta última... 3.- Sin precisarse hora exacta pero si entre las tres y las cuatro horas del quince de noviembre de ese mismo año, los ofendidos se encontraban durmiendo, los esposos ... en su recámara matrimonial y el menor... en su dormitorio ubicado en un aposento contiguo al de sus padres; situación que fue aprovechada por la menor... y su novio... el encartado quienes utilizando un arma de fuego, tipo revólver, marca Ruby, modelo XIV, calibre veintidós, ingresaron al área de los dormitorios y sacando provecho de la indefensión de las víctimas,... disparó en forma artera contra sus padres produciéndose la muerte. 4.- Mientras la menor los ultimaba y recargaba el revólver, el endilgado ... controlaba la

13. Como lo afirma el fiscal Segura Román, "lo que se busca probar es el juicio de probabilidad a que arriba el fiscal después de realizada la investigación. Lo que testifica es sobre su trabajo en la investigación preparatoria; no es un testigo del hecho histórico que motivó su intervención".

situación fuera de la recámara principal, toda vez que el niño... despertó al escuchar las detonaciones del arma de fuego y al intentar ingresar al dormitorio de sus padres, fue golpeado fuertemente en la barbilla y el mentón por... lo cual le impidió pedir auxilio y frustrar así el plan previo de los acusados. 5.- Una vez que la menor ... terminó de percutir los ocho disparos contra sus padres y encontrándose el menor incapacitado para resistir debido a los golpes que ... le propinara, C. procedió a disparar en forma certera en la cabeza de su hermano menor, provocándole también la muerte. (...) 7.- Luego de perpetrado el hecho y para ocultar los rastros del ilícito, el encartado A.M. y la menor ... procedieron a vestir los cuerpos ... los introdujeron en el vehículo, marca toyota... 8. Acto seguido, el encartado... se trasladó con los occisos en el vehículo mencionado hasta el puente sobre el río Virilla ... procede a dejar en neutro el vehículo supracitado y lo empuja al precipicio..." (sic).

Como tesis subsidiaria, se acusó a G.F.A.C, por el delito de Favorecimiento..." 4.- Luego de perpetrado el hecho y para ocultar los rastros del ilícito, la menor solicita colaboración a su novio, el encartado A.M. para vestir los cuerpos, arrastrarlos hasta la cochera de la vivienda e introducirlos en el vehículo, marca 5.- Acto seguido, el encartado G.F. A.M. se trasladó con los occisos en el vehículo mencionado hasta el puente sobre el río Virilla... procede a dejar en neutro el vehículo supracitado y lo empuja al precipicio... esto con el fin de ayudarle a C. a deshacerse de los cuerpos y simular un accidente de tránsito. 6.- Sin precisarse fecha exacta pero si entre los ocho días siguientes a la comisión del ilícito y con el fin de ayudarle a la menor a ocultar el arma homicida, el imputado A.M. procede a enterrar en el patio de su casa de habitación ... el arma de fuego tipo revólver..." (sic).

Método de investigación utilizado.

En este caso, se dio una ardua discusión acerca de si el método utilizado durante la investigación, tanto por parte del Ministerio Público como por la policía, afectó derechos fundamentales, y si la prueba obtenida podía o no validarse en la teoría de la fuente independiente.

En los considerandos IV y V el tribunal de juicio expone su posición: "Es claro, entonces, que al acusado A.M. se le debieron respetar los derechos que, en su calidad de imputado, le correspondían "desde el primer momento de la persecución penal", (sic) en primer lugar, el derecho a la defensa técnica (artículo 13 del Código Procesal Penal). Es claro que la declaración que rinde en condiciones totalmente espúreas, sin contar, evidentemente, con la presencia de un abogado defensor y sin estar presente siquiera un fiscal. Más aún, dicha declaración se lleva a cabo en total contradicción con lo estipulado por el artículo

98, *ibidem*, de conformidad con el cual: "La policía no podrá recibirle declaración al imputado. En caso de que manifieste su deseo de declarar, deberá comunicar ese hecho al Ministerio Público para que se reciban sus manifestaciones con las formalidades previstas por la ley". Es claro, entonces, que se está en presencia de un defecto absoluto, de los que implican inobservancia de derechos y garantías previstos en la Constitución Política, pues, en el presente caso, el debido proceso legal (Artículo 39 de la Constitución Política). Y desde el momento en que la declaración es obtenida sin que le respeten al acusado sus elementales derechos, se está en presencia de una manifestación obtenida por medio de la violencia (aunque sea de naturaleza psíquica). Por eso es que, en este caso, se violó contra del encartado la garantía contenida en el artículo 40 de la Constitución Política, específicamente en cuanto prohíbe la obtención violenta de declaraciones y sanciona con la nulidad a aquellas que sean arrancada en contradicción a dicho mandato (...) V. No cabe, en el presente caso, aplicar la teoría de la fuente independiente, pues es claro que, sin la declaración del acusado obtenida por medios ilícitos, jamás habría podido encontrar el lugar en el cual estaba enterrada el arma homicida (...) Es decir, fue gracias únicamente a las declaraciones del acusado, que los oficiales pudieron llegar directamente a ubicar, sin ninguna dificultad, el arma en cuestión. Además, de ninguna de las pruebas que fueron incorporadas al debate se deduce indicio alguno de que el arma fuere hallada sin ayuda de la declaración del acusado A.M. (...) Por las razones dichas, debe declararse con lugar la actividad procesal defectuosa protestada por la defensa del imputado..." (sic).

Si bien es cierto que, esta resolución exige de involucrar a los fiscales en esa "violencia psíquica", es también cierto que las declaraciones de los fiscales que actuaron en la investigación tenían como objetivo justificar "la declaración" del sospechoso y, de algún modo, legitimar la intervención policial.

Declaración de los fiscales en el caso.

Fiscal N°1, Lic. H. "Como a mediados de noviembre del año pasado laboraba como fiscal en Heredia, yo era el encargado de las investigaciones de narcotráfico. Los hechos ocurrieron domingo, el lunes la Licda. L. me comunicó el caso, me asignó la investigación del triple homicidio, porque todo parecía indicar que el móvil del homicidio era narcotráfico. (...) Teníamos dudas de donde había ocurrido las muertes hasta la primera prueba de luminol. Se pensaba que ellos habían sido ultimados por sicarios, por lo que se hizo investigación profunda en los Cuadros, lo que manejó el personal del OIJ, personalmente no participé directamente en el asunto, me reunía con los investigadores en la mañana y en la tarde. La Licda. L.

estuvo muy involucrada en las investigaciones (...) La prueba de luminol arrojó como resultado la existencia de manchas de sangre, llegando a la conclusión de que K. tenía que estar implicada en los homicidios (...) En la cochera uno de los oficiales me habló de la necesidad de entrevistar a G.F. para ver qué conocía sobre otros elementos que pudiera aclarar en detalle los homicidios, ellos me decían que era importantísimo y urgente porque entre más tiempo más se afectaba la verdad. Sabíamos que G.F. después del homicidio acompañaba mucho a K, y si K había tenido contacto con algunas personas, G.F. podía saber sobre ello, porque la podría haber trasladado a hacerlo. Les dije que no teníamos elementos contra él y que si quería ir podía hacerlo, lo llamé y le dije que si estaba de acuerdo con ir, me dijo que no tenía problema, (...). Nos fuimos de regreso, la Licda. L. me dijo que ella se iba a encargar de coordinar lo que faltara, yo me regresé a mi casa. A eso de las 6 y media de la mañana recibí llamada de la Licda. L. y me dijo que habían encontrado el arma que F. había dicho donde estaba, que habían vuelto a la casa de F. Yo le dije que me estaban vacilando, no creí, porque nunca pensé que pudiera haber dado una información de esa naturaleza. En la oficina se discutió después de eso la necesidad de investigar a F., a quien no se le había tomado en cuenta (...) Nunca antes se había investigado a G.F. (...) F. es trasladado en un vehículo del OIJ de la Delegación de Heredia, no fue esposado, no estuvo custodiado dentro de la casa, la única persona que tenía custodia era K. F. Estaba a la par de K. (...) F. fue llevado al OIJ en vehículo de este organismo, lo cual no me lo plantié en ese momento, lo que me interesaba es que nos iba a acompañar, no vi cuando se fueron. (...) La Licda. L. no investigaba independientemente, era directora, pero no giraba ninguna instrucción que no fuera a través mío. Recuerdo que dio la orden de investigar a F a partir de la fecha que fue detenido. (...) Los oficiales me sugieren la entrevista, no necesariamente tenía que fiscalizarla, puede ser realizada por los oficiales de investigación. (...) A la Licda. L. le comentaron que G.F. había dicho lo del arma y que ella preguntó porqué lo dijo, porqué le contó, que si quería a los papás, que se quedara callado. Que yo sepa cuando F. contó lo de las manifestaciones ella no se encontraba. (...) La aceptación voluntaria del imputado de ir al OIJ la dijo creo que delante de..." (sic).

Fiscal N° 2, Licda. L. "Soy Fiscal del OIJ a cargo de esta investigación; conozco al imputado a raíz de esta investigación, deseo aportar libro de novedades, fui llamada por oficial F. Por un caso de un carro que se precipitó en un río con muertos (...) Fuimos a la casa de los fallecidos y sus nombres eran conocidos por un juicio anterior relacionado a narcotráfico, fuimos a la casa en Moravia y habían varias personas, pedimos que solo quedaran familiares, iniciamos registro y conversación para determinar a qué se dedicaban, C. era la hija menor e indicó que su padre se dedicaba al narcotráfico y que había peleado con

un narcotraficante (...) allí nos enteramos que ésta el mismo día de la muerte de su padre se fue a vivir a casa de su novio, hablamos con la mamá de F., allí estaba él, según H.M. (Fiscal N° 1) se trasladaría a F. para recibirle declaración como testigo, eso fue en horas de la madrugada,... se delegó la entrevista de F. a la policía por nuestras múltiples ocupaciones respecto de esta investigación (...) los oficiales L. y C estaban entrevistando a F., ellos me dijeron que F. había dicho donde C. escondió el arma, me dijo a mí que yo no sabía cómo sus padres trataban a C., yo le dije a los oficiales que de inmediato sería trasladado a oficina del conserje y que no debía decir ya nada más... Para entonces yo era fiscal adjunta de Heredia (...) La Señora dice que él durmió allí, esa primera vez no hicimos ningún registro en el patio, luego nos trasladamos al OIJ para entrevistarlo y en esa casa no era pertinente por la gran cantidad de gente, a F. lo llevan a oficina del oficial A., se le trasladó en carro del OIJ,... él no mostró renuencia. F. dijo que tenía en la casa el arma con que se había dado muerte a esas personas. El arma se encontró luego de revisar patio trasero, allí se encontró, no recuerdo que dijera en qué lugar de la casa estaba, buscamos en la casa y patio trasero para encontrarla. A ese segundo allanamiento nos acompaña solamente la defensora, F. quedó en la salita del OIJ pero para entonces no como testigo porque ya habían variado las condiciones (...) después del allanamiento de su casa se le informó de sus derechos pero luego de hablar del arma. (...) A la casa de F. el primer ingreso fue autorizado y el segundo no se si fue con orden pero sí recuerdo que había un juez (...) se le llevó a entrevistar sobre las compañías de C. y acerca de lo que había hecho con posterioridad al hecho, etc., sobre ese hecho únicamente se le entrevistó a él" (sic).

Posición de los jueces en el caso.

En este caso concreto, aparte de las pruebas periciales, existió bastante prueba de carácter testimonial. Entre ella las declaraciones de los fiscales que se refirieron a manifestaciones dadas por ambos imputados (la menor de edad y el adulto). El tribunal, al analizar la prueba, decide *absolver* por los delitos de homicidio, y subsidiariamente por el de favorecimiento real. En lo que interesa señala: "En cuanto a la acusación principal del Ministerio Público y la acusación de la querrela, es de resaltar que estas parten de la supuesta existencia de un plan homicida que C. y el acusado A. M. deciden poner en ejecución. Con todo, el Tribunal es del criterio de que ni el Ministerio Público ni la querrela lograron acreditar este extremo. En particular, no se logró demostrar la existencia de un acuerdo previo entre C. y el encartado tendiente a la ejecución de las víctimas. Una vez evacuada la prueba en el debate y valorada ésta con arreglo a las normas de la sana crítica, se llega a la conclusión de que no existen indicios, claros, precisos y concordantes de la existencia

de este supuesto acuerdo delictivo. (...) Por todas estas razones, las propias representaciones del Ministerio Público, en sus conclusiones, estimó que no habían elementos de juicio suficientes para tener al acusado como responsable por los delitos de homicidio que se le habían venido atribuyendo hasta el momento. Pero así como no se ha demostrado la participación del acusado en la muerte de las víctimas ni la existencia de un plan homicida entre el encartado y C, tampoco existen elementos de juicio para tener por acreditada la acusación accesoria..." (sic).

En este caso, los jueces ordenaron el testimonio de piezas contra los fiscales y policías, para investigar si se incurrió en "falso testimonio".

En este caso en particular, ante la solicitud de absolutoria solicitada por el fiscal del caso, el fiscal general, como superior jerárquico, interpuso recurso de casación contra la sentencia absolutoria.

Mediante resolución 826-2000, de las diez horas con cinco minutos del veintiuno de julio de dos mil, la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, acoge el recurso del Ministerio Público en cuanto a la existencia del delito de favorecimiento real, sin embargo, declara que a esa fecha se encuentra prescrito. En cuanto a las declaraciones de los fiscales y su posible responsabilidad por "falso testimonio", revoca la sentencia. En lo que nos interesa el fallo señaló:

"Ahora bien, para la Sala, conforme se indicó, existen elementos de juicio más que suficientes para establecer que el justiciable cometió el delito de favorecimiento real y no se comparten los razonamientos del a quo, que consideró que actuó inculpablemente coaccionado por la menor C. En efecto, se observa una evidencia abrumadora de que el acusado ayudó a aquella a desaparecer rastros importantes del delito, en particular los cuerpos de las personas a que se dio muerte; sin que para establecer ese hecho sea preciso recurrir a la prueba excluida del proceso. Si está claro que el encausado ejecutó los actos constitutivos del favorecimiento real, considerar que obró bajo coacción corresponde a una errónea apreciación de las reglas de la sana crítica, pues lo cierto es que de sus acciones posteriores al hecho se revela que actuó con plena conciencia y libre voluntad, al extremo de que trasladó a su propia casa a la autora de los homicidios y de la supuesta coacción y continuó con ella su relación de noviazgo. En esta tesitura, la sola circunstancia de que la menor hubiese dicho a su hermana que el justiciable actuó por temor a sus amenazas, es de por sí insuficiente para tener por demostrada la causa de inculpabilidad y ni siquiera para introducir las dudas que indicó el Tribunal, en tanto más bien puede responder al afán de la menor de proteger a quien le dio auxilios indispensables para ocultar y entorpecer

la investigación de los homicidios por ella cometidos, dándole incluso resguardo en su casa y callando los hechos en los que, según el a quo, fue obligado a participar, no obstante que ya no podía existir ningún temor fundado a las presuntas amenazas que, a juicio de la Sala, nunca existieron. Lo procedente sería, entonces, anular el fallo en cuanto absolvió al justiciable del delito de favorecimiento real, por basarse en una valoración de la prueba que vulnera el correcto entendimiento humano, ya que concurren elementos de prueba válidos y de entidad más que suficiente para establecer que G. sí cometió ese hecho punible con plena capacidad, conocimiento y voluntad. Sin embargo, lo cierto es que la anulación carecería de todo interés procesal, habida cuenta de que ello implicaría que la acción penal (reducida a un plazo de año y medio desde la primera imputación ocurrida el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho), se hallaría prescrita a la fecha y sería por ello imposible decretar una sentencia de condena contra el acusado por el delito en mención. En virtud de la falta de interés procesal que deriva de estas consideraciones, no procede anular el fallo y se impone declarar sin lugar el recurso.

Vllo- Ahora bien, observa la Sala que el Tribunal dispuso ordenar una investigación para determinar si "las autoridades de policía y del Ministerio Público que declararon en el debate" incurrieron en el delito de Falso testimonio. Este extremo debe ser revocado, como en efecto se dispone, ya que el a quo no solo omite identificar a cuáles funcionarios específicos se refiere, de los que depusieron en la audiencia, sino que tampoco fundamenta las razones en que la orden se basa. Supone la Sala que se refieren los juzgadores a las circunstancias en que se recibió la declaración del justiciable por la policía, sin embargo de la lectura del fallo no se extrae que los funcionarios hubiesen alterado hechos, sino tan solo que hicieron una incorrecta interpretación de las normas que definen la condición de imputado y actuaron creyéndolo un simple testigo. Evidentemente ni este dato constituye un falso testimonio, ni se obtiene del resto del fallo ningún elemento que así lo sugiera, por lo que la medida debe ser revocada. En virtud de lo expuesto, se deja sin efecto el testimonio de piezas ordenado y, salvo esta modificación, permanece inalterado el fallo de mérito en todo lo demás" (sic).

IV. Conclusión

El permitir que la o los fiscales del caso se conviertan en testigos y se introduzcan como "prueba" en el proceso con el fin de lograr el convencimiento judicial, constituye un peligroso mecanismo, porque le otorga una ventaja indebida al Ministerio Público sobre el imputado. Además constituye un procedimiento cuestionable para avalar situaciones que podrían violentar derechos fundamentales.

Es suficiente con que los policías declaren en el proceso e introduzcan oralmente las pesquisas y diligencias policiales.

Esta incompatibilidad, sustentada en que "el objeto de investigación lo han adquirido en *virtud* de su intervención funcional", tiene como finalidad hacer efectivos los principios de lealtad y objetividad que preconiza el modelo marcadamente acusatorio que se pretendió implantar con la reforma procesal de 1996.

Y como corolario de esta reflexión, debemos preguntarnos:

¿Coinciden estas actuaciones con la deontología propia del fiscal dentro de un Estado democrático?

¿Constituye este mecanismo una renuncia de la obligación del Estado de investigar y probar los delitos cometidos?

¿Constituyen una expresión de renuncia o menoscabo de la presunción de inocencia?

Y lo más grave, ¿Constituye este instituto un mecanismo para abandonar la idea central de que en un Estado democrático el ser humano es el fin y no un medio al servicio de este?

La discusión está planteada...

V. Bibliografía

LIBROS

ALBERTAZZI ACUÑA, CONSTANTINO Y SÁNCHEZ CÉSPEDEZ, Víctor. **Análisis de la legislación y las políticas nacionales en la lucha contra el narcotráfico a la luz de la Convención de Viena de 1989**. San José, tesis para optar por el grado en licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1989.

ARMIJO SANCHO, Gilbert. **Nuevo Proceso Penal y Constitución**. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 1^{ra} edición, 1998.

BECK, ULRICH. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**, Barcelona, 1^{ra} edición, AY M GRAFIC, S.L., 1998.

BLANCO JIMÉNEZ, Ana Lorena. **Deberes y derechos del testigo sospechoso en el ordenamiento procesal penal**. San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de grado para optar por la licenciatura en Derecho, 1997.

BILING, Ernest. **Derecho Procesal Penal**. Barcelona, La-bor S.A., 1943.

CAFFERATA NORES, José. **El imputado, (Estudios)**. Buenos Aires, Editora Marcos Lerner, 1982.

CAFFERATA NORES, José. **La prueba en el proceso penal**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

CAFFERATA NORES, José. **Los frutos del árbol envenenado**. Buenos Aires, Editorial Depalma, S.A., 1986, p.492.

CAMPOS, Mayra. **La apreciación de la prueba en el proceso penal**. Maestría en Ciencias Penales, 1999.

CARRANZA, Elias. Coordinador. **Delito y seguridad de los habitantes**. San José, 1^{ra} edición, Programa Sistema, Penal y Derechos Humanos ILANUD/COMISIÓN EUROPEA, Siglo XXI Editores, 1997.

CRUZ, Fernando. **La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho**. ILANUD, San José, 1989.

CHANG PIZARRO, Luis Antonio. **Criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal**. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 1998.

CHAVARRÍA GUZMÁN, Jorge. **Ley sobre Estupefacientes y Actividades Conexas. Convenciones Internacionales de las Naciones Unidas**. Comentada y anotada. San José, Editorial Jurídica Continental S.A., 1999

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. **La prueba ilícita en particular. La prueba en el proceso penal II.** Consejo General del Poder Judicial, IX, 1996.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. **Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida. La prueba en el proceso penal II.** Consejo General del Poder Judicial, IX, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

FLORIÁN, Eugenio. **De las pruebas penales,** Bogotá, 2da. edición, Editorial Temis, T.II, 1976.

GIMENO SENDRA, Vicente. **Los movimientos de reforma del proceso penal y la protección de los derechos del hombre.** Congreso XXV AIDP, 1991.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal.** Traducción de Francisco Muñoz Conde, María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y otros. **Nuevo Proceso Penal y Constitución, garantías procesales y seguridad ciudadana,** San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1998.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **Garantías y sistema penal, relejendo hoy a Cesare Beccaria.** Ediciones Jurídicas Arete, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1999.

PALACIO SÁNCHEZ IZQUIERDO, José Ricardo. Nueva delincuencia: aspectos problemáticos de gran reforma penal. **La nueva delincuencia I.** Cuadernos de Derecho Judicial, XXII, 1993.

PASTOR BORGONÓN, Blanca, **La prueba ilegalmente obtenida.** En: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Consejo General del Poder Judicial, 1993.

PEREIRA PÉREZ, José María y otro. **La prueba ilícita o espúrea en la doctrina, jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal (sic).** San José, Corte Suprema de Justicia, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales.** España, Cuadernos Civitas, 1999.

VARGAS, Víctor. **Criterios de oportunidad en la lucha contra el crimen organizado,** Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica, N° 4, agosto, 2000.

REVISTAS

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal y Estado. **Revista de Ciencias Penales.** Año 8, N° 12, diciembre, 1996, p. 8.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. **Revista de Ciencias Penales,** N° 7, 1993.

HASSEMER, Winfried. Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y Razones. **Revista de Ciencias Penales,** San José, Costa Rica, diciembre 1997, Año 9, N° 14.

SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. La prueba ilícita en el proceso penal, **Revista de Ciencias Penales,** San José, Costa Rica, diciembre de 1992, Año 4, N°6.

TIJERINO PACHECO, José María. Debido proceso y pruebas penales. **Revista de Ciencias Penales.** San José, N° 5, julio de 1993.

VIVES, ANTÓN. **Doctrina constitucional y reforma del proceso penal.** Revista Poder Judicial, número especial II, 1987.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Sala Constitucional, voto 865-91, de las 15:04 h del 3 de mayo de 1991.

Sala Constitucional, voto 4142, de las catorce horas cincuenta minutos del 2 de junio de 1999.

Sala Constitucional, voto 2404-98, de las dieciséis horas 18 minutos del 1 ° de abril de 1998.

Sala Tercera, voto 188-99 de las 9:10 h del 19 de febrero de 1999.

Sala Tercera, voto 1474-97, de las 9:50 h del 23 de diciembre de 1997.

SENTENCIA

Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, a las dieciséis horas con treinta minutos del primero de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

LA APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL PENAL EN EL TIEMPO

Rónald Cortés Coto
Juez de Juicio

La retroactividad o irretroactividad de la ley procesal penal no ha sido un tema especialmente tratado en la doctrina ni en la jurisprudencia nacional, tal vez con excepción de la discusión en torno a la aplicación retroactiva de la ley más favorable en materia de prescripción de la acción penal, que se suscitó con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, en enero de 1998. En aquella oportunidad la Sala Constitucional, en una primera resolución, aceptó la retroactividad de las normas más favorables en materia de prescripción de la acción penal¹. No obstante, luego varió el criterio estableciendo que el principio de retroactividad de la ley más favorable no es aplicable a las normas procesales, sino tan solo a las sustantivas, indicando que la prescripción tiene naturaleza procesal .

El tema, sin embargo, es de singular trascendencia, dado que se encuentra en juego el sagrado principio de la seguridad jurídica, "el saber a qué atenerse", y como dice Bínider **"No existe mayor diferencia entre la irretroactividad de la ley penal sustancial y el régimen de la irretroactividad de la ley procesal penal... ambas se relacionan con el control sobre la arbitrariedad en el ejercicio del poder p³"**.

En un momento histórico determinado, el legislador podría utilizar una nueva ley procesal para disminuir

garantías y derechos de los acusados, ampliar plazos de prescripción, limitar o eliminar medidas alternativas al juicio. ¿Qué sucedería entonces con los procesos penales iniciados antes de esa nueva ley restrictiva de derechos, pero que a su entrada en vigencia aun no han finalizado? Más aún, ¿qué sucedería con los procesos no iniciados, pero cuyos hechos acaecieron antes de la entrada en vigencia de la ley procesal más restrictiva de derechos? El problema no es sencillo de resolver, ya que nuestra legislación procesal penal no regula la aplicación de la ley en el tiempo, y en cuanto a la no aplicación retroactiva de la ley establecida en el numeral 34 de la Constitución Política, los criterios jurisprudenciales, a nuestro juicio, no han sido muy claros en cuanto a la aplicación práctica de la norma.

Antes de abordar el problema, debemos definir qué se entiende por retroactividad de la ley. La retroactividad de la ley consiste en dar efectos reguladores o hacer coercible una norma jurídica a hechos, actos o situaciones producidas con antelación al momento en que entra en vigor, a efecto de eliminar la fuerza reguladora de la ley anterior o bien de alterar o afectar la situación jurídica existente, con base en esa ley anterior. El principio de irretroactividad de la ley, por el contrario, consiste en afirmar que la ley no debe normar los hechos y situaciones jurídicas que han tenido lugar antes de que adquiera fuerza la nueva

1. Voto número 2346-98 de la Sala Constitucional.

2. Voto número 4397-99 de la Sala Constitucional.

3. BÍNIDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, primera edición, 1993, pp. 130-135.

regulación⁴. La doctrina no ha sido pacífica en cuanto a la aplicación práctica de este principio.

1. Los criterios doctrinales.

La mayor parte de la doctrina procesal penal moderna estima que la ley procesal penal es irretroactiva cuando disminuya, restrinja o elimine garantías o derechos acordados a los acusados por una ley anterior, no así cuando se trate de normas neutrales que no tienen relevancia en la orientación político-criminal del proceso. Por ejemplo, la ampliación del plazo para dictar sentencia.

Al respecto, Alberto Bínider sostiene que la ley procesal penal es irretroactiva cuando altera el sentido político-criminal del proceso penal. Ello ocurre, según este autor, cuando una nueva ley limite, por ejemplo, los casos en que el acusado ha de ser juzgado por un jurado. Esa ley no podría aplicarse a una persona que bajo la vigencia de la anterior ley tenía derecho a ser juzgado por un jurado, pues cambia el sentido político-criminal del proceso y restringe una institución prevista para limitar la posible arbitrariedad en el ejercicio del poder penal del Estado. Otros casos, según Bínider, se dan cuando se limite la intervención de la defensa o las posibilidades de interponer recursos contra las sentencias.

En síntesis, entendemos que para este autor, siempre que la nueva ley limite, restrinja o elimine garantías o derechos que tiendan a evitar el ejercicio arbitrario del poder penal estatal, se cambia el sentido político-criminal del proceso y, por lo tanto, es irretroactiva. Para Bínider la nueva ley no será aplicable en esas circunstancias a los procesos penales cuyos hechos ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la nueva ley restrictiva. Ello lo deriva el autor del numeral 18 de la Constitución Política argentina que establece: "**Nadie puede ser penado sin un juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso**". Disposición que no contiene nuestro Código Procesal ni el numeral 34 constitucional, al menos de forma expresa.

Carbonell Mateu coincide con Bínider en cuanto a que la ley procesal penal restrictiva de derechos debe ser irretroactiva. Este autor difiere de la mayoría de la doctrina

de su país, que estima que el principio "tempus regit actum" debe referirse no al momento de comisión del hecho sino al del proceso. Estima que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, si bien se admite el aforismo "tempus regit actum", lo es con carácter relativo, es decir, se prohíbe la retroactividad de la ley procesal posterior al hecho que perjudica al acusado. Citando a Cobo del Rosal y Vives Antón, concluye: "**en todos aquellos casos en que una ley procesal posterior al delito suponga una disminución de las garantías o implique cualquier clase de restricción de la libertad, no regirá la regla 'tempus regit actum', sino que se aplicará la legislación vigente en el momento de realizarse la infracción, presupuesto material al que tales consecuencias procesales se hallan indiscutiblemente ligadas**".

Juan Bustos Ramírez también coincide con este criterio. Indica que "**en materia procesal rige el principio general establecido en el artículo 2.3 Cc conforme al cual las leyes no tendrán efecto retroactivo, salvo que dispongan lo contrario. Por tanto, esto significa que cualquiera que haya sido la fecha de la comisión del delito, el proceso se regirá por la ley vigente en el momento en que éste tenga lugar. Esto podría significar la alteración de las reglas procesales a aplicar al hecho delictivo cometido con anterioridad. Por ejemplo, en el momento de cometerse el delito las leyes procesales establecían la posibilidad de apelación en caso de no conformidad con la sentencia; sin embargo podría ocurrir que las nuevas leyes procesales establezcan una única instancia... Hay instituciones procesales, como hemos visto, que están vinculadas a derechos individuales. Y es conforme a este parámetro que se ha de valorar la retroactividad e irretroactividad de la ley procesal. De esta forma, la irretroactividad de la ley procesal regirá plenamente si de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.3 de la Constitución es restrictiva de derechos individuales. Si así fuera, la nueva ley no podría regir hechos realizados con anterioridad a su entrada en vigor. En definitiva, aparece también en este ámbito el fundamento de impedir la arbitrariedad. Si la irretroactividad de la ley penal tiene también esta finalidad, ella también tiene que alcanzar a las normas procesales**".

4. COTO ALBÁN, Carlos Manuel. *El Principio de Irretroactividad de La Ley*. En: *La Jurisdicción Constitucional y su Influencia en el Estado de Derecho*. San José, UNED, 1996, p. 410.

5. BÍNIDER, Alberto. *Op. cit.*, pp. 132-133.

6. *Ibid.*, p. 131.

7. CARBONELL MATEU. *Derecho Penal. Concepto y principios constitucionales*. Madrid, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 148-150.

8. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid, Ed. Trotta S.A., 1997, p. 105.

Julio Maier admite, en cambio, la aplicación de la ley procesal retroactivamente a procesos ya iniciados cuando la nueva ley entra en vigencia, mediante los llamados transitorios, y siempre que la nueva ley así lo disponga. El maestro argentino indica: **"En efecto las reglas no pueden cumplir su función de cálculo sobre comportamientos pretéritos, ya sucedidos, si no estaban vigentes a la época del suceso, pues el autor no ha podido determinar su conducta por ellas. De allí que las normas aplicadas a comportamientos pasados, tampoco pueden cumplir la función política que determina su existencia: influir —como uno de los motivos— en las personas para que realicen ciertos comportamientos y prescindan de otros; y también, para que puedan relacionarse entre sí con algún sentido racional"**. Sin embargo, más adelante agrega que "de lo explicado se deduce que, en materia procesal penal, no está prohibido (es admisible) que la ley se aplique retroactivamente, según ella misma lo puede establecer, aunque esa forma de aplicación no pueda pretender cumplir una de las principales funciones políticas de la ley en relación a los hechos ya sucedidos: servir de modelo de comportamiento a las conductas humanas, dirigir el comportamiento humano; sin embargo, esa forma de aplicación pretende servir de modelo para valorar esos comportamientos y con ello dirigir la manera de comportarse de quienes deben valorar esas **conductas**". En definitiva, para Maier, algunos procesos que ya han adquirido cierto nivel de recorrido deben seguir rigiéndose por la ley anterior, y los que no lo hayan alcanzado, por la ley actual, no haciendo distinción en cuanto a si la nueva ley resulta restrictiva de derechos.

Este criterio de Maier parece ser el que sigue nuestro legislador en el Código Procesal Penal de 1998, en el Transitorio I, al establecer que las causas que se encontraran con auto de elevación a juicio o prórroga extraordinaria a la entrada en vigencia de ese código, debían continuar rigiéndose por el Código de Procedimientos Penales de 1973. En los demás casos se aplicaría el nuevo código.

No se ha presentado mayor discusión jurídica al respecto, en tanto el nuevo código resulta, más bien, más garantista que el anterior, no solo en cuanto a plazos de

prescripción sino en cuanto a la prevalencia de la oralidad, el contradictorio y la inmediación en el debate, de manera que la prueba no recibida según esos supuestos, resulta inválida para fundamentar una sentencia. La discusión jurídica se centró únicamente, como ya se citó, en cuanto a la retroactividad de la ley más favorable, pero no en cuanto a la irretroactividad de la nueva ley procesal menos garantista, a procesos pendientes a su entrada en vigencia.

Alguna doctrina no penalista estima que el principio de irretroactividad no le es aplicable a las leyes procesales. Así Coviello indica que *"las leyes de procedimiento son de aplicación inmediata a todas las contiendas que se inician o que están pendientes al tiempo en que entran en vigor. Pero esto implica retroactividad, porque la aplicación de las leyes procesales mira a un hecho existente en la actualidad, esto es, a la litis, no a un hecho pasado, cual es el negocio jurídico, y menos a la acción que se ejercita"*.

Ignacio Burgoa estima que las leyes de procedimiento son retroactivas cuando se trata de la forma con arreglo a la cual se puede ejercer un derecho precedentemente adquirido, pero no cuando ese derecho ha nacido del procedimiento mismo.

El ilustre tratadista costarricense, don Alberto Brenes Córdoba, establece dentro de las excepciones a la no aplicación retroactiva de la ley, el caso de las leyes procesales. Estima que dado que las actuaciones judiciales se componen de actos sucesivos, las que se hubieren realizado conforme a las normas establecidas en la ley anterior, permanecen sin variación, pero las que ocurran cuando operan ya otros procedimientos, deben ajustarse a los nuevos cambios, salvo que la ley disponga lo contrario. En cuanto a la prescripción sostiene una interesante tesis: *"La ley bajo la cual comienza a correr la prescripción, es la que corresponde observar, aunque antes de cumplirse ésta, ocurra algún cambio que altere las condiciones en que estaba verificándose. Sin embargo, como mientras la prescripción no se haya realizado por completo la parte apenas tiene un derecho eventual acerca de ella, el legislador bien puede dictar disposiciones en cuya virtud se reduzca o amplíe el término que falte. Así sucedió al entrar en vigencia el Código Civil de 1888, pues en su artículo 883 dispuso*

9. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Tomo I, Vol. a, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, pp. 280-282.

10. COVIELLO, Nicolás. Citado por COTO ALBÁN. *Op. cit.*, p. 453.

11. COTO ALBÁN. *Op. cit.*, p. 435.

que en las prescripciones iniciadas antes, el tiempo que faltaba debía aumentarse o disminuirse, con relación a las nuevas disposiciones".

Estas últimas corrientes citadas, expuestas por tratadistas esencialmente de Derecho Civil y Constitucional, sin duda parten de los conceptos tradicionales de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas para fijar el límite de aplicación hacia el pasado de la nueva ley. Valga decir, los derechos adquiridos o las consecuencias ya realizadas no pueden ser afectadas por la nueva ley, pero sí las facultades aun no ejercidas, las expectativas, las esperanzas. El problema es que en nuestra materia, es difícil determinar cuándo estamos en presencia de un derecho adquirido o de una situación jurídica consolidada frente al proceso penal. De acuerdo con esta última doctrina citada, pareciera desprenderse que la parte, o en nuestro caso, el imputado, no adquiere ningún derecho al procedimiento, conservando validez únicamente los actos procesales ya cumplidos al amparo de la anterior legislación, pero pudiendo ser afectadas las etapas del proceso aun no cumplidas por la nueva disposición procesal por no tratarse de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas.

2. La jurisprudencia constitucional.

Nuestra jurisprudencia constitucional no ha sido clara con respecto a la aplicación en el tiempo de la ley procesal. Sin embargo, del estudio de algunos precedentes relativos a la aplicación del artículo 34 de la Constitución Política,

parece desprenderse que la Sala Constitucional parte para determinar cuándo una ley nueva puede ser retroactiva, de la tesis tradicional de los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas consolidadas. Así en el voto 2754-95 estableció: *"El artículo 34 de la Constitución Política prohíbe dar carácter retroactivo a la ley cuando ello vaya en perjuicio de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Ambos conceptos han sido claramente definidos por la doctrina constitucional y la jurisprudencia nacional. (...) Una situación jurídica puede consolidarse —lo ha dicho antes la Corte Plena— con una sentencia judicial que declare o reconozca un derecho controvertido, y también al amparo de una norma de ley que establezca o garantice determinadas consecuencias a favor del titular de un derecho, consecuencia que una ley posterior no puede desconocer sin incurrir en vicio de inconstitucionalidad por infracción del artículo 34 de la Constitución"* (sentencia número 1119-90 de las catorce horas del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa).

En igual sentido se ha dicho:

"El artículo 34 de la Constitución Política prohíbe dar carácter retroactivo a la ley cuando ello vaya en perjuicio, ínter alia, de derechos patrimoniales adquiridos. Ha de distinguirse entre:

a) Una ley que regule un supuesto de hecho pretérito con desmedro de esos derechos, lo que podríamos llamar retroactividad propiamente dicha

12: BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las personas*. Primera edición, Editorial Costa Rica, 1974, p. 31

73. "Suelen entenderse por derechos adquiridos los válidamente constituidos y consolidados al amparo de una determinada legislación. Con el reconocimiento de los derechos adquiridos se tiende a no cuestionar las situaciones jurídicas establecidas en el pasado, para garantizar la confianza de los ciudadanos y la propia estabilidad del derecho. La confianza del hombre en el Derecho reposa, en gran medida, en el respeto general de aquellos poderes de actuación, prerrogativas y situaciones que el ordenamiento jurídico ha puesto a su servicio para la consecución de sus fines personales (...) La teoría de los derechos adquiridos ha sido frecuentemente invocada como un ejemplo de la tensión entre justicia y la seguridad jurídica. La intangibilidad de los derechos adquiridos puede ser incompatible con imperativos de justicia y de bien común. Helmut Coing ha compendiado el alcance de esta antítesis en observación penetrante, al aludir a la oposición social que suscita el 'enrigidecimiento y la cristalización' de los sistemas jurídicos: 'el hombre espera del Derecho —en palabras de Coing— algo más que orden y seguridad, cualquiera que sea el contenido de éstos. Aunque, según la clásica formulación de Goethe, el Estado consiste exclusivamente en que la propiedad esté cierta y segura, los hombres han preguntado siempre además si está poseída con justicia. El Estado de Derecho ha supuesto un replanteamiento de los derechos adquiridos superador de la disyuntiva seguridad-justicia. En el Estado de Derecho el problema de los Derechos adquiridos no se contempla sólo como una cuestión de legalidad sino como algo que concierne a la legitimidad. En concordancia con tales premisas el reconocimiento de los derechos adquiridos no se detiene en las condiciones formales de validez de la legislación a cuyo amparo surgieron, sino que se extiende a las condiciones de justicia (exigencia de buena fe, ausencia de dolo...) que determinaron la génesis de tales derechos y su mantenimiento." BERTOLINI, Anarella y FERNÁNDEZ, Hubert. *La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*. San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1996, pp. 427-428.

y en principio inconstitucional, ja que afecta a hechos consumados, y:

b) La regulación de un supuesto de hecho que viene del pasado pero que se prolonga al momento de la promulgación de la ley —en cuyo caso la validez o invalidez de los efectos indirectos ex tunc ha de examinarse casuísticamente—(sentencia número 4691-94, de las diecisiete horas con treinta y nueve minutos del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro).

Luego, en un interesante voto, definió con mayor propiedad las situaciones jurídicas consolidadas diciendo:

"... el principio de irretroactividad, al igual que los demás relativos a los derechos o libertades fundamentales, no es tan solo formal, sino también y sobre todo material, de modo que resulta violado, no solo cuando una nueva norma o la reforma de una anterior altera ilegítimamente derechos adquiridos o situaciones consolidadas al amparo de la dicha norma anterior, sino también cuando los efectos, la interpretación o la aplicación de esta última produce un perjuicio irrazonable o desproporcionado al titular del derecho o situación que ella misma consagra."

Del mismo modo, la sentencia N° 1119-90 de las 14:00 h del 18 de setiembre de 1990 sostuvo:

"Una situación jurídica puede consolidarse — lo ha dicho antes la Corte Plena— con una sentencia judicial que declare o reconozca un derecho controvertido, y también al amparo de una norma de ley que establezca o garantice determinadas consecuencias que una ley posterior no puede desconocer sin incurrir en vicio de inconstitucionalidad por infracción del artículo 34 de la Constitución."

Los conceptos de "derecho adquirido" y "situación jurídica consolidada" aparecen estrechamente relacionados en la doctrina constitucionalista. Es dable afirmar que, en términos generales, el primero denota aquella circunstancia consumada en la que una cosa —material o inmaterial, trátase de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente— ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que esta experimenta una ventaja o beneficio constatable. Por su parte, la "situación jurídica consolidada" representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando estos no se hayan extinguido aun.

Lo relevante en cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que —por virtud de mandato legal o de una sentencia que así lo haya declarado— haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto tático (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado). Desde esta óptica, la situación de la persona viene dada por una proposición lógica del tipo «si..., entonces...»; vale decir: si se ha dado el hecho condicionante, entonces la "situación jurídica consolidada" implica que, necesariamente, deberá darse también el efecto condicionado.

En ambos casos (derecho adquirido o situación jurídica consolidada) el ordenamiento protege— tornándola intangible— la situación de quien obtuvo el derecho o disfruta de la situación, por razones de equidad y de certeza jurídica. En este caso, la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley se traduce en la certidumbre de que un cambio en el ordenamiento no puede tener la consecuencia de sustraer el bien o el derecho ya adquirido del patrimonio de la persona, o de provocar que si se había dado el presupuesto tático con anterioridad a la reforma legal, ya no surja la consecuencia (provechosa, se entiende) que el interesado esperaba de la situación jurídica consolidada.

Ahora bien, específicamente en punto a esta última, se ha entendido también que nadie tiene un "derecho a la inmutabilidad del ordenamiento", es decir, a que las reglas nunca cambien. Por eso, el precepto constitucional no consiste en que, una vez nacida a la vida jurídica, la regla que conecta el hecho con el efecto no pueda ser modificada o incluso suprimida por una norma posterior. Lo que significa es que —como se explicó— si se ha producido el supuesto condicionante, una reforma legal que cambie o elimine la regla no podrá tener la virtud de impedir que surja el efecto condicionado que se esperaba bajo el imperio de la norma anterior. Esto es así porque, se dijo, lo relevante es que el estado de cosas de que gozaba la persona ya estaba definido en cuanto a sus elementos y a sus efectos, aunque estos todavía se estén produciendo o, incluso, no hayan comenzado a producirse. De este modo, a lo que la persona tiene derecho es a la consecuencia, no a la regla. (Sala Constitucional, voto 2765-97).

La antigua Sala de Casación, en sentencia número 80 de las 15:30 horas del 13 de setiembre de 1967, realizó un amplio estudio del numeral 34 de la Constitución Política, única norma a la cual podríamos dirigirnos para dilucidar el problema aquí planteado, concluyendo de forma muy similar a nuestra actual Sala Constitucional. Dijo la Sala de Casación: *"Los hechos jurídicos no pueden alterarse por leyes nuevas, ni tampoco, los efectos que se hayan producido antes de que la ley entre en vigor, pero las consecuencias pendientes sí están sometidas a ella,*

siempre y cuando la ley, al aplicarse a esas consecuencias, no incida sobre el pasado, vulnerando lo que está protegido por el principio de irretroactividad. Por ello se dice que las leyes son de aplicación inmediata a todas las consecuencias derivadas de hechos o relaciones preexistentes, salvo en el caso de que esas consecuencias hayan alcanzado un valor jurídico propio o que la ley nueva, al aplicarse a ellas, lesione la situación o derecho originario, porque entonces la ley no podría afectar esas consecuencias sin ser retroactiva. La irretroactividad de las leyes en el derecho patrio, está consagrada por el artículo 34 de la Constitución Política, el cual señala tres casos en que la ley no puede aplicarse retroactivamente, a saber: a) Cuando su aplicación vaya en perjuicio de 'persona alguna'. B) Cuando lesione derechos patrimoniales adquiridos y c) Cuando afecte situaciones jurídicas consolidadas..." La sentencia citada concluye en que el constituyente quiso proteger tanto los derechos patrimoniales como los demás derechos subjetivos, entre ellos los de la personalidad, los políticos, los que nacen del estado civil, del matrimonio, y otros que no tienen valor pecuniario estimable, cuya protección en la norma deriva del primer supuesto "persona alguna".

De forma más concreta, en cuanto a las leyes procesales se refiere, la Sala Constitucional ha estimado que la ley procesal (en ese caso era una norma del Código Procesal Civil), tiene aplicación inmediata, incluso a procesos pendientes a su entrada en vigencia, dado que regulan aspectos formales y no sustanciales. Solamente no pueden ser afectados por la nueva ley procesal los actos ya realizados, las situaciones jurídicas consolidadas, así como los efectos que ambos generen durante la vigencia de la ley anterior. (Cfr. voto 351 -91).

Esta posición es reiterada en el voto 1783-97, donde la Sala, en cuanto a la aplicación de las normas contenidas en la Ley de Justicia Penal Juvenil a los procesos pendientes a su entrada en vigencia, dijo; "Debe entenderse, sin embargo, que tratándose de una nueva ley procesal, los actos ya realizados, las situaciones jurídicas consolidadas y los efectos que ambos generen durante la vigencia de la ley anterior, no pueden ser afectados por ley posterior". El artículo 34 de la Constitución Política prohíbe dar carácter retroactivo a la ley cuando ello vaya en perjuicio de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. (...) Una situación jurídica puede consolidarse —lo ha dicho antes la Corte Plena— con una sentencia que declare o reconozca un derecho controvertido, y también al amparo de una norma de ley que establezca o garantice determinadas consecuencias a favor del titular de un derecho, consecuencias que una ley posterior no puede desconocer sin incurrir en vicio de inconstitucionalidad

por infracción del artículo 34 de la Constitución" (sentencia número 1119-90 de las catorce horas del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa). En el mismo sentido, véanse las sentencias números 0357-94, de las quince horas dieciocho minutos del diecinueve de enero; 3460-94, de las diez horas cuarenta y ocho minutos del ocho de julio; 5972-94, de las dieciséis horas doce minutos del once de octubre y 6364-94, de las quince horas cuarenta y cinco minutos del primero de noviembre, todas de ese año; así como la número 1070-95, de las quince horas veintiún minutos del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Finalmente, se transcribe el contenido de la sentencia número 5305-96, de las quince horas del nueve de octubre del año anterior, que también resulta plenamente aplicable al caso concreto:

«La consulta en cuestión se reduce al tema de si los Transitorios I y II del Proyecto en consulta transgreden los principios de irretroactividad de las leyes y de seguridad jurídica. En criterio de los consultantes, tal inconstitucionalidad se derivaría del hecho de que la normativa cuestionada pretende la adecuación y aplicación, tanto a los procesos de administración por intervención judicial como a los convenios preventivos pendientes de tramitación al momento de entrada en vigencia del Proyecto en cuestión, de las reformas allí contenidas, lo que produciría una aplicación retroactiva de dichas disposiciones, con violación del artículo 34 constitucional. Asimismo, se violaría el principio de seguridad jurídica, ya que con ello se provocaría una incertidumbre, pues derechos y situaciones jurídicas nacidas al amparo de una legislación previa serían modificadas, en cualquier momento, por una posterior. En criterio de esta Sala, tales transgresiones no están implicadas en el texto de los Transitorios I y II del Proyecto venido en consulta, siempre y cuando su interpretación y aplicación se efectúe de acuerdo a los parámetros que de seguido se dirán. En primer lugar, debe tenerse presente que los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas surgen, en principio, aunque no exclusivamente, respecto del derecho de fondo, sin perder de vista que también los hay en relación con el derecho procesal, como ocurre con los plazos y otros derechos de defensa o con las situaciones jurídico procesales consolidadas por preclusión de la respectiva etapa procesal. El hecho de que en las disposiciones transitorias del Proyecto se disponga que los procedimientos se deben adecuar, en la medida de lo posible, a las normas procesales vigentes no implica aplicación retroactiva, sino aplicación inmediata, aspecto aceptado universalmente por la doctrina y la jurisprudencia, siempre y cuando la adecuación afecte aspectos meramente procesales

no precluidos y nunca derechos adquiridos ni situaciones consolidadas de carácter procesal ni, por supuesto, los de fondo; con la advertencia de que, en materia procesal, la norma aplicable normalmente —y sin perjuicio de lo dicho— es la vigente en el momento de cumplirse la respectiva actuación, sin que ello pueda interpretarse como una aplicación retroactiva de la ley. Corresponde, entonces, al juez determinaren cada caso concreto cuáles derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas se hayan producido, a fin de que la adecuación de los procedimientos pendientes al momento de entrada en vigencia de la reforma consultada no los afecte. Así las cosas, las normas venidas en consulta no son inconstitucionales y su aplicación, como se estipula en el Transitorio I, debe ser en forma armónica sin afectar, en ningún caso, las actuaciones ya practicadas ni otras situaciones consolidadas, así como los derechos adquiridos por las partes, procesales o de fondo.» De manera que, según lo expuesto, el Transitorio V de la Ley de Justicia Penal Juvenil no es inconstitucional, pues nada impide que el legislador ordene reajustar los procedimientos que se tramitan en sede judicial a lo dispuesto en una nueva legislación procesal, en los términos expresados líneas atrás, y por ello debe declararse que ésta no viola los numerales 34, 39 y 41 de la Constitución Política, lo que se hace interlocutoriamente, en uso de la facultad concedida a la Sala por el párrafo segundo del artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional".

De lo expuesto en esta última sentencia se desprende que se considera situación jurídica consolidada a los actos procesales y sus efectos ya realizados a la entrada en vigencia de la nueva legislación, pero ella no cubre los actos procesales aun no realizados, los cuales sí pueden ser afectados por la nueva ley, inclusive siendo esta restrictiva de derechos, dado que en el caso resuelto por la Sala se trataba de la aplicación de una norma de la Ley de Justicia Penal Juvenil que establece que aun cumplidos los dieciocho años por parte del menor de edad, el proceso continúa, situación que provocaba el archivo del sumario y, por ende, la impunidad, con la anterior Ley Tutelar de Menores.

Finalmente, cabe agregar que la Sala Constitucional en el voto 4397-99 establece la no aplicación retroactiva de la ley procesal más favorable, por no ser de aplicación este principio a las normas procesales, como es el caso de la prescripción de la acción penal. No se pronunció la sentencia respecto de si la irretroactividad por ellos propugnada en materia procesal, alcanza también a las normas procesales nuevas que restrinjan derechos establecidos por la ley anterior.

3. Nuestra posición.

Consideramos que del estudio de la jurisprudencia constitucional citada, se desprende que el alto tribunal ha seguido, en cuanto a la irretroactividad de la ley se refiere, el viejo criterio francés de la teoría de los llamados derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas. Incluso así lo expresa la sentencia 351 -91 con respecto a la ley procesal en materia civil y en la 1783-97, refiriéndose en forma general a la ley procesal penal.

Al no existir en nuestra legislación procesal penal una norma que regule la aplicación de la ley en el tiempo, debemos recurrir a la norma constitucional, en este caso al artículo 34, siguiendo la interpretación que le ha dado la Sala Constitucional a los principios contenidos en dicho numeral. Para poder establecer cuándo una nueva ley procesal restrictiva de derechos y garantías tiene efectos retroactivos, debemos planteamos si el acusado tiene un derecho adquirido al procedimiento previo, cuando se comete un hecho delictivo, o bien cuando se inicia un procedimiento, que no pueda ser afectado por nuevas normas procesales restrictivas que surjan en el transcurso del proceso o luego de cometido el hecho.

Un ejemplo claro de lo anterior es la Ley 7594 del 26 de noviembre de 2001, que vino a reformar varios artículos del Código Procesal Penal, entre ellos el numeral 25, que establece los requisitos de la suspensión del proceso a prueba, agregando ahora como nuevo requisito la anuencia de la víctima para que proceda el instituto; además de no haber sido beneficiado el acusado con este instituto ni con el de reparación del daño en los últimos cinco años. También la reforma al numeral 33, que regula las causales de interrupción de la prescripción de la acción penal, estableciendo como nueva causal de interrupción la convocatoria por primera vez a audiencia preliminar. ¿Tendrán los acusados, cuyos delitos se habían cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de estas reformas, o cuyo procedimiento ya se había iniciado bajo las anteriores reglas, un derecho adquirido al procedimiento previo, que haga irretroactivas estas reformas en su perjuicio? No hay duda de que se trata de normas que restringen derechos y garantías, en tanto una exige mayores requisitos para la aplicación de un instituto alternativo que beneficia sensiblemente al imputado, y la otra en cuanto establece una causal más de interrupción de la prescripción.

A la luz de la definición de derechos adquiridos, dada por la Sala Constitucional, al estimar la Sala que solamente son derechos adquiridos aquellos materiales o inmateriales que han ingresado o incidido sobre la esfera patrimonial de la persona provocando una ventaja constatable, resulta claro que el procedimiento no es un derecho adquirido pues no refleja una consecuencia patrimonial constatable. Lo ante-

rior por cuanto, como dijimos, la Sala Constitucional ha estimado que solo los derechos patrimoniales están protegidos por el numeral 34 constitucional.

En cuanto a si se tiene una situación jurídica consolidada una vez que se ha iniciado un procedimiento según determinadas reglas, de la definición dada por la Sala creemos que se desprende que ello ocurre únicamente cuando los actos procesales ya se han llevado a cabo de acuerdo con la anterior ley, protegiendo también los efectos de estos que se han dado bajo la legislación derogada. Es decir, si se han producido ya los presupuestos de determinado acto procesal, se ha generado una situación jurídica consolidada. Así las cosas, si el término de la prescripción de la acción penal ya ha operado, aun cuando no se haya declarado la misma en sentencia, se tiene una situación jurídica consolidada que no puede ser afectada por una ley posterior que aumente el plazo o establezca nuevas causas de interrupción de la prescripción. Si se han producido antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, los presupuestos para que se acoja una conciliación (acuerdo de partes, delito que lo permite, primariedad del acusado), a pesar de que el acuerdo aun no haya sido homologado por el juez, una nueva ley que exija un nuevo requisito para conciliar no podría afectar esa situación jurídica consolidada.

Por el contrario, según lo anterior, si el término de la prescripción aun no ha operado y durante su transcurso aparece una nueva ley procesal que lo aumenta, ese término sí puede ser afectado por la nueva ley, pues no se han producido los presupuestos fácticos (hecho condicionante) para que operen las consecuencias (hecho condicionado). Siguiendo la jurisprudencia constitucional (voto 351 -91 y 1783-97), los actos procesales ya cumplidos y sus efectos, no pueden ser afectados por la nueva ley, de allí que podría considerarse que si la nueva ley crea nuevos actos interruptores de la prescripción, pero ese acto procesal interruptor ya se había realizado al amparo de la antigua ley, la nueva legislación no puede afectar al acusado tomando como acto interruptor un acto procesal que ya había producido efectos, cuando aun no era uno de sus efectos la interrupción del plazo de la prescripción.

En conclusión, estimamos que si se sigue la teoría francesa de los derechos adquiridos, en cuanto a la

aplicación de la ley en el tiempo, que es la que ha seguido nuestro Tribunal Constitucional, y que según algunos autores sigue nuestra Constitución Política, la nueva ley procesal puede ser aplicada a los actos procesales no cumplidos a su entrada en vigencia, aun en procesos penales pendientes y aunque restrinjan derechos y garantías de los acusados. La Sala considera que en esos casos se trata de una aplicación inmediata de la ley, y no de retroactividad. La inexistencia de un derecho adquirido al procedimiento se reafirma cuando la misma Sala Constitucional ha dicho, luego de estimar que la naturaleza de la prescripción de la acción penal es procesal, que no se tiene un derecho a la prescripción, sino que se trata tan solo de una sanción procesal a la inactividad del Estado en el ejercicio de la acción penal.

Somos conscientes de que nuestra Constitución Política no contiene principios tan claros como los establecidos en el numeral 18 de la Constitución argentina, o la misma Constitución española en cuanto a la irretroactividad de la ley, precisamente por haber seguido la tan criticada teoría de los derechos adquiridos y las

situaciones jurídicas consolidadas¹⁵. Sin embargo, el artículo 34 de la Constitución Política establece como primer supuesto de irretroactividad, la no retroactividad en **perjuicio de persona alguna**, el cual, en nuestro criterio, no ha sido analizado por la Sala Constitucional como un supuesto aparte del de los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas, pese a que por su redacción se sugiere que se trata de supuestos distintos. Así lo entendió la antigua Sala de Casación en su sentencia número 80 del 13 de setiembre de 1967, ya citada, en donde se establece que dicho supuesto se refiere a otros derechos no patrimoniales, tales como los llamados de la personalidad, los derechos políticos, los que nacen del estado civil y otros que se caracterizan por no ser estimables en dinero.

La Sala Constitucional parte del supuesto de que solo los derechos patrimoniales adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas están protegidas por el principio de irretroactividad de la ley, lo cual, a nuestro juicio, es erróneo, pues la mención genérica que se hace en el numeral 34, en el sentido de que la ley no puede tener efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, abarca toda clase de derechos, no solo los patrimoniales.

14. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Las libertades públicas en Costa Rica*. San José, Juricentro, 1980, p. 177.

15. *Ibid*, p. 179.

Por ello, estimamos que desde una interpretación del artículo 34 constitucional conforme al principio "pro nomine", y al principio constitucional de la seguridad jurídica, reconocidos ambos por la Sala Constitucional, no puede aplicarse una nueva ley procesal que venga a restringir, modificar o eliminar derechos o garantías a favor de los acusados, a procesos penales ya iniciados según la anterior ley que ahora se deroga. Una nueva ley en esas condiciones, sin duda, perjudica a la persona del imputado, y viola el derecho a la seguridad jurídica que tiene todo ciudadano. Es al momento de iniciarse el procedimiento que al acusado se le informa de sus derechos (arts. 92 y siguientes del Código Procesal Penal), desde ese momento él conoce las reglas, y variarlas en su perjuicio mediante nuevas leyes, viola ese valor fundamental que tiene el derecho, cual es la seguridad jurídica, "el saber a qué atenerse".

Concordamos con Bínider en la idea de que el proceso es, en sí mismo, una unidad —no fraccionable— en actos particulares— dotada de un cierto sentido de política criminal. El proceso es regido por la ley procesal como un todo, puesto que consiste en un conjunto de actos encadenados que confluyen hacia el juicio y giran alrededor de él. Por ello, ese conjunto de actos procesales no pueden ser alterados por la ley nueva.

La Sala Constitucional parte de la idea de que el proceso es fraccionable en actos independientes, por lo que estima que solo los actos procesales ya cumplidos no pueden ser alcanzados por la nueva ley; sin embargo ello quiebra el sentido político del proceso. Discrepamos de la interpretación que ha venido dando la Sala Constitucional a la aplicación de la ley procesal en el tiempo, y consideramos que de acuerdo con el numeral 34 de la Constitución Política, las normas procesales restrictivas de derechos o garantías no pueden aplicarse

a procesos ya iniciados. La doctrina mayoritaria así lo sostiene, y creemos que nuestro artículo 34 posibilita tal interpretación, sin que se viole la literalidad de la norma, que funciona siempre como límite a la interpretación constitucional.

Conclusiones.

- A) El Código Procesal Penal no contiene normas que regulen la aplicación de la ley procesal en el tiempo, por lo que debe recurrirse al numeral 34 de la Constitución Política para dilucidar el problema.
- B) La Sala Constitucional, interpretando el numeral 34 de la Constitución Política, ha seguido la teoría francesa de los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, estimando que la ley procesal no puede ser retroactiva en perjuicio de los actos procesales ya cumplidos, pero sí es de aplicación inmediata a procesos pendientes a su entrada en vigencia, con respecto a los actos procesales aun no cumplidos.
- C) El numeral 34 constitucional debe interpretarse desde la óptica de los principios de seguridad jurídica y *pro homine*, estableciéndose que el primer supuesto de la norma, que es la prohibición de la retroactividad de la ley en perjuicio de una persona, abarca los derechos no patrimoniales, siendo entonces un derecho del imputado la seguridad jurídica.
- D) El proceso penal debe verse como una unidad no fraccionable, que tiene como destino el juicio, por lo que la nueva ley procesal, en tanto perjudique la persona del acusado, no puede ser retroactiva aunque el proceso esté pendiente de la entrada en vigencia de la nueva ley.



Xilografía de Hernán Arévalo

"Bestiario I

16. Votos 4208-96 y 1797-97 de la Sala Constitucional.

17. Voto 11140-2001, Sala Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

BÍNDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Primera edición, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1993.

Segunda edición, Madrid, Editorial Tirant lo Blanch, 1996.

BRENES CÓRDOBA, Alberto. Tratado de las personas. Primera edición, San José, Costa Rica, Editorial Costa Rica, 1974.

COTO ALBÁN, Carlos Manuel. **El Principio de Irretroactividad de la Ley.** En: **La Jurisdicción Constitucional y su Influencia en el Estado de Derecho.** San José, UNED, 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALARRE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Vol. 1, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. **Las libertades públicas** en Costa Rica. San José, Editorial Juricentro, 1980.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho Penal. Concepto y principios constitucionales.

MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal Argentino.** Tomo 1 (Vol. a). Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 1989.



Xilografía de Hernán Arévalo

"Retrato de Hannia"

DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO COSTARRICENSE

(Estudio de actualización, período 1998-2001)

*Lic. José Manuel Arroyo Gutiérrez Magistrado
Sala III, Corte Suprema de Justicia*

INTRODUCCIÓN

Hemos querido realizar un acercamiento al tema de los derechos constitucionales y al de los derechos humanos en general, al interior del sistema penitenciario costarricense. El tema ha sido de nuestro interés desde hace muchos años y, en líneas generales, lo que pretendemos en este momento es actualizar los datos y reflexiones que hemos hecho en trabajos anteriores. En las páginas que se presentan buscamos dar la información y realizar los análisis correspondientes al período 1998-2001 y, en realidad, contienen un **estado de la cuestión** que se fundamenta en datos estadísticos estimados relevantes —y cuya fuente principal es el Departamento de Información y Estadística de la Dirección General de Adaptación Social del Ministerio de Justicia— para, a partir de ellos, extraer algunas conclusiones completadas por información legal, jurisprudencial y administrativa. En este sentido, la puesta en vigencia de un nuevo Código Procesal Penal (enero de 1998) ha introducido cambios de mucha importancia, como se verá a lo largo de la exposición. De igual manera, se han dado significativas transformaciones en la jurisprudencia de la Sala Constitucional y en la orientación administrativa del sistema penitenciario, que pretendemos también incorporar.

De paso, hemos querido hacer algunos señalamientos conceptuales sustantivos que tienen que ver con el modelo penitenciario aplicado o, más bien definido teóricamente,

pero no aplicado en la práctica. De igual manera, quisimos detenernos en los momentos o pasos que conllevan mayor vulnerabilidad, en cuanto a derechos fundamentales, dentro del *iter* del sistema carcelario nacional y que afectan de manera especialmente grave a las personas privadas de libertad.

Algunas conclusiones señalan, finalmente, aspectos que creemos importante enfatizar en orden a llamar la atención acerca de las decisiones estratégicas que se han tomado en los últimos tiempos, y acerca, también, de las cuestiones puntuales que pueden mejorarse.

I. Realidad penitenciaria. Un acercamiento desde el modelo y las cifras.

Si se quiere abordar seriamente el tema de los derechos humanos en las prisiones, la primera cuestión que debemos plantear concierne al **modelo** de sistema penitenciario que tenemos en nuestro país. Debido a esto, aunque sea de manera muy breve, hay que reseñar los momentos más importantes que ha tenido la evolución conceptual de ese modelo en tiempos recientes.

El último intento por dar un encuadre ideológico coherente y sistemático al régimen penitenciario costarricense está contenido en el **Plan de Desarrollo Institucional (P.D.I.)** de 1993¹ que, en nuestro criterio, marca el abandono del sistema de tratamiento progresivo

Poder Ejecutivo, Ministerio de Justicia, Dirección General de Adaptación Social: Plan de Desarrollo Institucional (P.D.I.); Talleres Registro Nacional, San José, Costa Rica, diciembre de 1993.

El Plan de Desarrollo Institucional (P.D.I.) reorganiza el sistema penitenciario costarricense planteando cuatro niveles de atención: Nivel de Atención Institucionalizado (de contención o encierro propiamente dicho), Nivel de Atención Semiinstitucionalizado (contención en sitios más abiertos, con posibilidades de salir a trabajar o a convivir con la familia), Nivel de Atención en Comunidad (con inserción laboral y familiar plena mediante controles externos) y Nivel de Atención Especializado en Menores de Edad. A la vez, para todos estos niveles se definen "Áreas problemáticas de abordaje": capacitación laboral, salud, drogadicción, convivencia intracarcelaria, comunitaria, jurídica, seguridad, violencia, investigación y capacitación.

con el que nació, en la década de los setenta, el centro penitenciario "La Reforma", y reorienta sus metas hacia un sistema menos etapista, menos rígido, con agresivas políticas de "no-institucionalización" y *desinstitucionalización*², todo dentro de lo que podríamos llamar un *minimalismo garantista*, a saber, una mínima aplicación del encierro como estrategia de respuesta al problema de la criminalidad, y un irrestricto respeto a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

Este encuadré normativo, materializado por vía reglamentaria³, ha sufrido a lo largo de su historia —toda una década—, muchos altibajos en su aplicación. Desde un punto de vista estrictamente teórico, la principal crítica que se ha hecho a esta propuesta es que desplazó, sin lograr realmente sustituirlo, a un sistema mucho más elaborado y coherente —el progresivo—, tanto en la clasificación y tratamiento, como en el control y seguimiento de las personas en prisión⁴. Desde un punto de vista práctico, el principal señalamiento crítico que se puede hacer, sobre todo para el período en estudio (1998-2001) es que, en los hechos, se dejó de lado de manera evidente el marco ideológico que lo sustentaba, el *minimalismo garantista*, y la política penitenciaria se concentró, más bien, en la edificación de nuevos centros penales y en el mantenimiento y mejora infraestructural de los antiguos.

Se ha tenido como explicación para estas nuevas prioridades, el hecho real de los altos índices de

hacinamiento en razón del aumento acelerado y sin precedentes de la población reclusa; pero no puede dejarse de lado que de trasfondo, en nuestro criterio, está la patente renuncia a un modelo ideológico marcadamente democrático, que se ha sustituido en la práctica por este otro, que apuesta a la mera represión y al encierro como principal política penitenciaria en el marco, más amplio, de una sociedad globalizada a golpe de tambor por el neoliberalismo, donde claramente se sacrifica la inversión social, se genera un acelerado proceso de exclusión poblacional y se pretende paliar los efectos de ello mediante el endurecimiento penal y la cárcel⁵.

Debemos dejar en claro que no han sido solo las políticas socioeconómicas las que creemos han incidido en el incremento de la violencia y de la delincuencia en el país. Las mediciones de empobrecimiento no revelan datos dramáticos en este sentido, determinándose un porcentaje poco más o menos constante del 20% de la gente por debajo de las líneas de pobreza⁶. Lo que sí sostenemos es que esos márgenes de empobrecimiento inciden en ciertas formas delincuenciales, a las que se unen otros factores, más de orden cultural, que terminan por explicar el crecimiento real de la violencia, incluida la criminal, en nuestro medio. Podríamos mencionar entre esas otras variables la frustración de sectores medios al no poder ascender o siquiera mantener su nivel de vida; una redefinición del papel tradicional de la mujer en lo laboral y cultural; expectativas generalmente frustradas en una sociedad de consumo; la introducción de nuevas formas sofisticadas de

Odio Benito, Elizabeth. **Cárcel no regenera, sólo estigmatiza más**; Ministerio de Justicia, Dirección General de Adaptación Social; Centro Nacional de Capacitación Criminológico Penitenciario, Área de Documentación y Divulgación, mimeografiado, sin fecha. Este y otros artículos en los que se traza la nueva estrategia en política penitenciaria del momento fueron publicados en el periódico *La República* del 27 de septiembre de 1990.

Poder Ejecutivo, Ministerio de Justicia, Decreto N° 22139-J, **Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y Privadas de Libertad**; 26 de febrero de 1993. En igual sentido: Poder Ejecutivo, Ministerio de Justicia; Decreto N° 22198-J; **Reglamento Orgánico y Operativo de la Dirección General de Adaptación Social**; 26 de febrero de 1993.

Arroyo Gutiérrez, José Manuel. **Acceso a la justicia de las personas privadas de libertad, informe nacional de Costa Rica**; Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); San José, Costa Rica, diciembre de 1998.

La relación inversamente proporcional entre **inversión social** frente a **endurecimiento del sistema penal** (a mayor inversión social menos marginalidad y represión penal y viceversa, a saber, a menor inversión social mayor represividad penal), debe ser tema para otra investigación que no podemos desarrollar aquí. Bástenos por el momento plantearla como hipótesis de trabajo a demostrarse posteriormente. Estamos convencidos de que en las últimas dos décadas, Costa Rica ha dejado de invertir en programas sociales que habían venido aliviando la exclusión de importantes sectores sociales —con un efecto preventivo en materia criminal— y, al contrario, lo único que se ha tenido a mano en los últimos tiempos, como respuesta institucional, ha sido el incremento de las penas, la diversificación de las conductas consagradas como delitos, la ampliación del sistema carcelario y el debilitamiento de los principios del Derecho Internacional de derechos humanos y de las garantías constitucionales para ciertas conductas especialmente perseguidas.

Ver: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Defensoría de los Habitantes y Consejo Nacional de Rectores (CONARE); **Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible**; Séptimo Informe 2000-2001; Editorama S.A.; San José, Costa Rica; p. 89. Ver también: Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC); **Encuesta de Hogares y Propósitos Múltiples**; San José, Costa Rica, años 1998-2001.

criminalidad transnacional; las modalidades de corrupción en el sector público y privado; el aumento en el consumo de drogas y el efecto que ello tiene en delincuencias comunes, etc.

Por el momento, nuestro propósito es bastante modesto. Consideramos que un panorama cuantitativo, desde las cifras, nos permite ir definiendo el contexto en que podemos hacer algunos señalamientos válidos acerca del sistema penitenciario y los derechos humanos en ese contexto. Tómese nota de que apenas si podemos tratar, someramente, los aspectos cualitativos del problema, señalando en forma breve puntos de gran importancia como la organización, concepción ideológica, naturaleza del régimen imperante, el funcionamiento práctico del sistema penitenciario vigente, etc., pues el desarrollo de estos aspectos, en profundidad, demandaría un esfuerzo empírico y una extensión que escapan al propósito de este trabajo.

1. El constante incremento de la población penitenciaria.

Con esta advertencia introductoria, la primera característica relevante que debemos señalar es que en Costa Rica, en las dos última décadas, se experimenta un incremento constante en números absolutos y relativos de la población penitenciaria. Así lo revelan las estadísticas que refieren tanto los aumentos puros y simples del total de personas privadas de libertad, como las crecientes tasas de presos calculadas por cada cien mil habitantes. Para el período que aquí nos interesa (1998-2001) cabe destacar algunas otras particularidades. La primera es que la tendencia que apuntábamos en el párrafo anterior se enfatiza de manera dramática. Ya para el primer año del período (1998) el aumento en números relativos respecto del año inmediato anterior es alto (aproximadamente un 28%); al año siguiente (1999) ese aumento se mantiene a un nivel elevado (cerca de un 27% de incremento); para bajar un poco en el año 2000 que, aunque siempre alto, disminuye en relación con el año anterior un poco (18%), y finalmente en el 2001, con datos al mes de noviembre, el incremento vuelve a bajar significativamente para determinar un 7% de aumento con respecto al año inmediato anterior. El incremento, en su conjunto, es de todas maneras elevado y el balance para el cuatrienio altamente negativo.

Las razones de este comportamiento, en nuestro criterio, son varias, aunque de distinta naturaleza. La primera y principal es de carácter político y consiste en la decisión de las autoridades nacionales, principalmente legislativas y del ejecutivo, por momentos implícita y por momentos explícita, por encontrar en la mayor represividad una respuesta al agravamiento de la conflictividad y violencia sociales. En segundo término, debemos

explicarnos este aumento de las cifras en factores secundarios, tales como una mayor eficiencia de la agencia judicial, en donde se procesan —y condenan— con mayor celeridad un número cada vez más elevado de casos. En este punto la introducción del **procedimiento abreviado** ha incidido en el aumento de condenatorias en forma expedita. Pero además, este viene siendo un fenómeno constatable desde los controles impuestos por la jurisdicción constitucional a partir de 1989 y por los procesos de modernización administrativa, aparte de la reforma procesal penal, impulsados en los últimos años. No obstante, el mayor impacto que trajo la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal (1998) está constituido por la **suspensión del proceso a prueba**, variable que es incorporada en los informes del Departamento de Investigación y Estadística de la Dirección General de Adaptación Social, como parte de la población penitenciaria por atender, que además ha significado el elemento productor del mayor incremento de la población penitenciaria registrada, y que se refleja principalmente en los años 1999 y 2000, en el rubro de personas ubicadas en el Nivel de Confianza o de Comunidad.

Este dato nos obliga a revisar las cifras de personas realmente privadas de libertad, las ubicadas en el llamado Nivel Institucional, para tener una idea de cuán enfatizada está en el país la opción por el encierro propiamente dicho. Un análisis de los datos registrados en el **Cuadro 3** nos permite concluir que, en el marco generalizado del aumento de cifras, hay cuatro señalamientos principales por hacer:

- (a) Se ha producido un efectivo incremento constante y acelerado del número de personas ubicadas en el nivel de encierro o contención total (Institucional) que llega a 4.448 personas más, recluidas entre diciembre de 1998 y noviembre de 2001 (lo que significa un aumento del 60% para el período);
- (b) por su parte, se registra un incremento conservador para el número de personas ubicadas en el Nivel Semiinstitucional que va de 669 al inicio del período, pasando por 1.138 en el 2000, pero recayendo en el 2001 para un total de 934 personas semiinstitucionalizadas, lo cual significa un aumento de 265 personas que, en números relativos, representa un considerable 40%;
- (c) pero, sin duda, el dato más relevante de esta síntesis numérica es la constatación de que a Nivel en Comunidad, se registra un fenómeno explosivo, sobre todo por la colocación en este ámbito de todas las personas sometidas a la

suspensión **del** proceso **a** prueba; las cifras se incrementan de 1.403 a 4.249, lo que significa un aumento real de 2.846 ubicados y uno relativo del 202%; y

- (d) también se detecta un aumento sostenido en la población de niños, niñas y adolescentes presos que, aunque aun no acelerado, debe llamar la atención por su constancia y porque también parece reflejar el fenómeno general de optar por la contención institucional de manera generalizada. En esta materia, durante el período en estudio, se

experimentó un aumento en números reales de 146 personas más, menores de edad, institucionalizadas, para un aumento del 88%.

En todos los casos está claro que los incrementos superan, en mucho, los aumentos poblacionales globales, de ahí que las tasas de presos por cien mil habitantes se hayan casi duplicado en el último quinquenio, de 159 por cien mil a 288 por cien mil, lo cual coloca a Costa Rica entre los países con mayor número de presos en toda la región americana.

CUADRO N° 1

EVOLUCIÓN COMPARATIVA DE POBLACIÓN PENITENCIARIA 1979 - 2001 Al 31 de diciembre de cada año

AÑO	POBLACIÓN PENITENCIARIA	
	ABSOLUTA	VARIACIÓN
1979	2.156	257
1980	2.361	205
1981	2.660	299
1982	2.902	242
1983	3.228	236
1984	3.357	129
1985	3.529	172
1986	3.531	2
1987	3.893	362
1988	3.918	25
1989	3.892	26
1990	3.905	13
1991	3.961	56
1992	3.346	-625
1993	3.472	126
1994	3.698	226
1995	3.302	-396
1996	4.705	1.403
1997	5.804	1.099
1998	7.410	1.606
1999	9.375	1.965
2000	11.052	1.677
2001	11.858	806

FUENTES: Evolución de la población penitenciaria según condición jurídica 1977- 1995, Departamento de Investigación y Estadística, 1995, e informes de población atendida por la Dirección General de Adaptación Social, Departamento de Investigación y Estadística, febrero 1999, diciembre de 2000 y noviembre de 2001.

Gráfico N° 1
EVOLUCIÓN COMPARATIVA
DE POBLACIÓN PENITENCIARIA
1979-2001

1979 1980 1981 1982 1983 1984 1985 1986 1987 1988 1989 1990 1991 1992 1993 1994 1995 1996 1997 1998 1999 2000

CUADRO N° 2
TASAS DE POBLACIÓN PENITENCIARIA 1979 -2001
Al 1° de enero de cada año

AÑOS	POBLACIÓN NACIONAL	POBLACIÓN PENITENCIARIA	TASAS POR 100.000 HABITANTES
1979	2.156.312	2.156	100
1980	2.216.117	2.361	107
1981	2.276.676	2.660	117
1982	2.339.829	2.902	124
1983	2.403.781	3.228	134
1984	2.467.339	3.357	136
1985	2.600.330	3.529	136
1986	2.674.174	3.531	132
1987	2.746.919	3.893	142
1988	2.816.558	3.918	139
1989	2.886.990	3.892	135
1990	2.959.177	3.905	132
1991	3.029.746	3.961	131
1992	3.099.063	3.346	108
1993	3.166.962	3.472	110
1994	3.234.133	3.698	114
1995	3.301.210	3.302	100
1996	3.367.455	4.705	140
1997	3.432.665	5.804	159
1998	3.496.423	5.821	166
1999	3.558.697	7.552	212
2000	3.710.655	9.471	255
2001	3.803.324*	10.969	288

FUENTE: Tasas de población penitenciaria 1977-1995, DIE, 1995. Informes de población penitenciaria. Costa Rica: Estimaciones y proyecciones de población, 1975-2000, Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, Centro Latinoamericano de Demografía y Dirección Nacional de Estadística y Censos, 1990.

*El dato de población total es solo aproximado y responsabilidad exclusiva del autor de este artículo. Ha sido calculado con base en el promedio de crecimiento poblacional de los últimos tres años.

Gráfico N° 2
Tasas de población penitenciaria
por 100.000 habitantes
1979-2000

1979 1980 1981 1982 1983 1984 1985 1986 1987 1988 1989 1990 1991 1992 1993 1994 1995 1996 1997 1998 1999 2000

CUADRO N° 3 SÍNTESIS DE POBLACIÓN PENITENCIARIA POR AÑO Y NIVEL

DE UBICACIÓN

AÑO	INSTITUCIONAL	SEMI- INSTITUCIONAL	COMUNIDAD	PENAL JUVENIL	TOTAL
1998	5.173	669	1.403	165	7.410
1999	5.259	798	3.070	248	9.375
2000	5.629	1.138	4.023	262	11.052
2001	6.364	934	4.249	311	11.858

Fuente: reportes de población penitenciaria, Departamento de Investigación y Estadística; Dirección General de Adaptación Social; años 1998, 1999, 2000 y 2001. Todos los datos corresponden a diciembre de cada año, con excepción del 2001 que se refiere al mes de noviembre de ese año.

Difícilmente exista una sociedad capaz de soportar el índice de crecimiento exponencial que se registra en la población penitenciaria costarricense. Difícilmente también puede aceptarse que, dentro de cinco años, a la altura del 2006, de mantenerse el mismo ritmo de crecimiento penitenciario, Costa Rica pueda soportar una población encarcelada superior a las 22.000 personas, lo cual nos pondría entre los países que peor están en el mundo, a la par de Rusia y algunos estados de los Estados Unidos de Norte América.

Tómese nota de que la población encerrada en nuestro país se ha duplicado en los últimos cinco años, lo cual significa, en términos sociológicos, una verdadera explosión demográfica y, en términos filosófico-políticos, que hemos decidido enrumbarnos hacia una sociedad cada vez menos libre.

Estas cifras desmienten, de paso y con toda evidencia, el mito de que el sistema penal costarricense y sus distintas agencias (Ministerio Público, Tribunales de Justicia, Administración Penitenciaria) resultan endebles o "flojas" a la hora de aplicar la ley penal. Todo lo contrario, el endurecimiento del sistema, reflejado en estos números inapelables, tiene que llamar nuestra atención porque como sociedad debemos reflexionar en cuanto al hecho de que cada vez tenemos más gente encerrada, porque además la encerramos con montos de cárcel cada vez mayores, y porque todo ello marca un

rumbo que debilita los derechos humanos, las garantías constitucionales y los cimientos mismos del Estado de Derecho⁷. ¿Puede alguien dejar pasar estos fenómenos sin detenerse a pensar por qué, y si tiene algún sentido el camino que hemos escogido en un tema tan sensible?

2. Régimen institucional frente al régimen desinstitucionalizado.

Un segundo señalamiento de importancia tiene que ver con la evidente tendencia, también creciente hasta el año 2001, de mantener a la gran mayoría de la población penitenciaria en regímenes de contención total (encierro institucionalizado), ubicándose solo pequeños segmentos de ella en los regímenes más abiertos (Semiinstitucionales o en Comunidad). Esta tendencia ha cambiado, como se ha dicho, a partir de 1999, sobre todo con la introducción del segmento poblacional perteneciente a la suspensión del proceso a prueba dentro del Nivel de Atención en Comunidad. Nótese que para 1998 la relación era de 5.172 Institucionalizados contra solo 1.403 en Comunidad; ya para 1999 la relación es de 5.259 contra 3.070 y, para noviembre de 2001 la relación es de 6.364 en régimen de contención total contra 4.249 en régimen de confianza o Comunidad.

Como bien se reconoce en documentos oficiales, ello se debe a una clara política oficial, tanto desde la agencia jurisdiccional como de la administrativa, que busca

7. Recientemente (ver "La Nación" del 31 de diciembre de 2001), el profesor Francisco Castillo González ha tenido que salirle al paso a criterios de quienes, aun presentándose como expertos en Derechos Humanos y Derecho Constitucional, levantan la bandera de la relativización y abrogación de principios fundamentales del Estado Constitucional de Derecho, como el debido proceso y el derecho de defensa.

combatir la sobrepoblación penitenciaria y la secuela de problemas que conlleva. En este sentido, se han combinado varias decisiones de política penitenciaria. Tal y como ha sido ya señalado, la más conocida a través de los medios de comunicación, tiene que ver con la construcción de nuevos centros penales y la remodelación de otros, con lo cual se procura aliviar el hacinamiento que existe en todo el sistema carcelario⁸. Otros aspectos de influencia decisiva en el comportamiento de las cifras de

población penitenciaria, como también se apuntó líneas atrás, han sido indirectos, derivados de la reforma procesal penal vigente a partir de 1998, principalmente los institutos de la suspensión del proceso a prueba y el procedimiento abreviado. Y, por último, solo de manera residual, las cifras de población penitenciaria se han visto afectadas por políticas de flexibilización y ampliación de los regímenes Semiinstitucional y de Confianza dentro de la administración penitenciaria.

SEGÚN NIVELES, POR FRECUENCIA (absoluta y relativa) AL 30 DE SETIEMBRE DE 1998

CUADRO N° 4

NIVELES	POBLACIÓN ABSOLUTA	POBLACIÓN RELATIVA
INSTITUCIONAL	5.129	85%
SEMIINSTITUCIONAL	514	8%
COMUNIDAD	273	5%
NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES	141	2%
TOTAL	6.057	100%

FUENTE: Ministerio de Justicia, Dirección General de Adaptación Social; Instituto de Criminología; Departamento de Investigación y Estadística; **Informe mensual, setiembre 1998**; Procesamiento: Alfredo Chavarría Marín; Digitador: Róger Gutiérrez Sánchez; San José, setiembre de 1998, página 8.

CUADRO N° 5

**POBLACIÓN PENITENCIARIA
Por meses, según niveles de atención
Año 2000**

Niveles	enero	febrero	marzo	abril	mayo	junio	julio	agosto	setiembre	octubre	noviembre	diciembre
Institucional	5.327	5.306	5.415	5.481	5.572	5.820	5.794	5.975	5.969	5.674	5.689	5.629
Semiinstituc.	801	795	802	791	786	788	783	810	838	1.022	1.094	1.138
Comunidad	3.090	3.304	3.400	3.349	3.499	3.588	3.642	3.729	3.680	3.785	3.915	4.023
Penal Juv.	253	265	259	241	247	251	262	284	284	287	273	262
TOTAL	9.471	9.670	9.876	9.862	10.104	10.447	10.481	10.798	10.771	10.768	10.971	11.052

FUENTE: Ministerio de Justicia, Dirección General de Adaptación Social; Instituto de Criminología; Departamento de Investigación y Estadística; **Informe anual, año 2000.**

En declaraciones públicas de la señora Ministra de Justicia, Mónica Nágel, apunta que se ha reducido, en el período en estudio (1998-2001) la cifra de sobrepoblación de un porcentaje superior al 30% a un 8%.

Funcionarios del sistema penitenciario expresan, acerca de este tema, lo siguiente:

"...a pesar de que la respuesta oficial del Estado siempre ha sido la de aumentar penas, crear leyes y construir nuevas cárceles; la respuesta técnica de desinstitutionalización, capacitación, trabajo, educación, salud, etc., para la población privada de libertad, es la única que realmente ha logrado disminuir a niveles tolerables, las tensiones que sufre la gente en prisión, muchas veces son un reflejo de lo que sucede en la sociedad civil. Ya que si bien es cierto que (sic) se amplió la infraestructura carcelaria y por tanto la capacidad de alojamiento, también disminuyó la cantidad de privados(as) de libertad ubicados en el Nivel Institucional, a partir de las medidas tomadas; no obstante, parecieran aun tímidas tales medidas, haciéndose necesario reforzar esas estrategias técnicas."⁹

Algunas de las consideraciones anteriores no parecen corresponderse con la realidad de las cifras. No aparece con claridad la política de desinstitutionalización, y el hacinamiento solo se ha reducido en razón del crecimiento de la capacidad de alojamiento del sistema.

Ciertamente, sí aparece la tendencia en los dos o tres últimos años, obligada por las figuras alternas del nuevo procedimiento penal, de fortalecer los regímenes Semiinstitucional y de Comunidad, como una de las salidas para paliar las presiones que se ejercen sobre el sistema carcelario nacional, sobre todo por la diferencia entre capacidad real de alojamiento y población penitenciaria efectiva que, como se apuntó al inicio, crece en proporciones que, de no tomarse estas medidas, se saldría por completo de control. Nótese (**Cuadro 5**) que entre lo Semiinstitucional y el régimen de Confianza en Comunidad abarcan prácticamente la mitad de la población penitenciaria.

3. La sobrepoblación penitenciaria. Propuestas para su superación¹⁰.

Según las propias cifras oficiales, la sobrepoblación penitenciaria en Costa Rica oscila en la actualidad entre un 11% y un 14%¹¹, números que han sido sustancialmente rebajados de lo que revelaban los datos del quinquenio inmediato anterior.

Veamos una síntesis de las estadísticas, acerca de este tema, referidas al período aludido:

CUADRO N° 6

**EVOLUCIÓN DE PORCENTAJES
SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA**

AÑO	CAPACIDAD DE ALOJAMIENTO	POBLACIÓN EFECTIVA	SOBREPOBLACIÓN ABSOLUTA	SOBREPOBLACIÓN RELATIVA
1996	2.979	4.408	1.429	48%
1997	3.029	4.967	1.938	64%
1998	3.323	5.208	1.885	57%
1999	4.125	5.374	1.249	30%
2000	5.046	5.634	588	12%

9. Ministerio de Justicia; Departamento de Investigación y Estadística; **Anuario Estadístico 2000**; San José, Costa Rica, enero de 2001, p. 22.

10. "La sobrepoblación penitenciaria se obtiene calculando la diferencia cuantitativa entre la capacidad de alojamiento y la población de los diferentes centros del Nivel Institucional. Esto último, por cuanto, en los Niveles Penal Juvenil, Semiinstitucional y Comunidad, no se presenta este fenómeno, en razón de la modalidad de atención técnica aplicada. Asimismo, la capacidad de alojamiento se refiere a los cupos que en cada centro existen para ubicar la población privada de libertad, por lo general de acuerdo con decisiones que se van tomando sobre la marcha." (Ver: Ministerio de Justicia, **Ibidem**, p. 32).

11. Ministerio de Justicia; Departamento de Investigación y Estadística; **Informe de Sobrepoblación 1996-2000**; San José, Costa Rica, año 2000.

De nuevo, resulta de interés citar el comentario que funcionarios de Adaptación Social, responsables del procesamiento de estos datos, realizan con respecto a los esfuerzos que se están haciendo en el tema de la sobrepoblación penitenciaria.

"...la sobrepoblación, como parte de la problemática penitenciaria y del Sistema de Justicia Penal, tiene que ver con otros factores extra institucionales, especialmente de política social del Estado costarricense, lo que hace que el fenómeno también cambie de acuerdo al mejoramiento o desmejoramiento de la calidad de vida de la población, como ha sido demostrado por múltiples organismos nacionales e internacionales, tales como: Defensoría de los habitantes, Estado de la Nación, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, ILANUD, etcétera, entre muchos otros"¹²(sic).

Se pone en evidencia que en Costa Rica, ante el aumento de formas de criminalidad común y no convencional, se ha producido una fuerte presión sobre el sistema penal y carcelario que, principalmente en los últimos años, ha respondido con estrategias de diverso orden. La primera de ellas es de naturaleza legislativa, siendo que el nuevo Código Procesal Penal (1996) contiene propuestas alternas al encierro que, sin duda, han ayudado a evitar el colapso del sistema penitenciario. En este orden de ideas, institutos jurídicos como la **suspensión del proceso a prueba** han protagonizado un papel relevante. Otras respuestas dirigidas a la misma meta son de orden más bien administrativo. Como se dijo en páginas anteriores, se ha impulsado un fuerte programa de inversión para crear más espacio carcelario lo cual ha permitido, según datos oficiales, reducir este indicador de un 30% de sobrepoblación a un 14%, es decir, más de la mitad. En último lugar, se han aprovechado los recursos reglamentarios con que cuenta el sistema en sus regímenes de Semiinstitucionalización y de Comunidad para desahogar un sistema que, de lo contrario, sería llevado al caos y colapso en poco tiempo.

Pese a que debe reconocerse la bondad inmediata de todas estas estrategias en política penitenciaria, no

puede dejar de señalarse dos cuestiones de fondo. En tanto, por una parte, se quiera ver en el endurecimiento de las penas y en la penalización de nuevas conductas una respuesta adecuada frente al fenómeno criminal, se estará errando el camino y se estará entrando en abierta contradicción con los esfuerzos que se hacen por mantener niveles de población penal manejables. Por otra parte, si bien es cierto la política de ampliación carcelaria es una estrategia que puede resolver momentáneamente el problema de hacinamiento carcelario, esta es una medida de alcance muy inmediato y de resultados muy relativos.

Mucho nos tememos que el corolario de esta negativa estrategia de ampliar el alojamiento penitenciario como principal medida de política criminal, está constituida por la **"Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento del Centro Penitenciario Pococí - Cartel de Licitación"**¹³. Este proyecto ha sido concedido ya a la empresa norteamericana *Management Training Corporation (MTC)*¹⁴ y resulta ser uno de los propósitos más destacados de la actual administración. Como el punto significa un cambio cualitativo en lo que hasta ahora ha sido el régimen penitenciario en Costa Rica, y al no poderse hacer aquí un análisis exhaustivo de esta propuesta, bástenos por el momento plantear solo tres objeciones y una reflexión final acerca del mismo:

- (a) **Objeción de carácter jurídico:** vemos del todo incompatible, conforme a los artículos 9,140, inciso 9) y 153 de la Constitución Política, el dar en concesión a una empresa privada la prestación de un servicio eminentemente público como lo es la ejecución de las penas. Las contradicciones que surgen a nivel legal con el Código Procesal Penal, con la Ley Orgánica de la Dirección General de Adaptación Social y sus reglamentos, con la Ley General de Policía, entre otras, es igualmente múltiple y patente;
- (b) **Objeción de carácter ideológico:** en tanto se haga una inversión de la cuantía de la que se propone, dirigida a la construcción de más cárceles, se está relegando el diseño y ejecución de una política

12. Ministerio de Justicia; Departamento de Investigación y Estadística; **Anuario Estadístico 2000**; San José, Costa Rica, enero de 2001; pp. 31-32.

13. República de Costa Rica. *Licitación Pública Internacional N° 02-2001*, Consejo Nacional de Concesiones, San José, febrero de 2001.

14. Ver; *La Nación*; **Adjudican cárcel de Pococí por \$60 millones**; pág. 8-A (*El País*), 10 de enero 2002.

criminal preventiva, se está apostando en cambio a una política criminal que privilegia la mera represión y el encierro, y se renuncia a una estrategia que realmente ataque las raíces del fenómeno criminal y lo prevenga. Ya ha sido denunciado por la criminología contemporánea¹⁵ que, en la medida en que se haga prevalecer la "lógica de mercado" en la respuesta penitenciaria, se impondrán medidas que tiendan a construir cada vez más encierros (cárceles de "alta seguridad" que significan cuantiosas ganancias para ciertas transnacionales arquitectónicas); se fomenta el equipamiento con dispositivos de seguridad más sofisticados (alarmas, cerraduras electrónicas, cámaras de vigilancia de veinticuatro horas, armamentos, etc.); se tiende también a concesionar servicios como la vigilancia y las comidas (introduciéndose intermediarios de muy difícil control por parte de entidades públicas). Lo menos que puede uno preguntarse es si, en medio de esta avalancha privatizadora, quedará algún espacio para entidades objetivas y neutrales, de carácter público, que puedan ejercer algún control efectivo de la persona humana y sus derechos.

- (c) **Objeción de orden ético:** aquí cae por su peso la pregunta de si es legítimo lucrar, dentro de un Estado constitucional de Derecho, con el castigo penal, que conlleva una inevitable dosis de dolor humano. Lo anterior se impone cuestionarlo en virtud de que está claro que la intervención de estas empresas privadas persigue un objetivo básico cual es lucrar con la actividad que desarrollan. Se evidencia que estamos renunciando, desde el punto de vista filosófico, a ser una sociedad mínimamente solidaria, donde todos sintamos algún grado de responsabilidad respecto de quienes hemos decidido castigar.
- (d) La privatización de centros penales no ha dado los resultados esperados en otras naciones. El control efectivo que pueda hacerse del respeto a los derechos humanos también puede verse disminuido, en tanto la ejecución de las penas esté mediada por un interés tan restringido como el lucro privado.

Si se sostiene el crecimiento poblacional de las prisiones en los niveles que se han dado hasta ahora,

tendríamos que amurallar las fronteras nacionales y convertirnos en esa utopía regresiva —**el encierro total**— a la que se acercan ya ciertas naciones. Por lo visto, entonces, ha hecho falta lo fundamental, una estrategia de política criminal y penitenciaria preventiva, como es posible diseñarla con un poco de solidaridad social y humana, y como ya este país la ha tenido en otros momentos más afortunados de su historia. Una política criminal y penitenciaria que desde la comprensión multifactorial del fenómeno delictivo, dé opciones a la clientela tradicional del Derecho Penal (niños abandonados, jóvenes sin escuela, hombres y mujeres desempleados, marginales, etc.). La salida está también en completar la reforma penal de carácter democrático que ha sido impulsada en la última década. Están haciendo fila proyectos fundamentales como el del nuevo Código Penal y el de la Ley de Ejecución Penal, para la materia juvenil y para la de adultos. También debe existir, de una vez por todas, la decisión política de financiar adecuadamente al sistema judicial y penitenciario, de manera que no se caiga en la falacia de cobrarles lo que no deben, y de exigirles lo que no están en condiciones de poder ofrecer por carencia de los medios suficientes. En este tema no debe morderse tampoco el anzuelo que pretende vender la idea de que todo el sistema judicial (policía, Ministerio Público, tribunales y administración penitenciaria) conforma un solo paquete que debe disputarse una asignación limitada de recursos.

Estas son las grandes cuestiones en las que se enmarca el tema penitenciario y la aplicación o desaplicación de los derechos humanos a este sector de la población nacional. La sobrepoblación carcelaria, el hacinamiento humano que ello significa, es quizá la matriz de la que emergen las más grandes violaciones a la dignidad humana de las personas privadas de libertad.

II. Momentos y aspectos de mayor vulnerabilidad para los derechos humanos de las personas recluidas en centros penitenciarios.

Los momentos de riesgo para los derechos humanos en el proceso de "prisionización" de una persona son múltiples y de variada naturaleza. Un recorrido por este *iter* nos permitirá señalar cuáles son, en nuestro criterio y en relación con nuestro medio, esos puntos críticos.

15. Christie, Niels; La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?; Editores Del Puerto S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993.

1. El ingreso.

Los requisitos formales que se exigen para el ingreso de una persona al sistema penitenciario en calidad de privada de libertad son, según práctica administrativa no regulada a la fecha:

Orden judicial en regla. No se admite como presa a ninguna persona por disposición policial o por orden de cualquier otra autoridad pública que no sea un juez en ejercicio de sus funciones y competencias.

Si la persona presenta golpes o lesiones, antes de autorizar el ingreso, es remitida de inmediato a un médico, ya sea al interior del centro penitenciario o bien a médico externo que haga su revisión y diagnóstico¹⁶.

Tanto para indiciados (sin condena) como para los sentenciados, se confecciona una ficha de identificación y filiación, se abre expediente con datos personales y jurídicos ("Fórmula de Ingreso") y se les define una ubicación transitoria.

Para el caso del ingreso de un indiciado es recibido por el personal de seguridad penitenciaria, se le requisan sus pertenencias de valor y se le extiende recibo de las mismas. Está particularmente prohibida la posesión de teléfonos celulares, radiolocalizadores, joyas, dinero, etc.

Si este indiciado tiene definida una prisión preventiva igual o superior a los seis meses, se inicia el procedimiento para definirle un plan de atención.

Para el caso del ingreso de un condenado se confecciona un plan de atención técnica, se consideran para esto aspectos familiares y demás información personal pertinente que permita plantear un proyecto educativo o laboral; se detectan

adiciones o tendencias agresivas de abuso sexual o físico, etc., con el mismo propósito¹⁷.

- g- Posteriormente interviene el equipo técnico (abogado y orientador, básicamente) para definir la ubicación definitiva.

El hecho de que no esté debidamente normado este procedimiento y que se aplique tan solo como práctica administrativa, revela ya un debilitamiento de las garantías que pretenden hacerse valer al momento del ingreso de una persona en el sistema penitenciario. Se evidencia que el control sobre las eventuales violaciones a estas normas procedimentales es muy débil y de imposible constatación en todos los casos.

2. El deber de informar y acceso a reglamentos.

La normativa administrativa penitenciaria ordena informar al recién ingresado los motivos de su detención y los derechos fundamentales que le asisten durante su permanencia en la institución correspondiente. Resulta de importancia, sobre todo, la puesta en conocimiento de los privados de libertad de los principales reglamentos del centro donde ingresan, sus deberes y derechos fundamentales y las consecuencias disciplinarias de algunas conductas. De nuevo queda en manos de las prácticas administrativas el hacer realidad estas obligaciones, cuyo control también es muy poco efectivo. De igual manera está prevista la comunicación que debe hacerse a la familia o a personas de confianza del detenido de la noticia de su situación. No obstante la claridad con que toda la normativa legal y reglamentaria establece el deber de información para con la persona que ingresa al sistema penitenciario, investigaciones de campo han concluido que la información sobre derechos y deberes, en la práctica, no se suministra a los privados de libertad de manera adecuada. Esto lo concluyen tanto Bogantes M. y Oquendo I., en su tesis de grado¹⁸, como la Defensoría de los Habitantes en informe sobre la materia¹⁹. Aunque no está científicamente establecido, tenemos también nuestras dudas acerca de

16. Entrevista con funcionario penitenciario, 20 de octubre de 1998. Curiosamente ni en el Reglamento de Derechos y Deberes (Decreto 22139-J) ni en el Reglamento Orgánico y Operativo (Decreto 221398-J) de la Dirección General de Adaptación Social, se encuentra regulado el procedimiento de recepción e ingreso de la persona al sistema penitenciario.

17. *Ibidem*, entrevista de 20 de octubre de 1998.

18. Bogantes M., y Oquendo I., *Derechos Humanos en el Centro Penal La Reforma. La pena privativa de libertad trasciende lo que el ordenamiento jurídico permite; trabajo final de graduación para optar al grado de licenciadas en Derecho, San José, noviembre de 1998, pp. 360 y 361.*

19. *Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica; Informe para el Seminario Internacional "El reto de la sobrepoblación penitenciaria", enero de 1996, sin publicar.*

la eficacia con que puedan ser informadas las personas cercanas al detenido en cuanto a su situación.

3. Acceso a los registros.

Los criterios con respecto a las personas que tienen acceso a los expedientes administrativos de las personas privadas de libertad, también por costumbre administrativa, son los siguientes:

- a. En principio, toda persona privada de libertad tiene acceso a su expediente en compañía de su abogado.
- b. No se prevé ningún tipo de restricción para el juez que pretenda enterarse del contenido de uno de estos expedientes.
- c. Los familiares de las personas privadas de libertad pueden revisar los expedientes bajo vigilancia del personal penitenciario y siempre que cuenten con la autorización del interno o interna.
- d. Las organizaciones no gubernamentales que trabajan en el ámbito penitenciario pueden acceder a esos expedientes siempre y cuando lo autorice la persona privada de libertad.
- e. En la misma situación están los organismos protectores de derechos humanos que se interesen por revisar la información que se guarda en un expediente²⁰.

Nuevamente tendría que hacerse el señalamiento de que la costumbre administrativa no es la mejor manera de asegurar el respeto de los derechos de las personas privadas de libertad. Todas estas pautas, si bien por lo general pueden ser respetadas, no existe modo realmente efectivo de controlarlas en todos los casos.

4. Confidencialidad.

Existe, finalmente, también por costumbre administrativa, ya que no está autorizado en ninguna ley o reglamento, el registro de "información confidencial" que

no obra en los expedientes en atención a criterios de "seguridad" (cuando pueda dañar la integridad física de familiares, testigos, compañeros de cárcel, funcionarios, etc.) y que se hace constar en "libros de actas" que lleva la administración del centro penal respectivo. Este tipo de confidencialidad obviamente puede prestarse para abusos y para la toma de decisiones con quebranto del debido proceso.

Existe, sin embargo, una confidencialidad que podríamos llamar en sentido positivo, que consiste en la información que se lleva en los expedientes administrativos y que se procura resguardar en beneficio de la persona privada de libertad, restringiéndose el acceso a esos expedientes conforme los criterios restrictivos ya expuestos. Así como resulta una práctica cuestionable, desde la perspectiva de los derechos de la persona presa, el acopio de información confidencial paralela a la que solo la administración tiene acceso, esta última confidencialidad resulta indispensable en protección a cierto grado de privacidad que los reclusos deben mantener como derecho.

La confrontación entre valores como *derecho a la información y a la privacidad*, enfrentados al relevante valor de la seguridad (del reo y de terceros), no debe resolverse a través de la intervención de la administración sino por medio de la intervención del juez competente, en este caso el de ejecución penal.

5. Asistencia especial para aborígenes, extranjeros y personas discapacitadas que no pueden comunicarse en el idioma oficial.

En este punto son especialmente vulnerables los grupos aborígenes y los minusválidos que deben enfrentar un proceso penal. Pero también se dan dificultades con visitantes y personas extranjeras que se ven involucradas en hechos delictivos, sobre todo a raíz del auge del turismo y de la transnacionalización de ciertas formas delictivas. Aunque con toda precisión la normativa internacional de derechos humanos y principios constitucionales, como el de igualdad, mandan resolver este problema, lo cierto es que en el ámbito penitenciario el *Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados de Libertad* no prevé nada específicamente referido al derecho

20. Entrevista a la máster Melba Rodríguez Rodríguez, Coordinadora del Área de Investigación y Estadística de la Dirección General de Adaptación Social y al licenciado Pablo Reiner Artavia Cubero, profesional de esa misma área, 20 de octubre de 1998.

de tener traductor o intérprete para quienes no puedan comunicarse en el idioma oficial²¹.

Aunque la normativa procura ese derecho de traducción o interpretación en los momentos más importantes del proceso, tal como la imputación de cargos, la declaración del acusado, el debate oral y público, etc., se puede constatar que para todos los actos que no tienen esa relevancia, como la información de derechos y obligaciones al interior de la prisión, o todo lo que se refiere a las circunstancias de vida cotidiana en ella, la debida traducción o interpretación está ausente.

7. El uso y abuso de la prisión preventiva.

Las previsiones legales en relación con la prisión preventiva en el ordenamiento procesal penal costarricense

probablemente se deba a la presión que ha habido en los tribunales de justicia por realizar los juicios donde haya reos presos, más que a una normativa o a una jurisprudencia que aplique restrictivamente la prisión preventiva.

Como bien lo expresan los documentos estadísticos de la Dirección General de Adaptación Social, para el año 2000: "En síntesis, uniendo las categorías mayores, tendríamos un 53% de condenados, un 14% de procesados, un 28% de Suspensiones del Proceso a Prueba y un 5% de Sanciones Alternativas, Medidas de Seguridad de Libertad Vigilada y Pensiones Alimenticias"²².

No obstante los porcentajes relativamente bajos que se manejan de presos sin condena en Costa Rica, sobre todo si se les compara con los países de la región, somos

**CUADRO N° 7
SEGÚN CONDICIÓN JURÍDICA Y ADMINISTRATIVA
AÑO 2000**

CONDICIÓN JURÍDICA	ABSOLUTOS	RELATIVOS
Condenados(as)	5.392	50
Suspensión del proceso a prueba	3.071	28
Procesados(as)	1.539	14
Libertad condicional	332	3
Sanciones alternativas	236	2
Medidas de seguridad	178	2
Pensión alimentaria	109	1
Preliberados(as)	9	0
Incidentes de enfermedad	16	0
TOTAL	10.882	100

FUENTE: Ministerio de Justicia, Dirección General de Adaptación Social; Instituto de Criminología; Departamento de Investigación y Estadística; **Informe anual**, año 2000.

son sumamente amplias y drásticas. Se autoriza esta medida cautelar para todo tipo de delito y el plazo máximo de un año de duración conoce gran cantidad de excepciones. Si el porcentaje de presos sin condena en nuestro país ha rondado en los últimos años tan solo un 20%, muy

del criterio de que deberían revisarse los términos en que está regulada en el nuevo Código Procesal Penal la prisión preventiva. Esta medida cautelar debería permitirse solo para los delitos más graves, con previsiones de pena mínimas superior a los tres años de prisión y debería

21. Asamblea Legislativa de Costa Rica; **Código Procesal Penal**, Ley N° 4573; 28 de marzo de 1996. Entró en vigencia el 1° de enero de 1998.

22. Ministerio de Justicia; Departamento de Investigación y Estadística; **Anuario Estadístico 2000**; San José, Costa Rica, enero de 2001; p.28.

también aplicarse con mayor rigor sus limitaciones, eliminando algunas de las múltiples excepciones que en la actualidad tiene el señalado plazo máximo de un año.

Por otra parte, pese a la existencia de una serie de medidas alternas a la prisión preventiva, tenemos la impresión de que los tribunales de justicia no las aplican en toda la extensión y frecuencia que el ordenamiento permite. La hondura y complejidad de este problema no ha sido posible determinarla en este trabajo, dado que se requeriría de una exploración de campo que no ha sido realizada. Es recomendable realizar, en todo caso, una investigación de esta naturaleza que determine la utilización real que se está haciendo en sede jurisdiccional de las medidas alternas a la prisión preventiva, debiéndose, en consecuencia, recomendar la necesidad de su utilización por parte de los jueces y tribunales de todo el país.

7. Tortura y otros tratos inhumanos o degradantes.

La jurisprudencia constitucional costarricense ha dictado algunos parámetros que conceptualizan y definen los tratamientos crueles y degradantes al interior del sistema penitenciario. Definición de la pena privativa de libertad.

- a. *"Las penas privativas de libertad deben ser organizadas sobre una amplia base de humanidad, eliminando en su ejecución cuanto sea ofensivo para la dignidad humana, teniendo siempre muy en cuenta al hombre que hay en el delincuente. ...en la ejecución de la pena de privación de libertad, ha de inculcarse al penado, y a los funcionarios públicos que la administran, la idea de que **por el hecho de la condena, no se convierte al condenado en un ser extrasocial, sino que continúa formando parte de la comunidad, en la plena posesión de los derechos que como hombre y ciudadano le pertenecen, salvo los perdidos o disminuidos como consecuencia de la misma condena. Al mismo tiempo ha de fomentarse y fortalecerse, el sentimiento de la responsabilidad y del respeto propios a la dignidad de su persona, por lo que **han de ser tratados con la consideración debida a su naturaleza de hombre.**"***²³
- b. Tratos crueles o degradantes. Múltiples formas.
*"... la comprobación de la existencia de condiciones infrahumanas en los establecimientos penitenciarios, cualesquiera que sean las causas, es una señal inequívoca de violación de los derechos humanos de los internos, que el Estado, encargado de sus custodias, está obligado a enmendar."*²⁴
- c. Tratos crueles o degradantes. Condiciones infrahumanas en centro de detención.
*"...de modo alguno, puede justificarse el que las personas privadas de libertad allí ubicadas —para efectos de lo cual es irrelevante si se trata de una detención o de una aprehensión— deban soportar condiciones infrahumanas, lo que implica que han de tolerar un trato cruel y degradante. ...los privados de libertad deben gozar de todos aquellos derechos fundamentales que no sean incompatibles con su estado de reclusión. Así, deben contar con las condiciones materiales mínimas, para que su dignidad como seres humanos no se vea menoscabada..."*²⁵
- d. Tratos crueles o degradantes. Hacinamiento en Centro de Atención Institucional San José (San Sebastián).
*"... el tener a seres humanos en total hacinamiento sin las mínimas condiciones de higiene y en lugares sucios, húmedos, oscuros, con poca ventilación, no puede ser otra cosa que un castigo y un trato degradante contrario a la dignidad humana, que esta Sala no puede soslayar de ninguna forma."*²⁶
- e. Tratamientos crueles o degradantes. Utilización de gases lacrimógenos para apaciguar a prisioneros.
"...El lanzamiento de una bomba de gas lacrimógeno en un área reducida de dos metros y medio por tres metros y medio, con escasa ventilación, es sin lugar

23. Ver resolución de la Sala Constitucional N° 0672-97. (Los subrayados son nuestros).

24. Ver resolución de la Sala Constitucional N° 1232-98. (Los subrayados son nuestros).

25. Ver resolución de la Sala Constitucional N° 1774-97. (Los subrayados son nuestros).

26. Ver resolución de la Sala Constitucional N° 1032-96.

*a dudas una actuación excesiva para apaciguar a un solo individuo. Con esto sí se amenaza su salud, y su integridad aun cuando se informa que el privado adujo encontrarse bien y rehusó ser atendido médicamente.*²⁷

Estamos convencidos de que en Costa Rica no puede hablarse de prácticas de tortura propiamente dichas y mucho menos prohijadas oficialmente. Sin embargo, en contraste con la extensa e intensa normativa que procura prohibir y prevenir la existencia de tratos crueles y degradantes al interior del sistema penitenciario, tanto la Sala Constitucional —como quedó dicho páginas atrás— como la Defensoría de los Habitantes, según se verá dentro de poco en este mismo análisis, así como investigaciones de campo, han logrado determinar una importante cantidad de pautas y procedimientos al interior de las cárceles nacionales que, a no dudarlo, califican como tratamientos degradantes o crueles.

Según la investigación citada de Bogantes M. y Oquendo I., este tipo de maltrato va desde las condiciones generales de vida al interior de las prisiones (hacinamiento, implementos para dormir, calidad de comida, falta de acceso a la salud, etc.), hasta el maltrato físico directo. En este punto es de importancia señalar que las investigadoras, respecto de una muestra de 100 reclusos entrevistados en el Centro Institucional La Reforma, un 44% dice haber recibido golpizas, un 27% cortaduras, 2% balazos, 4% efectos de bombas lacrimógenas, 1% golpes eléctricos y un 49% de los entrevistados dice no haber recibido ningún tipo de maltrato físico. Al preguntárseles de parte de quién han recibido tales tratamientos, un 0% dice de parte del director del centro, un 31 % dijo que de parte de policías y guardas del sistema penitenciario y un 32% de sus compañeros reos; el resto no sabe o no responde. En relación con el maltrato psicológico, un 55% respondió que ha sido víctima de ofensas verbales contra su persona, un 29% recibió ofensas contra su familia, un 35% recibió amenazas de lesión, 25% amenazas de muerte y un 36% reportó no haber sido víctima de ningún tipo de maltrato psicológico. Las respuestas a la pregunta de la fuente de ese maltrato reveló que un 6% de los entrevistados señala al director del centro, un 35% a los guardas penitenciarios y un 46% a sus propios compañeros de reclusión²⁸.

Con alguna recurrencia, se ha sabido de casos que trascienden a la opinión pública y han sido motivo de alarma social, por su gravedad y excepcionalidad. Sin embargo, con la misma claridad, hay que reconocer la existencia, por acción u omisión, de prácticas institucionales que califican como tratamientos crueles y degradantes. Dentro del sistema penitenciario hemos visto cómo se han denunciado, investigado y condenado estas prácticas por parte de la Sala Constitucional, la Defensoría de los Habitantes y, más recientemente, por los juzgados de Ejecución de la Pena. A pesar de todo ello, los resultados, a juzgar por la sobrevivencia de esas pautas y problemas al interior de nuestras cárceles, siguen siendo insignificantes.

Muy recientemente, la Comisión contra la Tortura de las Naciones Unidas, nos ha llamado la atención a los costarricenses con respecto a la necesidad de tipificar específicamente el delito de tortura, así como de mejorar el problema de sobrepoblación penitenciaria y el hacinamiento con todas sus secuelas.

8. Salud e higiene.

En este rubro, las calamidades más frecuentes dentro del sistema penitenciario se refieren a los siguientes aspectos:

- a. Se ha señalado que el problema de salud en los centros penitenciarios forma parte del problema general del sistema. Básicamente se liga este tema con el hacinamiento, dada la falta de espacios físicos sanos y el generalizado deterioro de las instalaciones.
- b. Son reiteradas las quejas por falta de higiene, sobre todo en los centros penales más importantes. La falta de duchas, los servicios sanitarios en mal estado, las cloacas rotas y desbordadas, las áreas de cocina y comedores en pésimas condiciones, etc.
- c. No se garantiza la atención médica oportuna o no existen médicos disponibles durante gran parte del día; tampoco ha funcionado adecuadamente el

27. Ver resolución de de Sala Constitucional N° 5185-97.

28. Bogantes, M. y Oquendo, I. *Derechos Humanos en el Centro Penal La Reforma. La pena privativa de libertad trasciende lo que ordenamiento jurídico permite; trabajo final de graduación para optar por el grado de licenciadas en Derecho, San José, noviembre de*

convenio con la Caja Costarricense de Seguro Social para la atención médica; los centros penitenciarios no cuentan con personal y equipamiento suficientes, así como tampoco los recursos humanos y materiales para atender emergencias; con frecuencia se pierden citas largamente esperadas en clínicas y hospitales por falta de transporte. De manera particular es muy difícil que los pacientes sean atendidos por especialistas. El caso de los reclusos psicóticos es uno de los más graves, pues no se tiene acceso a la atención psiquiátrica.

- d. Han existido quejas de reclusos en el sentido de que son obligados a convivir con personas que padecen enfermedades infectocontagiosas²⁹.
- e. Hay centros hospitalarios que se niegan a recibir y atender a presos enfermos, ya que no se brinda a las autoridades médicas las condiciones de seguridad por parte de las autoridades penitenciarias.

9. Problema ocupacional.

En materia laboral y ocupacional en general, incluida la capacitación para el trabajo, de nuevo hay que decir que se presentan altibajos. Si bien es cierto que se han hecho esfuerzos importantes, a lo largo de la historia penitenciaria de este país, todavía no es posible proporcionar alternativas laborales a toda la población penitenciaria, como es de desear y como sería lo adecuado con respecto a un derecho humano fundamental como lo es el acceso digno a una actividad remunerada. Problema central en este tema ha sido la discusión acerca de la condición jurídica de las personas que trabajan mientras descuentan una pena privativa de libertad. La Sala Constitucional zanjó la disputa, desde hace algunos años, señalando que el trabajo penitenciario es un medio de tratamiento y no una relación laboral propiamente dicha. A lo anterior hay que apuntar que esta interpretación del más alto tribunal de la república permite la vigencia de problemas sumamente delicados como las obligaciones atenuadas del empleador, los salarios por debajo de los mínimos legales, la ausencia de seguros, etc.

Oficialmente se reconoce, a febrero del año (2001), que del total de personas presas (alrededor de 11.000)

ubicadas en los niveles Institucional y Semiinstitucional, unas 1.955 se desempeñan en proyectos institucionales y servicios generales del propio sistema; unas 851 se emplean en empresas privadas; alrededor de 1.159 trabajan en proyectos autogestionarios; y 326 reciben capacitación con propósitos laborales. Lo anterior hace que de las personas que están en los ámbitos de contención más severos (Institucional y Semiinstitucional) en la actualidad, poco menos de la mitad tiene alguna opción ocupacional, porcentaje que está entre los mejores de los últimos tiempos³⁰.

La demanda de estas actividades sobrepasa en mucho la oferta que puede brindarse y sigue siendo un punto de agenda pendiente el poder satisfacer en niveles adecuados la preparación de la gente que se encuentra encarcelada, aspecto que, sin duda, resulta decisivo para la reincorporación social posterior. Siendo que casi un 70% de la población penitenciaria se encuentra entre los 18 y 43 años de edad, etapa de juventud y madurez de los seres humanos, destinada a ser la de mayor productividad, es claro que resolver el tema de las opciones de capacitación y laborales al interior del sistema penitenciario, es central para dar respuesta a uno de los problemas más sensibles en este campo. Se impone, entonces, el diseño de una política penitenciaria que dé prioridad a la creación de estrategias de capacitación y laborales para el sector de la población penitenciaria que se encuentra en los ámbitos más cerrados del sistema. Un mayor número de puestos de trabajo, condiciones adecuadas para su desempeño y, sobre todo, el reconocimiento de importes salariales acordes con los mínimos legales, son aspectos que no se pueden seguir postergando.

10. La perspectiva de género.

Con respecto a la situación del sector poblacional femenino privado de libertad, se han señalado los siguientes aspectos como especialmente vulnerables:

- a. Muchas políticas y prácticas institucionales no incorporan las condiciones de desigualdad social, política, económica y cultural en que viven las mujeres. Esto dificulta detectar y, por tanto, erradicar las diferentes formas de violencia que el sistema penal ha ejercido concretamente sobre las mujeres.

29. *Defensoría de los Habitantes de la República; Informe Anual 1993-1994; presentado a la Asamblea Legislativa el 7 de junio de 1994. En el mismo sentido Informe Anual 1994-1995, de la misma institución.*

30. *Información de la Licda. Ligia Wong; datos del Área de Capacitación y Trabajo del Instituto Nacional de Criminología; Dirección General de Adaptación Social; Ministerio de Justicia, junio de 2001.*

- b. El Programa de Desarrollo Institucional (P.D.I.) tiene como base un sistema de valores masculino, está dirigido fundamentalmente al varón privado de libertad, *dejándose de lado las necesidades, experiencias y condiciones de la población penal femenina.*
- c. No se visualiza con claridad las necesidades específicas de la población femenina privada de libertad. Esto se manifiesta en aspectos tan diversos como la concepción misma que se tiene de un centro penitenciario para mujeres; los criterios no diferenciados con que se aplican ventajas como las valoraciones técnicas o los procesos de desinstitucionalización; la falta de directrices específicas que contemplen las diferencias entre hombres y mujeres, etc.
- d. *"En síntesis, el fundamento ideológico del sistema penitenciario, así como su práctica institucional, lesionan los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad, pues las violaciones que sufren por el solo hecho de serlo son diferentes y específicas a su condición, como lo son también diferentes y específicas a su condición las que sufren los privados de libertad. Ambas poblaciones comparten la pérdida de su libertad de tránsito; sin embargo, las consecuencias por sexo son diferentes como ya se ha visto. Las mujeres privadas de libertad, al ser internadas bajo un modelo que responde principalmente a las necesidades y experiencias de los hombres privados de libertad, sufren un menoscabo en el reconocimiento de sus derechos y libertades propias de su condición genérica."*³¹

11. Régimen disciplinario.

El catálogo de conductas prohibidas en el respectivo reglamento penitenciario (por ejemplo: *"perturbar el curso normal de actividades..."*, *"utilizar cualquier equipo cuyo uso no esté autorizado..."*, *"incumplir horarios..."*, *"ocasionar el desorden o desaseo..."* *"irrespetar el descanso y la*

recreación..."), susceptibles de ser castigadas con las diversas sanciones disciplinarias, revela un universo de tipos abiertos, en blanco, imprecisos y confusos, conformando terreno abonado para la arbitrariedad de los funcionarios encargados de su vigilancia y cumplimiento.

Se impone una revisión de este catálogo y una redefinición de las conductas prohibidas en el reglamento correspondiente, de manera que pueda reducirse al máximo el margen de arbitrariedad en la aplicación del régimen disciplinario, de conformidad con los principios de tipicidad y legalidad.

En el Reglamento de Derechos y Deberes de las Personas Privadas de Libertad, existe un procedimiento bien concebido para la investigación y sanción de las infracciones disciplinarias. Sin embargo, los pocos datos que pudimos obtener en la Dirección General de Adaptación Social, no nos permiten conocer el grado de atención y de resolución favorable que obtienen los interesados al interponer los recursos ordinarios de revocatoria y apelación, o el extraordinario de revisión. Más bien, del análisis de esos datos, se confirma que cada vez más frecuentemente, los privados de libertad acuden a las sedes jurisdiccionales, sea la constitucional o la de ejecución de la pena, a plantear sus inconformidades y demandas de justicia.

En este sentido podemos afirmar que, sin embargo, en los últimos años, la política seguida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha sido la de remitir a las partes, en la inmensa mayoría de las situaciones, a la jurisdicción ordinaria, en este caso a los juzgados de Ejecución Penal del país. Se considera generalmente que el tema planteado por la persona encarcelada resulta ser de mera legalidad y no de constitucionalidad, siendo entonces que dicha Sala declina su conocimiento. Para el año 2001 se registraron 93 asuntos en estas condiciones³²; por otra parte, se dio trámite en esta sede solo a 16 recursos de amparo, de los cuales se declararon con lugar únicamente 3 y se dio trámite a 17 hábeas corpus, de los que tan solo 2 se declararon con lugar³³.

31 Defensoría de los Habitantes de la República, Informe Anual 1994-1995, presentado a la Asamblea Legislativa el 7 de junio de 1996.

32 Información suministrada por la Licda. Sonia Villegas Grijalva, encargada del Centro de Información de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, febrero de 2002.

33 Información suministrada por la Licda. Justina Aguirre, Directora del Instituto Nacional de Criminología, San José, febrero de 2002.

12. Derecho de defensa.

Normativamente, el principio de defensa está garantizado en el ordenamiento procesal costarricense, tanto en las fases de investigación y de juicio, como en la de ejecución penal. No obstante, hemos detectado que la defensa es mucho más efectiva y segura en las etapas de investigación y juicio que en la de ejecución. No hemos podido hacer una determinación exacta, pero se estima que en Costa Rica la relación entre defensa pública y defensa privada en materia penal, es del orden de un 60% para la primera y un 40% para la segunda. Existe un promedio cercano a los 200 expedientes asignados a cada defensor público, incluyendo en este monto no solo lo estrictamente penal, sino las otras materias que se les ha venido asignando como recargo en los últimos años (familia, pensiones alimentarias, régimen disciplinario, penal juvenil, etc.). En la fase de ejecución penal, según se vio, los problemas más importantes son: (a) en cuanto al personal profesional y de asistencia que aporta la administración penitenciaria (Área Jurídica), no solo es escaso, sino que tiene una inconveniente duplicidad de funciones (instrucción de causas disciplinarias, formulación de recomendaciones y asesoramiento al acusado); (b) en cuanto a los defensores públicos encargados de la ejecución con el nuevo procedimiento penal, son varios los problemas: han sido destacados muy pocos de ellos para atender exclusivamente conflictos de ejecución penal, la gran mayoría de los defensores públicos atienden esta materia por recargo³⁴; (c) no existe un claro deslinde entre los asuntos que deben asumir los abogados y asistentes legales del Área Jurídica de Adaptación Social y los asuntos que deben asumir los defensores públicos a cargo de esta materia.

La respuesta a este tema debe encontrarse en el fortalecimiento del Departamento de Defensores Públicos del Poder Judicial, creando más plazas para atender la fase de ejecución, con una carga laboral no superior al promedio de 200 asuntos por profesional. Debe, además, perfeccionarse el sistema especializando a los defensores en esta materia y no asignarla como un recargo, como sucede en la actualidad en la mayoría de los casos. También conviene deslindar los campos entre los abogados de la administración penitenciaria y los defensores públicos;

aquéllos deben dedicarse, en exclusiva, a atender los intereses de la administración y éstos asumir la representación de los internos en centros penitenciarios.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La superación de los momentos y aspectos especialmente vulnerables en materia de derechos humanos con respecto a las personas encarceladas, pasa necesariamente por la solución, de orden político antes que jurídico, que entre de lleno a resolver los siguientes puntos:

1. Solución presupuestaria.

Se ha dicho ya que el tema penitenciario no ha estado, sino por excepción, en los primeros lugares de la agenda nacional. Las razones de esto son muchas, pero quizá, como lo apuntó uno de los informes anuales de la Defensoría de los Habitantes de manera directa y descarnada, el problema de las cárceles se asemeja demasiado al problema de los basureros. Nadie quiere tenerlos cerca de su lugar de residencia, nadie quiere responsabilizarse de ellas ni sentir las como un problema del que todos somos corresponsables; nadie quiere dar ese aporte mínimo de solidaridad humana y social que permita tener un sistema penitenciario, mal necesario, en condiciones que se correspondan con el Estado de Derecho que pregonamos y con los compromisos que en el campo del Derecho Internacional de derechos humanos hemos adquirido. Por otro lado, el tema penitenciario no brinda réditos electorales, de ahí que sus necesidades económicas, los recursos indispensables para cumplir con un mínimo de condiciones aceptables, siempre escasea y se escamotea. Una decisión política dirigida, de una vez por todas, a financiar ese submundo del que nadie quiere tener noticia, es una de las tareas que esta democracia debe solventar, si quiere seguir siendo tal y si quiere seguir ocupando, en el concierto de las naciones, un lugar respetable y digno³⁵.

2. La reforma legislativa.

A la reforma procesal penal, de reciente data, hay que agregar la que concierne al nuevo Código Penal en

34. Para tener idea del problema, en La Reforma han sido destacados dos defensores públicos para una población cercana a los dos mil presos, lo que hace un promedio de mil asuntos por defensor, equivalente a un 500% más de carga laboral que la llevada por un defensor público promedio, que, como se dijo, es de alrededor de 200 expedientes por profesional.

35. Aunque desde hace ya algunos periodos electorales atrás se ha permitido la participación de presos ejerciendo su derecho al voto, esta posibilidad ha sido limitada y, en cualquier caso, las preferencias electorales de este sector no son determinantes.

orden a depurar el catálogo delictivo vigente, así como a la puesta en vigencia de una ley de ejecución penal juvenil y otra correspondiente a la ley de ejecución penal de adultos. Algunos de los temas aquí mencionados, como la jurisdiccionalización de la etapa ejecutiva de las penas, la vigencia plena del principio de legalidad, la reglamentación de aspectos que aun no lo han sido, forman parte de lo que espera turno en la Asamblea Legislativa y debe dársele el impulso que hace falta.

3. El fortalecimiento de los controles formales e informales.

El país conoció un momento especialmente relevante con la creación de la jurisdicción constitucional (1989) y, sin duda, ella significó un fortalecimiento de todas las garantías procesales penales, incluidas las que se refieren a las personas privadas de libertad. Poco después, el Código Procesal Penal (1996) dio un mayor impulso en esta misma dirección con la reforma y ampliación al capítulo de ejecución penal. Otra institución que ha desempeñado un papel importante es la Defensoría de los Habitantes, que con sus informes y pronunciamientos ha ayudado a poner sobre el tapete las lamentables condiciones de nuestras cárceles, en momentos especialmente graves de nuestra historia reciente. Hace

falta en Costa Rica organizaciones de la sociedad civil que no solo se interesen por las personas encarceladas—hay un importante número de asociaciones de voluntariado que cumplen un papel importante de ayuda—sino que directa y eficazmente se ocupen del tema de los derechos humanos en las cárceles, con un protagonismo mayor al que han mostrado hasta ahora.

4. Política criminal y cuestión penitenciaria.

En igual sentido, ha sido relegada, ya por mucho tiempo, una verdadera política criminal para el país, que aborde de manera íntegra el tema de la delincuencia a la luz de los nuevos tiempos. Se han hecho esfuerzos importantes en el campo represivo, así como inversiones dispersas para paliar los problemas más urgentes en el campo penitenciario. Quizá no se trate de más leyes o reformas normativas. Se trata más bien, y de nuevo, de la voluntad política suficiente para que trace una estrategia de largo alcance en materia de prevención del delito y abra alternativas reales a la cárcel como respuesta, casi exclusiva, al problema penal. Se impone un cambio de rumbo que no apueste más a la sociedad del encierro sino a una que pueda manejar el problema de la violencia y la criminalidad sin destrozarse, de paso, las libertades básicas de la convivencia democrática.

BIBLIOGRAFÍA

A. Libros y artículos

Arroyo Gutiérrez, José Manuel. *Acceso a la justicia de las personas privadas de libertad, Informe Nacional de Costa Rica*; Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); San José, Costa Rica, diciembre de 1998.

Bogantes, M., y Oquendo I. *Derechos Humanos en el Centro Penal La Reforma. La pena privativa de libertad trasciende lo que el ordenamiento jurídico permite*; trabajo final de graduación para optar al grado de licenciadas en Derecho, San José, noviembre de 1998.

Christie, Niels. *La industria del control del delito ¿La nueva forma del holocausto?*; Editores Del Puerto S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993.

La Nación. *Adjudican cárcel de Pococí por \$60 millones*; pág. 8-A (El País), 10 de enero de 2002.

Odio Benito, Elizabeth; *Cárcel no regenera, sólo estigmatiza más*; Ministerio de Justicia, Dirección General de Adaptación Social; Centro Nacional de Capacitación Criminológico Penitenciario, Área de Documentación y Divulgación, mimeografiado, sin fecha; La República del 27 de setiembre de 1990.

B. Informes oficiales

Defensoría de los Habitantes de la República; Informe Anual 1993-1994, presentado a la Asamblea Legislativa el 7 de junio de 1994.

Defensoría de los Habitantes de la República, Informe Anual 1994-1995, presentado a la Asamblea Legislativa el 7 de junio de 1996.

Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica; *Informe para el Seminario Internacional "El reto de la sobrepoblación penitenciaria"*, enero de 1996, sin publicar.

Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC); **Encuesta de Hogares y Propósitos Múltiples**; San José, Costa Rica, años 1998-2001.

Ministerio de Justicia; **Evolución de la población penitenciaria, según condición jurídica 1977 - 1995**, Departamento de Investigación y Estadística, 1995; e informes de población atendida por la Dirección General de Adaptación Social, Departamento de Investigación y Estadística, febrero 1999, diciembre de 2000 y noviembre de 2001.

Ministerio de Justicia; **Tasas de población penitenciaria 1977 - 1995, DIE, 1995**. Informes de población penitenciaria. Costa Rica: Estimaciones y proyecciones de población, 1975-2000, Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, Centro Latinoamericano de Demografía y Dirección Nacional de Estadística y Censos, 1990.

Ministerio de Justicia; **Reportes de población penitenciaria**, Departamento de Investigación y Estadística; Dirección General de Adaptación Social; años 1998, 1999, 2000 y 2001.

Ministerio de Justicia, Dirección General de Adaptación Social; Instituto de Criminología; Departamento de Investigación y Estadística; **Informe mensual, setiembre 1998**; Procesamiento: Alfredo Chavarría Marín; Digitador: Róger Gutiérrez Sánchez; San José, setiembre de 1998.

Ministerio de Justicia; Departamento de Investigación y Estadística; **Anuario Estadístico 2000**; San José, Costa Rica, enero de 2001.

Ministerio de Justicia; Departamento de Investigación y Estadística; **Informe de Sobrepoblación 1996-2000**; San José, Costa Rica, año 2000.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Defensoría de los Habitantes y Consejo Nacional de

Rectores (CONARE); **Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible**; Séptimo Informe 2000-2001; Editorama S.A.; San José, Costa Rica, p. 89.

República de Costa Rica, **Licitación Pública Internacional N° 02-2001**, Consejo Nacional de Concesiones, San José, febrero de 2001.

C. Leyes y reglamentos

Asamblea Legislativa de Costa Rica; **Código Procesal Penal**, Ley N° 4573, 28 de marzo de 1996. Entró en vigencia el 1° de enero de 1998.

Poder Ejecutivo, Ministerio de Justicia, Dirección General de Adaptación Social: **Plan de Desarrollo Institucional (P.D.IJ)**; Talleres Registro Nacional, San José, Costa Rica, diciembre de 1993.

Poder Ejecutivo, Ministerio de Justicia, Decreto N°22139-J, **Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y Privadas de Libertad**; 26 de febrero de 1993. En igual sentido: Poder Ejecutivo, Ministerio de Justicia; Decreto N° 22198-J; **Reglamento Orgánico y Operativo de la Dirección General de Adaptación Social**; 26 de febrero de 1993.

D. Jurisprudencia

Resolución de la Sala Constitucional N° 0672-97.

Resolución de la Sala Constitucional N° 1232-98.

Resolución de la Sala Constitucional N° 1774-97.

Resolución de la Sala Constitucional N° 1032-96.

Resolución de la Sala Constitucional N° 5185-97.



JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DE CASACIÓN PENAL

*Martín Rodríguez Miranda Letrado de
la Sala de Casación Penal*

A. DERECHO PENAL

ABUSOS DESHONESTOS. Reformas por leyes 7398 y 7899 no son inconstitucionales. Ley más favorable.

COMISO. Solo procede contra el agente activo que haya cometido un delito.

CONCURSO MATERIAL. Penalidad máxima. Ley más favorable.

CORRUPCIÓN. Elementos configurativos. Diferencia con la difusión de pornografía.

DIFAMACIÓN DE PERSONA JURÍDICA. Afectación de la confianza pública.

DROGAS. Adquisición para el consumo personal. Un caso particular.

DROGAS. Complicidad en la venta o suministro.

DROGAS. Delito de peligro abstracto. No admite tentativa.

DROGAS. Delito de peligro abstracto. No admite tentativa.

ERROR DE PROHIBICIÓN. Legítima defensa putativa.

11. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE.

Violencia doméstica como causal de exculpación en el delito de venta de drogas.

12. ESTAFA MEDIANTE CHEQUE.

Diferencia con el libramiento de cheque sin fondos.

13. ESTELIONATO.

Elementos que lo configuran. Tornar incierto el derecho sobre un bien.

14. EXCEPCIÓN DE LA VERDAD.

Naturaleza jurídica. Defensa de un interés público actual.

15. HOMICIDIO.

Concepto de persona. Diferencia con el aborto.

16. HOMICIDIO CULPOSO.

Diferencia con el aborto culposo.

17. INCENDIO.

Posibilidad de peligro. Concepto de bien.

18. LEY MÁS FAVORABLE.

La normativa procesal no constituye una ley más beneficiosa.

19. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.

Tratamiento en el ordenamiento jurídico costarricense. Ley más favorable.

20. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Aplicación de la ley penal en el tiempo.

21. **REPARACIÓN CIVIL.** Procede ante la existencia de un injusto penal o hecho punible. Supuestos en los que puede disminuirse.
22. **TENTATIVA DE HOMICIDIO.** No se requiere poner en peligro la vida del ofendido.
23. **VIOLACIÓN.** Puede presentarse ante cualquier tipo de relación afectiva.

B. DERECHO PROCESAL PENAL

24. **ACTOR CIVIL.** Casos en los que procede el otorgamiento de un poder especial judicial.
25. **ALLANAMIENTO.** Formalidades. Fundamentación fuera del horario permitido por ley.
26. **ALLANAMIENTO.** Formalidades para su validez. Necesidad de un auto previo ordenando su ejecución.
27. **ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA.** Obligación del juez de verificar los supuestos y fundamentar su realización.
28. **DEFECTOS PROCESALES.** Preclusión de etapas. Facultades de las autoridades jurisdiccionales.
29. **DERECHO DE DEFENSA.** La recepción de prueba testimonial en ausencia del imputado no afecta su derecho de defensa.
30. **FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA.** Individualización en cada caso concreto.
31. **FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA.** Valoración de la falta de arrepentimiento.
32. **IMPUTADO.** Casos en los que es objeto de prueba.
33. **LECTURA DE LA SENTENCIA.** Plazo legal para su realización.
34. **MEDIDAS ALTERNATIVAS.** No existe la obligación del juzgador de informar a las partes acerca de su existencia.
35. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** El tribunal que conoció del abreviado no puede conocer también del juicio ordinario.
36. **PROCEDIMIENTO ABREVIADO.** No constituye un derecho para el imputado.
37. **PRUEBA.** Cadena de custodia de la prueba. Violación en la forma como se obtiene.
38. **PRUEBA PERICIAL.** Requisitos formales. Validez.
39. **PRUEBA TESTIMONIAL.** Derecho de abstención. Validez de las manifestaciones espontáneas.
40. **RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO.** Formalidades. Validez cuando lo realiza la Policía Judicial.
41. **RECURSO DE CASACIÓN.** Desistimiento de parte del Ministerio Público. Procedencia y formalidades.
42. **RECURSO DE CASACIÓN.** Necesidad de distinguir los motivos. Reclamo por el fondo.
43. **REVOCATORIA DE LA INSTANCIA.** Cambio jurisprudencial en relación con menores de edad.
44. **REVOCATORIA DE LA INSTANCIA.** No requiere de frases o formalidades sacramentales.
45. **SENTENCIA.** Corrección de errores. Agravio como medida de la nulidad.
46. **SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO.** Procedencia ante el vencimiento del sobreseimiento provisional. Cómputo del plazo.
47. **SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA.** Revocatoria. Cómputo del plazo de la medida.
48. **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.** Errores materiales. Alcances.

A. DERECHO PENAL

1. ABUSOS DESHONESTOS. Reformas por leyes 7398 y 7899 no son inconstitucionales. Ley más favorable.

"En efecto, si bien de acuerdo con la reforma sufrida al Código Penal mediante Ley N° 7899 del 3 de agosto de 1999, publicada en La Gaceta N° 159 del 17 de agosto de 1999, el legislador no previó en el párrafo segundo del artículo 161 de la normativa que se cita una **"pena específica"** para los hechos allí comprendidos como delito, pues únicamente señaló que **"La pena será de cuatro a diez años en los siguientes casos: 1)... 2)... 3)... 4)..."**, debe señalarse que ello no conlleva, como lo estima el quejoso, que la conducta por la cual se acusó y fue condenado el imputado O. R. P. quedó impune, pues la Sala Constitucional mediante **Voto N° 10140** de las catorce horas con treinta minutos del diez de octubre del año en curso, al evacuar una consulta formulada por el Tribunal de Juicio de Cartago, indicó que esta norma **"no resulta contraria al principio de legalidad"**. En consecuencia, conforme lo resuelve la instancia constitucional, no nos encontramos ante una ley más favorable, pues se desprende que la pena para los supuestos contemplados en el párrafo segundo del artículo 161 de cita, también sería de pérdida de libertad, y ante tal circunstancia, la penalidad que se prevé actualmente resulta ser más gravosa que la que estaba prevista antes de la mencionada reforma (Ley N° 7899), toda vez que, si bien el mínimo penal permanece invariable (cuatro años), el máximo aumenta en dos, pasando de diez a doce años de prisión. Incluso, este mismo órgano por **Voto N° 10141** de las catorce horas con treinta y dos minutos del diez de octubre último, indicó también que la reforma sufrida por el Artículo 161 del Código Penal por Ley N° 7398 del tres de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, publicada en La Gaceta N° 89 del 10 de mayo de ese año, cuya redacción presentaba la misma problemática observada en la reforma por la Ley N° 7899, dado que en el párrafo segundo no se indicaba el tipo de pena que debía imponerse en estos casos (abusos deshonestos calificados o agravados), **"no resulta inconstitucional"**. Por lo anterior, no nos encontramos ante una ley más favorable, pues la Sala Constitucional estimó que tanto la reforma del artículo 161 por Ley N° 7398, como por Ley N° 7899, no son inconstitucionales, en el tanto se entiende que la pena prevista en el párrafo segundo de este numeral, en ambos casos, es de prisión. De igual forma, dado que los hechos se produjeron a mediados del año de mil novecientos noventa y cuatro, según lo tiene por acreditado el Tribunal (ver folios 476 a 478), la normativa sustantiva a aplicar,

conforme se desprende del fallo (folios 490 a 493), lo sería la Ley N° 7398, que era precisamente la que estaba en vigencia al momento de ocurrir los hechos (ver Artículo 11 del Código Penal)."

2001. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1147 de las 10.40 h del 23 de noviembre.

2. COMISO. Solo procede contra el agente activo que haya cometido un delito.

"Al respecto, cabe recordar que esta medida, como resultado accesorio del **hecho delictivo cometido**, produce únicamente la pérdida a favor del Estado —o de la institución que señala la ley— de los bienes, medios o instrumentos con los que el **agente activo ejecutó el delito**, lo mismo que el producto o los valores que de éste se derivaron. En otras palabras, se requiere que, para poder ordenar la pérdida sobre los objetos o bienes en mención, en primer término, se haya logrado demostrar que en efecto el imputado (sujeto activo del hecho) es responsable del delito. Y, en segundo lugar, dado que no se puede afectar derechos ajenos o de terceros, que los bienes u objetos a comisar, pues se utilizaron para perpetrar el ilícito o son producto del mismo, le pertenecen a aquél (al respecto véase el artículo 110 del Código Penal, relacionado con los artículos 81 y siguientes de la "Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizadas y Actividades Conexas", Ley N° 7786; y 1 punto f) y 5 párrafos 1 punto b) y 2 de la "Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas", o **"Convención de Viena"**). Lo anterior no sucede en el caso de M. M., pues no obstante que se considera autora de un injusto penal (una conducta típica y antijurídica), y que en su vivienda se vendían estupefacientes, se tiene por demostrado que la misma no es culpable o responsable del hecho delictivo por el que se le acusó; y **el comiso**, como se dijo, **solo procede contra aquellos bienes, objetos o instrumentos provenientes de la actividad delictiva o utilizados para su realización por los sujetos activos que han cometido el delito**. Por lo dicho, habiéndose absuelto de toda pena y responsabilidad a M. M. del ilícito de posesión y venta de droga, según lo resuelto en este Considerando, al no ser factible reprocharle la culpabilidad de éste, lo correcto es dejar sin efecto el comiso que se ordenó sobre el inmueble inscrito a su nombre, no así con respecto a los otros bienes u objetos sobre los cuales se autorizó la pérdida a favor de CONADRO, ahora "Instituto

Costarricense sobre las Drogas" (Art. 87 de la vigente Ley de Psicotrópicos, **Ley N° 8204**, publicada en La Gaceta N° 8 del 11 de enero del 2002)."

2002. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 175 de las 9.00 h del 28 de febrero.

3. CONCURSO MATERIAL. Penalidad máxima. Ley más favorable.

"De previo a pronunciarse sobre el fondo de la gestión presentada por A. S., conviene resumir los hechos de interés que se tienen por demostrados (ver folios del 107 al 108): a) en 1988 el accionante accedió carnalmente y contra su voluntad a E. I. O. J., quien es hijastra del imputado y en ese año contaba con tan solo nueve años de edad; b) aproximadamente en abril de 1992, el demandante accedió carnalmente a la misma ofendida y de esa relación —involuntaria por parte de la víctima— nació R. J. O. J.; c) aproximadamente en mayo de 1993, A. S. accedió carnalmente, de nuevo contra su voluntad, a E. I. O. J. y como consecuencia de ese hecho nació R. J. O. J.; d) en septiembre de 1997, una vez más A. S. accedió carnalmente a la ofendida y ello acarrió el nacimiento de E. O. J. Como puede apreciarse, tres de las cuatro Violaciones Calificadas ocurrieron antes de que el legislador promulgara la Ley 7389 del 22 de abril de 1994, publicada en La Gaceta N° 83 de 2 de mayo de 1994, mediante la cual se modificaron —entre otros— los artículos 51 y 76 del Código Penal. Esa reforma implicó, esencialmente, que el máximo período que una persona puede descontar en prisión pasara de veinticinco a cincuenta años. Además, significó que el tope de la penalidad aplicable en los casos donde se acredite un concurso material de delitos también se elevara de los veinticinco a los cincuenta años de internamiento penitenciario. En el presente caso, el a-quo determinó que por los tres primeros delitos A. S. era merecedor de la pena de diez años de prisión por cada uno de ellos y que debía castigársele con doce años de privación de libertad por el cuarto hecho punible. Asimismo, consideró que los delitos fueron cometidos en concurso material, por lo que fijó la condena total de cuarenta y dos años de privación de libertad; luego, aplicando las reglas de penalidad atinentes a ese tipo de concurso, tomó como parámetro la pena mayor (la de doce años de prisión) y llegó a la conclusión de que debía adecuarse la condena privativa de libertad al monto total de treinta y seis años. Ciertamente allí hay un error por parte del a-quo, pues desconoció la naturaleza misma del concurso material de delitos y no se percató de que debía estarse a la norma más favorable para el reo. En cuanto al primer problema, debe recordarse que los concursos tienen una especial relevancia para determinar la pena que corresponde a un sujeto por la unidad o pluralidad de los delitos cometidos por él. En ese

sentido, es indispensable que en todas las causas, los juzgadores utilicen correctamente las figuras concursales que sean aplicables al caso concreto, ya que de no hacerlo estarían inobservando la legislación sustantiva y, en la eventualidad de que con su accionar se perjudique al imputado, estarían quebrantando las reglas del debido proceso. En lo que atañe al segundo aspecto, es indispensable destacar que la normativa que rige los concursos incide directamente sobre la sanción que puede recaer sobre el sujeto, por lo que se enmarca dentro de lo que el legislador denomina "ley penal más favorable" cuando se constate que de la aplicación de estos institutos deba derivarse una decisión más beneficiosa para el justiciable. En el asunto bajo examen, se aprecia que el cuerpo sentenciador aplicó el artículo 76 del Código Penal, tal cual quedó redactado tras la reforma de 1994. Por ello, lo que hizo el a-quo fue establecer cuál era la pena más alta (la de doce años de prisión por el hecho acaecido en 1997) y estableció que el límite sancionatorio en esta causa lo constituía el triple de ese monto, sea el total de treinta y seis años de internamiento carcelario. Sin embargo, esa actuación es incorrecta, toda vez que de los cuatro delitos en concurso, tres de ellos fueron cometidos antes de la modificación legislativa de 1994. Ahora bien, tal como ya se expuso, la aplicación de la figura concursal respectiva es de observancia obligatoria por el Tribunal sentenciador. El problema en este caso, merced a las fechas en que se cometieron los ilícitos, es que hay dos posibles penalidades máximas: una de veinticinco años de prisión y otra de cincuenta. No cabe duda de que la primera es la norma que más favorece al imputado porque establece una prohibición de que las condenas excedan el tanto de veinticinco años de privación de libertad. Esta norma cobija tanto lo acontecido antes de la reforma aludida como lo sucedido después, ya que la existencia del concurso material impide tratar los delitos de manera separada, por cuanto ello iría en contra de ese mismo instituto, el cual —por lo que se dijo líneas atrás— es de observancia obligatoria por los Tribunales penales costarricenses cuando proceda su uso. En ese sentido, debe aplicarse al demandante el artículo 76 del Código Penal tal cual estaba redactado antes de la reforma de 1994, por lo que la pena total que debe descontar el accionante no puede exceder, una vez readeuada, el quantum recién señalado."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 728 de las 9.55 h del 20 de julio.

4. CORRUPCIÓN. Elementos configurativos. Diferencia con la difusión de pornografía.

"Para iniciar, véase que al imputado J. A. U. R. se le señaló como responsable, conforme lo establece en la

"Acusación y Solicitud de Apertura A Juicio" elaborada por el Lic. R. V. R. en su condición de representante del Ministerio Público, visible a folio 56 y siguientes del expediente, y que el Tribunal transcribe en el Resultado de su sentencia (de folios 192 a 194), de haber cometido los delitos de Corrupción Agravada en perjuicio de las menores ofendidas K. D. G., A. C. R., C. M. B. S. y A. C.; además de la comisión de dos delitos de Abusos Deshonestos ocurridos en contra de L. M. R. V. y C. M. B. S. Conforme las piezas que se citan, estos hechos tienen lugar aproximadamente entre el año de mil novecientos noventa y ocho y principios de mil novecientos noventa y nueve, interrumpiéndose su continuación debido a la denuncia que presenta la señora S. D. G. en el mes de junio del último año citado. A partir de esta denuncia, la que consta a folio 1º del expediente, se inicia una serie de investigaciones por medio de las que se logra establecer cuál era concretamente la acción que realizaba el imputado U. R. en relación con las menores ofendidas; acción que se presentaba cuando las niñas llegaban al negocio comercial que éste administraba, sito en la comunidad de C. S. T. de Turrialba. En su momento, de acuerdo con el criterio vertido por el representante del Ministerio Público y según **la legislación vigente cuando los hechos se realizan**, los mismos configuraban el delito de **Corrupción Agravada**, ya que consistían en una distorsión o modificación del desarrollo natural de la sexualidad de las ofendidas mediante la exhibición o muestra de una o varias revistas pornográficas. Esta actuación en aquel instante se estimó como corrupta, pues la misma se consideró como una conducta perversa, prematura y excesiva dada la condición personal de las ofendidas, adecuándose así a lo dispuesto en el tipo penal. No en vano se decía en el artículo 167 sustantivo que sería **"reprimido con prisión de tres a ocho años el que promoviere la corrupción de una persona menor de dieciséis años, mediante actos sexuales perversos, prematuros y excesivos"**. Partiendo de esta descripción y analizando los hechos que fueron acusados y que se tuvieron por acreditados, resulta que en tesis de principio los mismos se adecuaban a lo previsto en el tipo penal citado. No obstante lo anterior, el legislador a través de la **Ley N° 7899**, mejor conocida como **"Ley Contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad"**, publicada en La Gaceta N° 159 del 17 de agosto de 1999, vino a modificar o reformar el tratamiento que a esta delincuencia se le venía dando en el Código Penal de 1970 (**Ley N° 4573** del 4 de marzo de 1970), a fin de resolver el problema cada vez mayor relacionado con la prostitución infantil que el país aun vive. Así, a pesar que se continuó considerando que el delito se configuraba por parte de quien promovía la corrupción de un menor de edad, o bien incluso la de un incapaz, supuesto que no estaba contemplado en la an-

terior normativa; agregándose además que tal delincuencia la podía realizar quien mantuviera a cualquiera de estos sujetos en dicho estado, es decir en estado de corrupción, es lo cierto que la nueva normativa vino a dar un tratamiento y conceptualización radicalmente distinta a la que estaba prevista con anterioridad. De acuerdo a la nueva tipificación, la forma genérica por medio de la cual se realizaba la corrupción antes de su entrada en vigencia, consistente fundamentalmente en la ejecución de un conjunto de actos sexuales perversos, prematuros y excesivos, **desapareció**, y se estableció una definición específica o diferente respecto a lo que, en adelante, se debía entender por tal delincuencia. Bajo esta tesitura, comete el delito de marras de acuerdo a lo que dispone el párrafo segundo del artículo 167 del Código (después de la reforma), quien: 1) Ejecuta actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces. 2) Hace ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces, o 3) Hace participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad o incapaces en presencia de otros. La ilicitud en análisis se circunscribe entonces de esta forma a la **realización o ejecución de actos sexuales o eróticos** (términos por demás muy imprecisos o ambiguos). La actividad, no obstante que no siempre se prevé una participación directa del encartado, sí tiene que estar dirigida o dominada por éste, ya que el ejecutar, hacer ejecutar o hacer participar implica una posición activa de su parte. En otras palabras, se comete el delito: (1) cuando el imputado o agente activo del hecho realiza los actos que se citan en el tipo penal ante personas menores de edad o incapaces, sin que estos últimos tomen participación en el hecho, lo que implica tan solo una posición pasiva de parte de ellos; (2) cuando el imputado hace que otro, o bien un tercero, realice los actos en mención frente a personas menores de edad o incapaces. Acá, al igual que la hipótesis anterior, no se requiere la participación de los ofendidos en dichos actos, ni la del agente de manera directa. El delito se consume en este caso mediante la utilización de otro, que sirve de instrumento al imputado para su propósito. Esta instrumentalización sin embargo no significa necesariamente que el otro o el tercero que actúa no tenga responsabilidad penal en los hechos; podrá tenerla, pero dicho aspecto tendrá que ser valorado en cada caso particular. Por último, (3) el delito se configura cuando el agente activo hace participar a las personas menores de edad o incapaces en actos sexuales o eróticos frente a otros, sean o no mayores de edad. En esta ocasión, en tesis de principio, no habría una intervención directa del imputado en tales actos, sin embargo, al hacer participar a los menores o incapaces en ellos, mantiene un dominio sobre el hecho o delito y en tal sentido sería responsable penalmente. Los actos por supuesto tienen que estar

destinados a modificar el desarrollo natural de la sexualidad de los afectados, o bien a modificar la concepción que sobre este tema ellos puedan tener, según la edad o condiciones personales que ostenten, ya que **corromper** significa, de acuerdo con lo que expresa el Diccionario de la Lengua Española, entre otras voces, **"Alterar o trastocar la forma de alguna cosas. Echar a perder, depravar dañar o podrir... Estragar, viciar pervertir"** (*"Diccionario de la Lengua Española"*, Real Academia Española, Tomo I, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 1984, p. 386). Ahora, de haberse operado o producido tal modificación, conforme se desprende de la reforma, también se comete el delito. En este caso, la acción típica estaría destinada a intentar, permitir o asegurar que la variación o modificación sufrida en el desarrollo natural de la sexualidad de la persona menor de edad o incapaz, se mantenga en ese estado o bien se agrave. Como consecuencia de la anterior, resulta entonces evidente que el bien jurídico tutelado en estos casos no es la libertad sexual o la libre autodeterminación sexual de las personas, como sucede en los delitos de Violación o Abusos deshonestos, sino el normal desarrollo o la natural concepción de la sexualidad que tengan las personas menores de edad o los incapaces. No obstante lo anterior y a pesar de la importancia que representa para la vida en sociedad y para la protección de los derechos del niño o de los incapaces se nos presenta un problema de política criminal con la reforma y que consiste fundamentalmente en que el delito de Corrupción sólo se producirá si nos encontramos ante algunos de los tres supuestos que prevé el tipo penal. Por ello, de suscitarse cualquiera otra circunstancia, situación o hecho que no se encuentre tipificado en el artículo 167 del Código sustantivo vigente, aun cuando distorsione el normal desarrollo de la sexualidad de un menor de edad o incapaz, o lo mantenga en dicho estado, no se podrá considerar como constitutivo del delito de Corrupción y por ende sancionarlo, ya que se encuentra excluido como tal. Esta circunstancia no impide que la conducta pueda estar eventualmente contemplada en otro tipo penal, sí así lo ha decidido y previsto el legislador al aprobar la ley de comentario. Sin embargo, es importante mencionar que la previsión en otro tipo penal pueda ser que no establezca la sanción que en realidad merezca el hecho tomando en cuenta la gravedad y las consecuencias que puede producir. No obstante lo anterior, a pesar de la importancia que reviste el tema, la Sala omite un análisis mayor al respecto pues, como se indicó líneas atrás, el mismo encierra un problema de política criminal que corresponde resolverlo en primera instancia a la Asamblea Legislativa, al ser ella la encargada de emitir las leyes. Por ello, aun cuando se observe que el tratamiento dado al delito de Corrupción no fue quizás el más adecuado, al dejar por fuera algunas conductas que podrían afectar el bien jurídico en él protegido, este problema o error es

resorte en lo esencial de aquella institución, lo que no excluye, claro está, su discusión en el foro nacional; sin embargo —para nuestros efectos— esta problemática no puede ni debe ser resuelta a través de una simple sentencia en un caso concreto. Ahora, como consecuencia de esta reforma resulta entonces evidente que los hechos por los cuales se acusó al imputado como constitutivos del delito de Corrupción, ya no lo son. Es decir, dejaron de estar contemplados en el tipo penal que lo regulaba. En este sentido, la conducta o acción que el endilgado desplegó, no obstante el fin que con ellos podía tener, no se encuentra prevista dentro de los supuestos o hipótesis que vienen a definir lo que se entiende por Corrupción en el artículo 167 del Código Penal vigente, que es la figura básica, y en consecuencia tampoco en lo previsto en el artículo 168 de la misma normativa, que sería la figura agravada, pues si no se dan los supuestos que permiten aplicar la primera, la segunda no puede operar. Así las cosas, ante este hecho, y retomando lo señalado en el Considerando II, nos encontramos frente al caso de la aplicación de una **Ley Más Favorable**, pues la Ley N° 7899 o **"Ley Contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad"**, que entró en vigencia el diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y nueve; o sea dos meses después de haberse interpuesto la primera denuncia y de iniciadas las diligencias respectivas para la averiguación de los hechos que finalmente se acusaron, **dejó** de considerar como delito de Corrupción lo realizado por el imputado U. R., lo cual ocurrió, según lo que se tuvo por acreditado, entre finales del año de mil novecientos noventa y ocho y principios del año de mil novecientos noventa y nueve (ver Hechos Probados, de folios 205 a 208), momento en el que estaba vigente la anterior normativa, tal y como lo se había previsto en el Código Penal de 1970. La decisión del Tribunal al no condenar al imputado J. A. U. R. por el delito de Corrupción en el caso de ofendidas K. D. G., A. C. R., C. M. B. S. y A. C. C, en este aspecto se debe considerar **correcta**. Al haber entrado en vigencia una nueva ley, que excluye de su tipificación los actos que se acusaban como constitutivos del delito de Corrupción, se descarta toda posibilidad de emitir un fallo sancionatorio contra el imputado por dicho ilícito. No obstante lo anterior, es decir no obstante que en efecto no era posible condenar por el delito de Corrupción Agravada en este caso, se aprecia que la actuación del Tribunal en torno al análisis jurídico de los hechos no resulta ser el más adecuado técnicamente hablando. De manera incorrecta, a pesar de que conocía, pues así lo dejó en evidencia al tomar la decisión, que el imputado no podía ser condenado por el delito en mención, se da a la tarea de analizar la existencia o configuración de este ilícito al punto de llegar a concluir que en efecto el justiciable lo cometió en la medida que se daban todos los elementos que se

describían en la anterior normativa. En criterio de esta Sala, el Tribunal lo que debía hacer en este caso era indicar de manera directa las razones por las cuales no resultaba posible condenar a U. R. por dicha ilicitud y explicar entonces, frente a esta circunstancia, que nos encontrábamos ante una nueva y que la misma era más favorable, siendo imposible por tanto aplicar una sanción por el delito de Corrupción. Sin embargo, como se indicó, proceden a realizar el estudio y valoración correspondiente a dicha delincuencia, al punto que llegan a concluir que *"Es claro que estamos en presencia del delito de corrupción agravada pues se dan todos los elementos del tipo que se plantean en términos abiertos en el artículo 168 del código Penal en donde se esboza una penalidad de cuatro a diez años de prisión"* (folio 240). A pesar de esto, y aquí se presenta lo más desconcertante del proceder del Tribunal, no obstante la conclusión a la que se arriba en un primer momento, luego la revierten o modifican radicalmente, pues al final estiman que en realidad los hechos se deben recalificar al delito de ***Difusión de Pornografía***, razón por la cual se le condena al encartado A. U. R. a un año de prisión por cada uno de los actos realizados en perjuicio de las ofendidas K. D. G., A. C. R., C. M. B. S. y A. C. C. Es decir, se le condena a un total entonces de cuatro años de prisión y no tres como de manera equivocada se indica en el fallo al sumar las penas, pues si fueron cuatro las ofendidas y en cada caso se impuso una pena de un año de prisión, matemáticamente lo correcto serían cuatro años de prisión y no tres. Pero la equivocación o el proceder erróneo del Tribunal no se queda allí, sino que, aun cuando la normativa es muy clara sobre las reglas bajo las que debe aplicarse la ley penal, no era posible que recalificaran los hechos al delito de ***Difusión de Pornografía***, pues su tipificación como delito ocurre o adquiere vigencia después de acontecidos los actos por los cuales se acusó y juzgó al imputado. En otras palabras, si bien de acuerdo con la nueva descripción delictiva que se produce con la reforma del artículo 174, se viene a sancionar con prisión de uno a cuatro años a quien ***"comercie, difunda o exhiba material pornográfico a personas menores de edad o incapaces"***, esta circunstancia tiene lugar una vez que los hechos acusados ya se habían materializado y, en tal tesitura, conforme a los principios que se señalan en el Considerando II de esta resolución, debía prevalecer el principio de la irretroactividad de la ley penal. Es decir, no era factible la aplicación retroactiva de la ley penal en la especie, pues si bien los hechos acusados se ajustan al tipo penal en referido, para el momento en el que estos ocurrieron, no estaban contemplados típicamente como delito. O sea, la exhibición o difusión de pornografía, no constituía por sí misma un delito, salvo que por su medio se pretendiera cometer el delito de corrupción."

2001. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 581 de las 8.55 h del 15 de junio.

5. DIFAMACIÓN DE PERSONA JURÍDICA. Afectación de la confianza pública.

"Como puede apreciarse, nuevamente se acredita que lo narrado por A. B. D. era cierto: la querellante enfrentaba la oposición de los vecinos de La Garita; el permiso de funcionamiento contaba con decisiones del Ministerio de Salud que conllevaban su revocatoria; no había estudio de impacto ambiental y la compañía no contaba con políticas uniformes sobre el manejo de los desechos de la naranja. Lo anterior implica que tampoco podría condenarse al querellado por las manifestaciones mencionadas, toda vez que no hay nada de falso en su dicho, con lo cual se excluye la posibilidad de aplicar el numeral 153 del Código Penal. Pero además —y esto constituye la esencia del vicio *in iudicando* que permite exonerar de toda responsabilidad al procesado— revela que **no hay tal confianza pública en la compañía como para pretender que cualquiera de las aseveraciones de B. D. pudiese dañar gravemente ese elemento, pues el mismo no existe.** En ese sentido, no puede configurarse uno de los elementos típicos del delito de Difamación de Persona Jurídica. Sobre este punto se ahondará aún más a lo largo de este fallo. Continuando con las conclusiones a las que llega el Tribunal de instancia, debe decirse que en el folio 367 se expresa: **"Es notorio el fundamento probatorio que respalda las expresiones del Querellado en punto a la inobservancia de leves y resoluciones constitucionales por parte de la empresa Querellante"** (la negrilla y el subrayado son agregados). Este aserto del cuerpo juzgador es de suma importancia en este caso, pues deja en evidencia que es cierto que D. O., S.A. no sólo incumplió con la legislación costarricense en materia ambiental, sino que incluso desatendió decisiones de la Sala Constitucional, cuya observancia es obligatoria. Esto refuerza lo expuesto líneas atrás, pues la vulneración del ordenamiento jurídico que se atribuye a esa empresa —lo cual se tiene como demostrado— por sí sola es suficiente para restar credibilidad en esa firma y lo peor —por lo menos para los intereses de la querellante— es que ello obedece a sus propias actuaciones y no a lo que haya dicho A. B. D. En ese sentido, queda claro que de la misma sentencia se extrae la ausencia de un elemento típico, sin el cual no se configura el delito de Difamación de Persona Jurídica. Tal como se ha venido señalando, el público no puede confiar en una empresa que, según lo tienen por demostrado las jueces en esta causa, produce contaminación del ambiente, causa malos olores y plagas de moscas, carece de un plan de desechos debidamente aprobado por SETENA, se ve afectada por revocatorias de permisos dictadas por el Ministerio de Salud y, además, incumple leyes e irrespeta sentencias constitucionales (todo lo anterior, por lo menos hasta la fecha del último de los comentarios de B. D. que interesan en este asunto: el del 4 de marzo del 2000). Así las cosas, es imposible que

cualquiera de las manifestaciones del querellado pudiesen ajustarse a lo dispuesto por el legislador en el artículo 153 del Código Penal, pues nada de lo que él dijese podría afectar la credibilidad en D. O., S.A."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 914 de las 9.45 h del 21 de setiembre.

6. **DROGAS. Adquisición para el consumo personal. Un caso particular.**

"Analizado el fallo que se cuestiona, efectivamente se observa violentado el principio constitucional de inocencia, en tanto de las pruebas aportadas no es factible derivar, mediante un juicio de certeza, la culpabilidad del encausado, pues no se logró determinar, fuera de toda duda razonable, que la droga poseída y decomisada al imputado, tenía como finalidad el tráfico. El tribunal tuvo por probado que, sin precisar con exactitud, pero poco antes del 10 de setiembre de 2000, el acusado A. E. H. adquirió en Panamá 487.17 gramos de clorhidrato de cocaína con 88% de pureza, y los escondió en la suela de sus zapatos marca Land Rover, haciéndole una escisión. Que el día 10 de setiembre de 2000, a eso de las 21 horas, el imputado ingresó a territorio nacional por la Aduana de Paso Canoas, portando el referido calzado con el alcaloide oculto, con la finalidad de viajar a Nicaragua, y de allí a Alemania, destino del alijo. Encontrándose en la Aduana mencionada, dado su nerviosismo, el imputado es abordado por agentes antidrogas, destacados en esa área, trasladándose hasta el gabinete de la Policía de Control de Drogas, donde admite que transporta cocaína en la suela de sus zapatos, encontrándose efectivamente el narcótico—ver folios 106 y 107—. Examinada esta plataforma fáctica, frente a la norma penal aplicada —artículos 61 y 71 inciso h) ambos de la Ley 7786 sobre estupefacientes, sustancias Psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas— se evidencia claramente que tales presupuestos normativos no se ajustan al elenco de hechos probados, en el tanto no se logró demostrar con la certeza debida que la droga decomisada al imputado, y que efectivamente trasladaba hasta Alemania, su país de origen, haciendo estala en nuestro país, Nicaragua y Miami, determinaba su intención dirigida a lograr el fin genérico sancionado en la norma de comentario, que es precisamente el tráfico. En la especie, confluyeron dos versiones: la de la acusación, acogida por el tribunal de mayoría, en el sentido de que el inculpatado poseía el alcaloide incautado con el propósito de comercialarlo; y en segundo término, la tesis del justiciable, quien aceptando que poseía la droga, fue enfático en afirmar que era para su consumo personal, haciendo referencia a que en su país de origen la adquisición del narcótico no sólo resultaba muy peligrosa, sino que también era de muy

mala calidad, y su estadía en el país europeo se extendería a un año o más, antes de volver a la zona del Darién en Panamá —ver folios 107 a 110—. Examinado el fallo en cuestión, estima esta Sala, que en efecto, subsiste una duda razonable sobre la actividad desplegada por el inculpatado, que impide arribar a un juicio de certeza sobre su culpabilidad. El tribunal sustenta la participación y responsabilidad penal del enjuiciado, argumentando que la cantidad de droga decomisada —487.17 gramos— y su alto grado de pureza —88%— determinan fehacientemente que su destino era el tráfico, por lo que resulta punible. Sin embargo, aun cuando esta Sala en otras oportunidades ha admitido, a los efectos de fundamentar la culpabilidad de un acusado a quien se le atribuye la posesión de droga con fines de tráfico, que la cantidad de estupefaciente poseído resulta ser un indicio importante que podría conducir a su condena —Votos 45-F de las 14.10 horas del 16 de marzo de 1994 y 202-F de las 9 horas del 10 de junio de 1994. Sala Tercera Penal, citados por el tribunal de mayoría en la sentencia recurrida— deben subsistir otros elementos, que aunados a la cantidad de droga decomisada, permitan concluir inequívocamente sobre el fin comercial perseguido, poniendo en peligro el bien jurídico tutelado —la Salud Pública—. Así, es necesario determinar también que el acusado no es consumidor de la droga, o que aun siéndolo, la cantidad de estupefaciente poseído es tal, que resulta racional y materialmente imposible considerar que es para su exclusivo consumo personal; por otra parte, que el alto valor económico del alcaloide, en esa cantidad, no estaría dentro de las posibilidades financieras del involucrado que le permitieran acceder a su adquisición; asimismo se requiere acreditar, por lo menos a nivel indiciario, que el poseedor de la droga mantiene o ha mantenido contactos, en el ámbito local o internacional, con personas o bandas dedicadas a tales actividades, o bien que aun trabajando solo, se tiene conocimiento de tales negocios ilícitos, pudiendo concluirse, sin margen de duda que la vocación de la droga poseída es el tráfico. En la causa que nos ocupa, se contó únicamente, como indicio importante, la cantidad de cocaína encontrada en poder del imputado, con un alto contenido de pureza, sin embargo, probatoriamente, no se logró reforzar tal elemento indiciario, que pudiera conducir indefectiblemente a la conclusión de que dicha droga iba a tener un fin comercial, habida cuenta que, si bien es cierto la experticia médica practicada al convicto —folios 40 a 42 y 48 a 49— no detectó drogas alcalinas en sangre, ni drogas ácidas, neutras, cannabinoides ni metabolitos de cocaína en la orina, el tribunal, con sustento en la prueba recibida —declaración de A. K. H. de folios 114 y 115— tuvo por probado que el acusado es un consumidor, conforme el mismo lo aceptó también, pues aun cuando no usaba la cocaína por vía inyectable o inhalación, sí indicó que la fumaba junto con el tabaco y la ingería oralmente con refrescos gaseosos —coca cola— razón por la cual al

momento en que se le realiza el examen médico, seis semanas después de su detención, y ante la abstinencia en el consumo de drogas durante su estadía en la cárcel, no presentó evidencia de dicho estupefaciente en sangre ni orina, señalando la experiencia que por esas vías, la cocaína, como otras drogas, se elimina en un lapso de cinco días. Asimismo, se tuvo por demostrado, que el imputado compró la droga en la selva del Darién en Panamá, en la suma de doscientos dólares, dinero que estaba dentro de sus posibilidades económicas, siendo que el imputado H. se dedica a extraer oro o comprarlo a los indios de la región, resultando el propósito de su viaje a Alemania, donde pretendía mantenerse por un año o más, la compra de maquinaria para continuar con la extracción de ese metal. Debe tomarse en consideración que, conociéndose por experiencia que en el sitio de la compra, es común el tráfico de estupefacientes en cantidades muy superiores a la adquirida por el acusado, resulta lógico —sin que se haya podido desvirtuar— el bajo precio de la compra, monto sobradamente inferior al que se comercia en nuestro país. Por último, tampoco se logró acreditar dentro de la investigación preparatoria, tanto a nivel policial como del órgano acusador, que el imputado hubiera sido sindicado como autor de delitos similares al que ahora nos ocupa, o bien que perteneciera a alguna banda dedicada a tales actividades, o que actuara solo, o que hubiera sido contratado para transportar la droga. Todas estas consideraciones nos llevan a determinar que, dentro del proceso penal incoado contra el justiciable, no fue posible establecer, lejos de toda duda razonable, que dicha persona mantuviera bajo su posesión la cocaína decomisada, con el propósito de traficarla; y si bien tampoco existe certeza absoluta que la mantuviera para su consumo personal, su versión no ha podido ser desvirtuada, subsistiendo una duda en su actuar que le favorece, en aplicación del principio constitucional de inocencia, situación que impide formular un juicio de certeza sobre su culpabilidad, permitiendo los hechos demostrados otras posibilidades de conclusión que no coinciden necesariamente con aquella arribada por el tribunal de mayoría, resultando insuficiente como indicio incriminatorio, la sola cantidad de droga incautada y su alto grado de pureza. Por ello, y pese a que el motivo formulado lo es por vicios procesales, dadas las circunstancias que rodean la causa de comentario, por economía procesal, entra esta Sala a resolver el fondo del asunto, y con sustento en las argumentaciones supra indicadas y en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, se absuelve al imputado A. E. H. del delito de Tráfico Internacional de Drogas, por el cual se le condenó, en perjuicio de la Salud Pública, cesando las medidas carcelarias en su contra."

2001. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1087 de las 10.05 h del 9 de noviembre.

7. DROGAS. Complicidad en la venta o suministro.

"En primer término, conforme se deriva del cuadro fáctico que se tuvo por demostrado en sentencia y según lo que se extrae del análisis que desarrolla el Tribunal, al momento de justificar la calificación de los hechos, no es posible concluir que la conducta desplegada por la imputada M. M. lo sea en su modalidad de **cómplice** del delito de posesión y venta de droga. Lo anterior por cuanto quedó acreditado, según se ha dicho, que ella, conjuntamente con su esposo, realizó algunas de las acciones propias de esta delincuencia al preparar y vender droga a algunos oficiales de policía que se presentaron a su casa como agentes encubiertos. Bajo esta tesitura, su actuar no sólo es típico, sino también antijurídico, pues como se deriva del fallo no se presentó ninguna causa que justificara su comportamiento, es decir, constitutivo de un injusto penal. Al respecto, de acuerdo con lo que se establece en el Considerando I (folios 263 a 267) y para un mejor entendimiento de lo que aquí se resuelve, se tuvo como hecho cierto que la Policía de Control de Drogas, luego de recibir información confidencial sobre la existencia de una venta de Psicotrópicos en la localidad de S. de Santa Ana, y de realizar vigilancias en el lugar, logró contactar con el encartado O. C. quien les vendió —en diversas ocasiones— pequeñas dosis de cocaína. Asimismo, se logró determinar que en varias de estas oportunidades, algunas de ellas obedeciendo una petición directa de su esposo, la imputada J. M. M. preparó y entregó las **"dosis"** o **"puntas"** de la droga en mención a dichos oficiales. Se demostró también que las ventas en las que ella participó tuvieron lugar los días **cuatro, once y diecisiete** de agosto del año dos mil; entregando así la cantidad de **0.53** (Dictamen de folio 35), **1.42** (Dictamen de folio 37), y **0.61** (Dictamen de folio 39) gramos de clorhidrato de cocaína, respectivamente. De igual forma, se comprobó que en la compra ocurrida el once de agosto citado M. M. utilizó a uno de sus hijos, de nombre J. P. O. M., para que entregara la droga que se le solicitaba. En este mismo orden, se tiene como cierto que, una vez que se realizó el allanamiento ordenado, en la vivienda se encontró no sólo una significativa cantidad de droga (cocaína y "piedras de crack"), sino también instrumentos o materiales utilizados normalmente para prepararla o embalarla, como lo eran, a modo de ejemplo, una bolsa con bicarbonato o bien un rollo de papel aluminio. Finalmente, se demostró que la encartada M. M. era víctima de violencia doméstica en sus diversas manifestaciones (psicológica, física y verbal) por parte de su esposo, y que incluso por este hecho lo había denunciado ante el Juzgado Contravencional de Santa Ana el día dos de octubre del año dos mil. Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, la Sala estima que, distinto a lo que los juzgadores señalan en sentencia y tal como lo debate la representación del Ministerio Público, no es

posible concluir que la conducta que ella desplegó se pudiera calificar de **complicidad**, pues efectivamente ejecutó actos propios del delito acusado, utilizando incluso —para tales efectos— a un menor de edad (su hijo). En otras palabras, conforme se deriva de los hechos que se tuvieron por probados, lo mismo que del análisis que consta en el fallo sobre el fondo del asunto, no existe ninguna duda de que la conducta realizada por la encartada J. M. M. sería, en tesis de principio una **coautoría** conforme los presupuestos del injusto penal previstos en el artículo 61, en relación con el 71 inciso c), de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas, Ley N° 7786 del 15 de mayo de 1998, pues es **coautor**, según lo dispone el artículo 45 del Código Penal, quien realiza el hecho conjuntamente con otro, el autor, en este caso su esposo (respecto al cual, sin embargo y según se tiene por demostrado, estaba totalmente sometida debido al ciclo de violencia doméstica que sufría). Para que en un hecho delictivo particular exista complicidad de una persona, es necesario que su participación se limite a una simple ayuda o colaboración en ese hecho. En otras palabras, no puede incidir de manera directa y determinante en el desarrollo o curso normal de la delincuencia, pues —de suceder esto— su participación la convertiría en **coautora**. Precisamente el artículo 47 del Código sustantivo, al hablarnos de la complicidad, nos refiere que **"Son cómplices los que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible"**, o sea, conforme lo indicado, son cómplices los que no realizan ninguna de las acciones típicas del hecho, sea de manera mediata o inmediata, limitándose a prestar tan sólo una colaboración."

2002. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 175 de las 9.00 h del 28 de febrero.

8. **DROGAS. Delito de peligro abstracto. No admite tentativa.**

"En primer término, considera esta Sala que es prudente advertir que el presente asunto se resuelve con base en el texto de la Ley 7786, sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, tal cual estaba redactado antes de que sufriese una "reforma integral" por la Ley 8204 del 26 de diciembre del 2001, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 8 del 11 de enero del 2002. Ahora bien, respecto de los alegatos del impugnante debe indicarse que la mayoría de los delitos contemplados en la Ley 7786 —entre ellos los previstos en sus artículos 61 y 71— son de peligro abstracto, es decir, no requieren de una afectación real y efectiva al bien jurídico tutelado para que se tengan

por configurados. En dichos supuestos, basta la realización de alguno de los verbos utilizados por el legislador al describir las conductas típicas para que el ilícito surja a la vida jurídica. En ese sentido, es impensable que en hechos punibles de este tipo sea posible su configuración en grado de Tentativa, porque al ser ésta una tutela anticipada del bien jurídico, entonces habría que aceptar que en los delitos de peligro abstracto cabría responsabilidad penal por toda actividad previa encaminada a la realización de los mismos. Esto último equivaldría a sancionar prácticamente cualquier conducta por el peligro de que con ella se cause un peligro a la Salud Pública, lo cual contraviene el artículo 39 de la Constitución Política que contempla el principio de legalidad penal. Así las cosas, no es posible aplicar la figura de la Tentativa a los así llamados delitos de peligro abstracto; en estos casos se comete el ilícito en su forma simple o en su modalidad agravada, o bien no hay delito. Sobre el tema, véase *in totum* el fallo de esta Sala N° 10-99 de las 14.45 horas del 7 de enero de 1999. En cuanto a la sentencia del Tribunal de Casación Penal a la que alude el demandante, debe advertirse que ya este Despacho ha externado por qué no comparte la tesis de ese cuerpo jurisdiccional y más bien ha reiterado la posición aquí expuesta (véase en particular la resolución de esta Sala N° 2001-00534 de las 14.15 horas del 6 de junio del 2001, específicamente en su Considerando VIII que es donde se trata ese tema). No hace falta aquí reproducir lo que se ha dicho sobre ese problema, pues ya se indicó que no es aplicable la Tentativa al delito de Introducción de Droga a un Centro Penitenciario por ser éste de peligro abstracto, de modo que basta la realización del verbo típico para tener por configurado el ilícito. En el caso bajo examen, se tiene por demostrado que B. R. A. G. fue detenida cuando llegó al punto donde se encontraba la oficial de seguridad N. G. Á. (ver el segundo Hecho Probado en el folio 55). Esta agente, habiendo sido advertida de que la justiciable llevaba droga consigo, contactó al Organismo de Investigación Judicial. La policía judicial P. Z. V. explicó a A. G. que buscaba droga y que si la portaba se sirviera entregarla, a lo que accedió la endilgada y se sacó de la vagina un tapón de papel higiénico rosado y luego extrajo de esa misma parte de su cuerpo una pequeña bolsa plástica que luego se comprobó contenía 14,17 gramos de picadura de marihuana (tercer acontecimiento acreditado; ver folio 55). Lo importante es destacar que B. R. A. G. ya había pasado el portón de entrada a las instalaciones penitenciarias, también había superado el mostrador donde se revisan los alimentos y su detención se produjo en el recinto donde se practican las requisas (ver folio 58). En ese sentido, ella ya se encontraba dentro del centro de atención institucional. Si se lee el artículo 71 inciso b) de la Ley 7786 tal cual rigió hasta el 10 de enero del año en curso, se podrá apreciar que el legislador dispuso aplicar la agravante por la simple introducción de la droga al

establecimiento penitenciario; nótese que no se indicó nunca en ese numeral que debía haberse superado todos los controles del centro para entender que se había ingresado al mismo, por lo que carece de sustento el argumento del Lic. S. B. en cuanto a este extremo. Así las cosas, por estar la sentenciada dentro de las instalaciones del penal y habiéndose constatado que llevaba la marihuana para un recluso (ella así lo manifestó en su indagatoria —folio 56— y además resulta evidente la finalidad que tenía la sustancia por la forma en que la escondía), el delito no puede tenerse más que como consumado, pues ya se había realizado la conducta típica descrita en la ley y de esa forma se había puesto en peligro el bien jurídico tutelado. En esa tesitura, no tenía más opción el cuerpo juzgador que resolver como lo hizo, sea aplicando el artículo 71 inciso b) de la Ley 7786, relacionado con el 61 del mismo cuerpo normativo, y declarar a la hoy privada de libertad autora del ilícito por el que la sancionó. Distinto habría sido el caso (situación que no sucede en el asunto bajo examen) si a ella se le hubiese encontrado la droga fuera de los límites del establecimiento carcelario, ya que en esas circunstancias la agravante no se configuraría, por lo que sólo sería posible eventualmente aplicar el tipo base (respecto de esto último, véase la sentencia de esta Sala N° 2001-00534 ya citada)."

2002. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 98 de las 10.20 h del 8 de febrero.

9. **DROGAS. Delito de peligro abstracto. No admite tentativa.**

"En el caso en estudio, se tiene que P. G. V. "el día dieciocho de agosto del año noventa y siete, se desempeñaba como auxiliar de enfermería en el Centro Institucional de San José"; que ese día, al ser las 12.45 horas aproximadamente, la imputada se apersonó a su lugar de trabajo "portando en las bolsas de su vestido" varios envoltorios de plástico transparente, conteniendo 87,70 gramos de cocaína base "crack"; un envoltorio conteniendo 13,97 gramos de polvo blanco con clorhidrato de cocaína; otros envoltorios conteniendo 77,15 gramos de cocaína base "crack" y otro envoltorio conteniendo 9,56 gramos de polvo blanco con clorhidrato de cocaína; que al tenerse conocimiento de que se iba a introducir droga al Centro penitenciario, se ordenó revisar a todos los empleados, por lo que al registrarse a la imputada, en una salita de entrevistas, se le decomisó la droga aludida, la que introdujo al centro "para comercializarla con otras personas que a su vez la venderían a los consumidores" (ver hechos probados de folios 62 a 64). Debe destacarse que ya la sentenciada G. V. se encontraba dentro del centro de atención institucional y que el inciso b) del artículo 71

de la mencionada Ley 7786, contemplaba la aplicación de la agravante por la simple introducción de la droga al establecimiento penitenciario —lo que ocurrió en la especie—, por lo que carece de sustento el alegato de que "existe una afectación al bien jurídico tutelado en el momento que el sujeto activo ha sobrepasado los controles del Centro Penal, de modo que si tal situación no se ha dado, quiere decir que la salud pública no se ha visto en peligro". El bien jurídico tutelado se afecta cuando la droga se introduce al centro penitenciario, sea cuando se traspasa sus límites y el sujeto activo se encuentra dentro de sus instalaciones, cualesquiera sean éstas, lo que permitiría pensar que cuando ello no ha ocurrido (cuando no se han traspasado esos límites), no se podría aplicar la disposición legal de comentario u otra similar, precisamente por la no afectación del bien jurídico protegido, como ya se señaló en la resolución de esta Sala 2001-00534 ya citada."

2002. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 127 de las 10.25 h del 18 de febrero.

10. **ERROR DE PROHIBICIÓN. Legítima defensa putativa.**

"El a quo tuvo por demostrado, en lo que resulta de interés, que *"El ofendido J. G. A. sostenía con el aquí encartado G. H. A. eran socios de la compañía T. T. C. Sociedad Anónima, la que se disolvió por razones ignoradas, lo que motivó diferendos entre ellos y de la que el imputado era su Presidente ... Tal diferencia motivó que en diferentes oportunidades el ofendido G. A., amenazara de muerte al imputado vía telefónica y pasaba por su casa haciéndole ademanes ofensivos y de pelea, hechos por los que el aquí imputado lo había denunciado al ofendido por amenazas en la Alcaldía Segunda de Faltas y Contravenciones de Cartago... Que el día veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, al ser aproximadamente las veintitrés y treinta horas, el aquí ofendido J. G. A. hizo una llamada telefónica a la casa del imputado, sita en ... de Cartago, indicando que de esa noche H. A. no pasaría y acto seguido se dirigió hasta la vivienda del imputado, a la que llegó unos minutos después de haber efectuado la llamada, ingresó a su propiedad y desde el frente le gritaba 'salí hijueputa merringue para matarte, de esta noche no pasas, vengo a matarte o a que me matés'... Ante esas palabras salió de la vivienda un hijo del imputado que responde al nombre de R. H. F., quien intentó calmar diciéndole que los dejara en paz y que se fuera, sin embargo el ofendido G. A., quien se encontraba dentro de la propiedad a unos tres metros de la puerta de la casa e insistía en que saliera el imputado... Finalmente el imputado H. A. salió de su vivienda con un revólver calibre 38 especial marca Smith*

y Wesson, hizo dos disparos de advertencia y aún así el ofendido G. A. no se retiró del lugar, sino lo que hizo fue empujar a R. diciéndole 'quítate porque también a vos te mato', haciendo un ademán de sacar algo de entre sus ropas, situación frente a la que el imputado disparó contra la humanidad del ofendido impactándolo con cuatro disparos que le provocaron la muerte en forma inmediata" (sic, folios 585 y 586). En el capítulo dedicado a la fundamentación intelectual del fallo, los juzgadores ampliaron algunas circunstancias fácticas relativas a los reclamos que la víctima le hacía al justiciable por presuntas irregularidades en el manejo de los fondos de la empresa de la que ambos habían formado parte y a raíz de los cuales interpuso denuncia por Administración Fraudulenta en la que el acusado resultó sobreseído; reproches estos que dieron origen a la enemistad entre ellos y a las sucesivas amenazas por parte del ofendido. Asimismo, se tuvo por demostrado que este último no portaba armas de ninguna índole (cfr. folios 587 y 594). Ahora bien, a partir del marco histórico fijado por el a quo, considera la Sala que en la especie no concurre la causa de justificación que estimaron los juzgadores. En efecto, resulta evidente que el acusado pretendió defenderse suponiendo, erróneamente, la inminencia de una agresión ilegítima que el ofendido realizaría con algún tipo de arma que sacaría de sus ropas, cuando lo cierto es que no llevaba ninguna consigo. Tampoco debe desatenderse la circunstancia de que si bien la víctima se presentó a la casa del justiciable y lo agredió en forma verbal, no fue esta conducta la que provocó la reacción defensiva de H. A. de disparar y causar la muerte del ofendido y, evidentemente, si así hubiese sido nunca podría concurrir ninguna causa de justificación, en tanto existen medios menos lesivos para repeler simples amenazas verbales que disparar en cuatro oportunidades contra el ofensor. Está claro, se reitera, que el justiciable pretendió defenderse, no de tales amenazas, sino de lo que creyó una inminente agresión con el uso de armas. Sin embargo, como se expuso, tal ataque en realidad ni ocurrió ni se podía producir, desde que la víctima no llevaba consigo ningún instrumento de esa naturaleza. En esta tesitura, no nos hallamos ante la causa justificante a la que se refiere el a quo, sino ante una legítima defensa putativa que supone un error de prohibición, conforme lo ha hecho ver esta Sala en otras ocasiones (ver los votos N° 446-F, de 15,40 h de 25 de setiembre de 1992 y, en especial, por las similitudes fácticas con el supuesto que aquí se conoce, el N° 52-F, de 9,45 h de 29 de enero de 1993); es decir, el justiciable, supuso que actuaba en condiciones de hecho que lo autorizaban a ejercer una defensa legítima justificante, cuando en realidad tales circunstancias no existían. Por otra parte, debe concluirse que el error en que incurrió el agente era invencible, pues, de cierto, dada la forma en que los hechos se desarrollaron, no era dable esperar que corroborase o no si la víctima se hallaba armada—corriéndose

el riesgo de que sí lo estuviera— y en capacidad de materializar la agresión. En mérito de lo anterior, la conducta de H. A. fue típica y antijurídica, aunque no culpable y, en consecuencia, procedía su absolutoria por tales razones y no por las que se exponen en el fallo, el cual debe entenderse modificado en este sentido."

2001. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 831 de las 10.42 h del 24 de agosto.

11. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE. Violencia doméstica como causal de exculpación en el delito de venta de drogas.

"...distinto a lo que solicita el ente acusador, esta Sala considera que no se puede concluir que la encartada es autora responsable del hecho (típico, antijurídico y culpable) acusado, pues si bien su conducta se adecuó a lo previsto en el tipo penal, lo que la hace **típica**, y no medió causa que justificara dicho proceder, resultando entonces **antijurídica**, el comportamiento de la acusada no puede estimarse como **culpable**. En este sentido, no se puede olvidar, como en efecto lo hace el representante del Ministerio Público, que M. M. estaba sometida a un ciclo de violencia doméstica por parte de su esposo. Esta situación le impedía, de acuerdo con la prueba existente en el expediente y que fue analizada por el Tribunal, actuar según sus propios deseos o intereses personales. Para poder considerarla como culpable o responsable del delito acusado, era necesario que se hubiese acreditado que, además de haber cometido un injusto penal y de haber tenido la capacidad de comprender el carácter ilícito de éste, tenía la capacidad suficiente para adecuar su conducta de acuerdo a este entendimiento o comprensión; ya que de estar ausente alguna de estas dos capacidades, o bien de tenerlas reducidas, se excluiría su culpabilidad en el hecho, aunque en efecto su acción se estimase como configuradora de un **injusto penal** (hecho típico y antijurídico). En la especie, la culpabilidad no logró acreditarse, pues como consecuencia del ciclo de violencia doméstica al que estaba sometida la imputada M. M., no tenía la capacidad suficiente para adecuar su conducta a la comprensión del carácter antijurídico de ella, pues a pesar de que conocía que no estaba bien o era ilícito lo que realizaba, se vio compelida a hacerlo debido al dominio que sobre ella ejercía su esposo. En otras palabras, se estima que su participación en el hecho respondió a lo que en doctrina se denomina un **estado de necesidad exculpante** derivado de la reducción del ámbito de autodeterminación del agente. En el caso debemos considerar tanto el artículo 42 del Código Penal, cuyo segundo supuesto para la inculpabilidad supone la imposibilidad de adecuar la conducta a la comprensión de la condición antijurídica del hecho, como en concreto,

debe tomarse en cuenta la hipótesis prevista en el numeral 38 íbidem que exime de culpabilidad a quien actúa "**bajo coacción o amenaza de mal actual grave**", de manera que razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa. Precisamente esos son los supuestos que la sentencia tiene por probados y que inexplicablemente el **a quo** deriva hacia una forma de participación criminal atenuada de M. M. (complicidad), cuando lo que se impone es la exoneración, a su favor, por inculpabilidad. Al respecto, nótese que la justiciable M. M. a pesar de haber denunciado a su esposo ante el Juzgado Contravencional de Santa Ana, precisamente por violencia doméstica, y no obstante haberse acogido su denuncia ordenándosele a éste que se alejara del hogar—como medida preventiva—durante dos meses, no tuvo la capacidad suficiente para impedir que regresara a la casa una vez cumplida la medida citada. Asimismo, como aspecto relevante en torno al dominio o poder que aquel ejercía, se tiene por acreditado, no sólo porque así lo manifiestan claramente los oficiales de policía, sino porque ello se extrae del análisis expuesto por los juzgadores, que durante el tiempo que O. C. no estuvo en la vivienda, producto de la medida en mención, la venta de droga estuvo suspendida "**definitivamente**", iniciándose sin embargo de nuevo con su regreso al lugar (fl. 297). Este temor hacia su esposo se ve acreditado también, tanto por la existencia del expediente por Violencia Doméstica seguido en contra de éste en el Juzgado Contravencional de Santa Ana (fls. 246 a 266), como por las conclusiones del Dictamen Psicológico Clínico-Forense que se le practicó, y en el cual se estableció que presentaba precisamente "*sintomatología compatible con un sentimiento de desesperanza aprendida, en donde la reacción de la evaluada ante un evento traumático, es el sentimiento de impotencia, perdiendo la motivación para reaccionar, pudiendo llegar incluso a pensar que no hay nada que se pueda hacer para evitar el maltrato y la agresión que vive en su dinámica de pareja. La desesperanza aprendida podría producir cambios profundos, en la manera en que la evaluada siente, piensa y se comporta, como lo es la incapacidad para controlar eventos que suceden, expectativas no realistas, pérdida de la capacidad para resolver problemas, depresión y ansiedad*" (fl. 240). La situación de impotencia revelada ante el poder del encartado O. O., distinto a lo expuesto por los juzgadores al calificar la actividad de la justiciable como de complicidad, en realidad lo que configura es una causa excluyente de su **culpabilidad en los hechos**. En este sentido, la conducta que realizó, más que responder a sus propios deseos o intereses, como se dijo, fue producto —por el contrario— de la coacción a la que estaba sometida a nivel familiar. Es decir, no fue consecuencia de una voluntad libre y espontánea, sino el resultado de un temor fundado, debido a la posibilidad real de verse agredida (física, psicológica o moralmente) en cualquier momento por parte de su esposo (lo que

constituye una "*vis compulsiva*". Al respecto puede verse la obra de ISSA EL KHOURY J., Henry y CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. "**Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal**", ILANUD, San José, Costa Rica, 1991, p. 175 y ss.; SÁNCHEZ R, Cecilia. "**Derecho Penal, Parte General, Doctrina y Jurisprudencia**", Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2000, p. 277 y ss.; y BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán, "**Lecciones de Derecho Penal**", Volumen II, Editorial Trotta, España, 1999, pp. 379 y ss.). Esta circunstancia, con arreglo a lo que establece el artículo 38 del Código Penal, excluye la responsabilidad de cualquier persona en el delito que se le acusa. Incluso, la misma jurisprudencia de esta Sala ha señalado que, de estarse ante algún supuesto como el que se analiza en esta oportunidad, lo procedente es absolver de toda pena y responsabilidad a quien actúa de manera antijurídica (comete un injusto penal) como consecuencia de una amenaza o mal actual grave... (**SALA TERCERA DE LA CORTE, Voto N° 756-F** de las 8.45 horas del 22 de diciembre de 1995 —la negrita es suplida—, en igual sentido el **Voto N° 337** de las 10 horas del 31 de marzo del 2000). Por lo dicho, siendo evidente que nos encontramos ante una incorrecta aplicación de la normativa de fondo, se casa la sentencia en cuanto califica la conducta de M. M. como cómplice, dado que en realidad la misma es coautora de un **injusto penal** (un hecho típico y antijurídico). Sin embargo, a diferencia de lo que solicita el representante del Ministerio Público, debido a la existencia de una causa de exculpación consistente en un estado de necesidad exculpante, producto de la coacción que ejercía el encartado O. C. sobre ella, y por estimar innecesario el reenvío del expediente para que en un nuevo juicio se constaten los elementos que configuran dicho estado o causal, se procede a enmendar el error en cuanto a la calificación jurídica que se le otorgó al actuar de la justiciable, aplicándose para tales efectos la normativa correspondiente. Por ello, conforme a lo expuesto, se absuelve de toda pena y responsabilidad a J. M. M. del delito de Posesión y Venta de Drogas, previsto en los artículos 61 y 71 inciso c) de la Ley N° 7786, ordenándose a la vez su inmediata libertad por estos hechos si otra causa no le impide."

2002. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 175 de las 9 h del 28 de febrero.

12. ESTAFA MEDIANTE CHEQUE. Diferencia con el libramiento de cheque sin fondos.

"Si se observa el artículo 216 de dicho texto normativo se apreciará con claridad que el delito de comentario se configura sólo si el agente induce a error a otra persona o la mantiene en él, considerando además que dicha inducción o mantenimiento en el error debe realizarse de

cierta forma en particular (ya sea mediante la simulación de hechos falsos, así como la deformación u ocultamiento de verdaderos) y debe obedecer a un fin específico (lograr un beneficio patrimonial antijurídico para el agente o un tercero), de manera que con ese proceder se cause una lesión al patrimonio ajeno. Así, de conformidad con lo dispuesto por el legislador, para que se cometa este hecho punible es necesario como primer paso que el sujeto activo induzca a error o mantenga en él a otro individuo (puede tratarse de la misma persona que al final vea afectado su patrimonio o incluso un tercero). Si no media ese engaño como punto inicial que culmine con el perjuicio patrimonial ajeno, entonces desaparecen elementos esenciales de la Estafa, por lo que ésta no se configuraría. Ese es el problema que se aprecia en el asunto bajo examen. Véase que cuando se perfecciona la transacción comercial entre imputado y ofendido, S. C. no está induciendo en error a Q. L., pues no es en ese momento en el que utiliza (ni siquiera menciona tal posibilidad) el cheque ya aludido, sino que obtiene la mercadería a crédito, tal como lo había hecho en ocasiones anteriores sin que se presentase problema alguno —véase el hecho k) en los folios 159 y 160—, lo cual había permitido que surgiese una relación de confianza entre ambos sujetos. En esa tesitura, **la obligación** surge a la vida jurídica sin que mediase ardido, por lo que la lesión al patrimonio del ofendido (el cual se ve afectado por un crédito que no ha podido cobrar, pero que no nació como consecuencia de un engaño) no es posible derivarla de error alguno al que haya sido inducido o en el que se haya mantenido a Q. L. cuando entregó la mercadería al acusado y en ese sentido no se está ante el delito de Estafa. Tampoco se está ante la figura prevista en el artículo 221 del Código Penal (Estafa Mediante Cheque), pues, como ya se dijo, no es este documento lo que determina el surgimiento del negocio entre las partes. Sin ese elemento, el ilícito recién mencionado no puede configurarse, pues es un requisito esencial del mismo que la prestación sea determinada con ese instrumento de pago como medio. Es decir, desde que se cierra la transacción el cheque ha debido ser el factor determinante para que ésta se complete y el agente ha de saber —en ambos supuestos desde que lo entrega— que el mismo no tiene fondos o que el pago se verá frustrado por una acción deliberada o prevista por él. En el caso en estudio, esto no ocurre. Cabe reiterar que la operación comercial entre S. C. y Q. L. no surgió considerando como un aspecto decisivo que iba a ser pagada con el documento tantas veces mencionado. Con base en lo anterior, tampoco podría condenarse al encartado como autor de Estafa Mediante Cheque. En cambio, **sí deviene penalmente responsable por el delito de Libramiento de Cheque sin Fondos, establecido en el artículo 243 del Código Penal.** R. Á. S. C. —conocido como R. Á. Z. C.— ciertamente giró un cheque que carecía de recursos que lo respaldasen. Recuérdese que el principal aspecto

para condenar al justiciable radica en que para "honrar" una deuda (que no fue determinada por esa orden incondicional de pago, vale la pena reiterar) entregó un cheque que carecía de fondos y ello es incontrovertible. Además, según consta en los folios 46 y 52 formalmente se le hizo la prevención que establece el artículo 243 del Código Penal al justiciable para que depositase los \$27.500,00 correspondientes al instrumento que giró a favor de T., S.A. Así las cosas, por tratarse de un recurso por defectos *in iudicando*, procede **declarar con lugar este motivo.**"

2002. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 230 de las 11.30 h del 8 de marzo.

13. ESTELIONATO. Elementos que lo configuran. Tornar incierto el derecho sobre un bien.

"En lo que resulta de interés, el Tribunal tuvo por demostrado que el justiciable C. L. A. C. gestionó un préstamo de dinero ante la Mutual ofendida, con el propósito de cancelar una deuda al coimputado B. G. C. El crédito de este último tenía como garantía una hipoteca de segundo grado sobre un inmueble propiedad de A. C., por lo que la referida Mutual —considerando que el otro gravamen, de primer grado a favor del Banco de Costa Rica, era por una suma baja de un millón quinientos mil colones— aceptó conceder el préstamo y ambos justiciables concurren ante la Notaría S. C. Berrocal, recibieron la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE COLONES, G. C. suscribió la escritura por la que daba por cancelado el gravamen y en el mismo acto A. C. otorgó hipoteca de segundo grado sobre el inmueble, esta vez a favor de la entidad mutualista. Minutos después, ambos justiciables se trasladaron a la Notaría del Licenciado A. M. R. donde C. L. A. suscribió otra escritura con idéntica hora y fecha a la anterior, a través de la cual hipotecaba de nuevo el inmueble, a favor de "F. L. G. S. A." —de la que G. C. es Presidente—, pero esta vez en primer grado y por la suma de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL COLONES. A solicitud de ambos acusados, el Notario presentó prontamente la escritura al Registro con el fin de que se inscribiera antes de aquella en que constaba el gravamen a favor de la Mutual, como en efecto ocurrió. Posteriormente, el justiciable deudor incumplió con el pago del crédito a la entidad ofendida y esta inició un proceso ejecutivo hipotecario en el que se apersonó el coindiciado G. C. en reclamo de CINCO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS COLONES, por su garantía de primer grado. Tales hechos, así resumidos, no pueden modificarse al plantear un recurso por el fondo, el cual persigue solo determinar si la adecuación de ellos a las normas punitivas fue o no correcta. Por este motivo, el reproche de que los

justiciables obraron influidos por error no puede prosperar, ya que el recurrente se aparta del marco histórico establecido en el fallo que, en modo alguno, sugiere que hubiesen actuado sin conocer o poseyendo un conocimiento falso o imperfecto de lo que hacían, de que sus actuaciones fuesen antijurídicas o que carecían del dolo requerido por el tipo. Por otra parte, una de las acciones que el legislador prevé como constitutiva del delito de Estelionato es la de quien *"tornare incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente a éste, acordados a otro por un precio o como garantía, ya sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo"* (art. 217 inciso 2 del Código Penal). En la especie, resulta claro que la Mutual accedió a otorgar el crédito porque consideró que la garantía de segundo grado que se le ofrecía era suficiente, en el entendido de que la hipoteca de grado primero a favor del Banco de Costa Rica correspondía a un monto relativamente bajo y, además, era la única existente y conocida. Asimismo, no cabe duda de que con sus actuaciones los justiciables causaron una lesión patrimonial al tornar incierto el derecho de crédito del banco; incerteza que se traduce en que la garantía ya no podría ejecutarse del modo y en las condiciones que rodearon el pacto, sino que resultó desmejorada notablemente cuando los imputados decidieron imponer una nueva hipoteca que, a pesar de confeccionarse en un momento posterior a la que asegura el pago del crédito de la ofendida, se le otorgó un grado preferencial sobre esta y por una suma mucho mayor a la hipoteca que antes existía. Desde este punto de vista, determinar si el valor real del inmueble es capaz de soportar ambos gravámenes, carece de toda relevancia a efecto de tipificar el hecho como Estelionato; y ello no solo porque la garantía a favor de la Mutual resultó objetivamente desmejorada, sino además porque el valor de mercado no asegura, en modo alguno, que la eventual venta en un remate permita alcanzar ese monto y satisfacer ambos créditos. En cualquier caso, se infiere del marco histórico fijado en el fallo que los justiciables ya pretendían realizar el acto fraudulento desde que concurrieron a la Mutual a obtener el préstamo, pretensiones que mantuvieron ocultas precisamente a sabiendas de que si la ofendida las hubiese conocido no habría otorgado el crédito. Debe destacarse, entonces, que el propio acto de tornar incierto o litigioso el derecho ya involucra la lesión patrimonial, pues la garantía no podrá ejecutarse del modo en que la entidad estuvo dispuesta a convenir y ello a raíz de una conducta dolosa y fraudulenta en que, con ese propósito, incurrieron los justiciables."

2001. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 874 de las 9.13 h del 7 de setiembre.

14. EXCEPCIÓN DE LA VERDAD. Naturaleza jurídica. Defensa de un interés público actual.

"El artículo 149 del Código Penal —en lo que interesa— dispone que: *"... El autor de injuria o difamación no es punible, si la imputación consiste en una afirmación verdadera y esta no ha sido hecha por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia. Sin embargo, el acusado solo podrá probar la verdad de la imputación: 1) Si la imputación se hallare vinculada con la defensa de un interés público actual; y..."*. Dentro del contexto de hechos probados, debe comprenderse que las frases proferidas por el justiciable sí revistieron connotación ofensiva, siendo igualmente verificable, que el querellado actuó dolosamente. Este elemento subjetivo del tipo penal, deriva del conocimiento de que las manifestaciones referidas en el anterior Considerando de este fallo, fueron idóneas para afectar el honor de W. P., además de que la voluntad de lesionar dicho bien jurídico se comprueba con la vehemencia e insistencia con la que se cuestionaba a W. P. Debe tenerse presente, que lo anterior no infringe el principio de intangibilidad de los hechos, porque lo acotado encuentra sustento en la hipótesis comprobada, siendo que el Tribunal no otorgó a las motivaciones del querellado, el alcance que corresponde, según se dirá en este Considerando. Así, el Tribunal estableció que: *"... no es posible derivar del material probatorio examinado un particular ánimo del querellado, elemento subjetivo previsto en el artículo 149 del Código Penal con referencia a la excepción) veritatis, de ofender, maltratar, avasallar o vilipendiar a W. P. so pretexto de un interés público..."* (confrontar folio 712). Es cierto que —en alguna oportunidad— de manera escueta o breve, la Sala se pronunció sobre el tema, indicando que el: *"... "espíritu de maledicencia" que es un elemento especial del ánimo, que forma parte del dolo específico de las figuras de injurias y difamación y que, de comprobarse su existencia, la conducta sería siempre típica, antijurídica, y culpable, pese al carácter verdadero de la información o los datos exteriorizados por el autor del hecho..."* (Así, Voto N° 957-2.000, de 9.25 horas del 25 de agosto de 2000). Sin embargo, con un mejor análisis de la naturaleza jurídica y efectos de la excepción de la verdad, cuando media la defensa de un interés público, la Sala estima adecuado replantearse dicha posición. Así, a efecto de contar con una visión apropiada del estado de la discusión suscitada en nuestro medio, debe reconocerse que el Tribunal de Casación, órgano que de ordinario conoce los ilícitos contra el honor —que no se divulgan en medios de comunicación colectiva— diferencia la excepción de la verdad, del dolo de injuriar. Así, mediante el voto número 410-F-96, de 14.00 horas del 17 de julio de 1996, ese Tribunal estableció, que: *"... El dolo y la excepción de la verdad, son dos cosas diferentes, el primero simplemente implica tener conocimiento de la acción que se realiza, y voluntad*

de actuar conforme a ello, y la excepción de la verdad, es demostrar que lo que se afirmó, y es ofensivo, es cierto...". Ajuicio de la Sala, en virtud de máximas de coherencia o armonía del ordenamiento jurídico, debe aclararse que en el supuesto particular sometido a su conocimiento, si bien la acción es típica de los delitos de injurias y difamación, no es antijurídica. Esto se explica en que resultaría absurdo aplicar la ley penal indicada al querellado, cuando éste por ostentar el máximo puesto de dirigencia de una agrupación política, hizo pública la renuencia de W. P., de cumplir con su palabra y dimitir a sus aspiraciones diputadiles. Ciertamente, como refiere el Tribunal y prohija esta Sala, el querellado actuó en defensa de un interés público actual (ver folios 729 y 730). Este interés era de naturaleza general e incumbía en aquel momento a la comunidad nacional, pues W. P. formaba parte de un grupo político que pregonaba la moralidad como uno de sus valores característicos y que se aprestaba a participar activamente en las justas electorales realizadas en febrero de 1.998. De manera correcta, así lo explicó el sentenciador: "... no obstante que en los diferentes procesos de selección que nacen con las asambleas distritales y culminan con las asambleas nacionales se circunscriben al ámbito interno de los partidos políticos, no es por ello menor el interés legítimo que puede tener la sociedad en conocer no sólo el mecanismo de selección que utilizan los partidos políticos para escoger a los candidatos, sino también, las cualidades, trayectoria y costumbres de quienes aspiran a ocupar un cargo en el Poder Legislativo, y el interés de la prensa en dar a conocer la información referente a dichas personas..." (confrontar folio 710), de modo que los comentarios de J. M. C. B. con relación a W. P., no interesaba sólo a los dirigentes del partido o a sus copartidarios, sino que de igual manera —por su actualidad— debían ser conocidos por la opinión pública. Esto es importante, pues es característico de un sistema de elecciones democrático, que los aspirantes a ocupar un puesto de elección popular deben informar a los ciudadanos acerca de su trayectoria, proyectos e intereses, ya que de esa forma —en principio— con tal acervo, los votantes contarán con mayores elementos de juicio para motivar su decisión. Si como se comprobó, fue cierto que W. P. faltó a la verdad y se negó a desistir de sus aspiraciones de ocupar una curul en el Congreso de la República, siendo consecuente con los planteamientos y exigencias del Partido, C. B. cumplió con el deber de informar lo acaecido. Sin embargo, por las peculiaridades del caso, aunque el querellado fue vehemente y reiterativo, restringió sus comentarios a un hecho concreto, sin otorgarle connotaciones valorativas ajenas al contexto en que se emitieron, pues de haber sido así, su acción no habría tenido amparo en la excepción de verdad, puesto que hubiera excedido la defensa de aquel interés vigente. A mayor abundamiento, conviene recordar que un sector importante de la doctrina —cuyas líneas

generales asume la Sala en este fallo— sostiene que la excepción de verdad en el supuesto 1) del artículo 149 del Código Penal, constituye una especial forma de excluir la antijuridicidad de la conducta. En ese sentido, el autor argentino Carlos Creus, sostiene que: "... es patente que la ley ha otorgado prevalencia a la defensa o garantía del interés público respecto de la preservación del honor individual, permitiendo el ataque de éste para proteger aquél. Estamos, pues, en presencia de un caso de justificación (...) que ahuyenta la antijuridicidad del hecho, con lo que ni siquiera el ofendido tendrá a su disposición la vía de la reparación indemnizatoria ..." [Creus, Carlos: Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I, 3ª edición, 2ª reimposición, Astrea, Argentina, pág. 158]. En el mismo orden de ideas, Giuseppe Maggiore señala, que en el supuesto de comentario la excepción de la verdad funciona como una causa justificante de la conducta: "... Es efecto jurídico de la prueba liberatoria que, si los hechos atribuidos resultan verdaderos, la conducta del difamador se justifica, y por consiguiente, es declarado impune. Si, por el contrario, la prueba falla, el hecho del agente es ilegítimo y la condena es inevitable, a menos que deba ser absuelto por motivos distintos de la antijuridicidad específica del hecho..." [Maggiore, Guiseppe: Derecho penal. Parte Especial, Temis, Bogotá, 1989, págs. 427, 428 y 443]. Con el mismo rumbo, en nuestro medio se ha indicado al respecto, que: "... cuando media la defensa de un interés público opera como una causa de justificación. Ello tiene importantes consecuencias prácticas en orden a la responsabilidad civil. En efecto, sostener que la exceptio veritatis tiene en todo caso el carácter de una condición objetiva de punibilidad, conduce al absurdo de estimar que aquél, que precisamente ha actuado en defensa de un interés público, debe hacer frente a la indemnización del daño que haya causado al honor ajeno. Téngase presente que las condiciones objetivas de punibilidad afectan tan sólo el carácter punible del hecho, el cual sigue siendo típico antijurídico y culpable, e idóneo, en tesis de principio, para fundar la responsabilidad civil ..." [Llobet Rodríguez, Javier y Rivera, Juan Marcos: Comentarios al Código Penal (Análisis de la tutela de los valores de la personalidad), Juritexto, San José, 1989, pág. 182]. Por último, de especial relevancia para el caso que ha sido juzgado, a propósito de la Exposición de Motivos de una reforma legislativa introducida al Código Penal Argentino, el tratadista Carlos Fontán Balestra, comenta que: "... La vida privada y las condiciones morales de los funcionarios o de los hombres públicos tienen suficiente relación con el interés de la sociedad, especialmente en los países que aspiran a regirse por instituciones libres, que reclaman mayor honradez en los que han de practicarlas, para que pueda amurallarse la moralidad del individuo..." (Fontán Balestra, Carlos: Derecho Penal. Parte Especial, decimoquinta edición actualizada por Guillermo A.C. Ledezma, Abeledo Perrot, Argentina, 1998, págs. 174 y

175). A mayor abundamiento debe apuntarse que —según considera la Sala— la acción atribuida a C. B. encuentra amparo en el supuesto del artículo 151 del Código sustantivo, que en lo que interesa dispone, que **no es punible el concepto desfavorable expresado en el cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho, siempre que el modo de proceder no demuestre un propósito ofensivo**. Esto fue lo acontecido en la especie, ya que C. B. cumplió con el deber de informar acerca del incumplimiento del compromiso asumido por W. P. Ahora bien, con las precisiones conceptuales realizadas en este fallo, se comprende que la acción delictiva atribuida a C. B. al haberse aprobado por el ordenamiento jurídico, no integró un injusto penal y por esa razón, conforme a la doctrina citada y a las previsiones de los artículos 1.045 del Código Civil y 103 del Código Penal, no podría atribuírsele responsabilidad indemnizatoria alguna al querellado. Así pues, aun cuando el precedente se refiere a un delito de distinta naturaleza y gravedad que el investigado en el presente proceso, por establecer una regla general acerca de la exclusión de responsabilidad civil, cuando no se ha podido acreditar la existencia de una acción antijurídica, conviene traer a colación el voto de esta Sala número 201-F-94, de 10.00 horas del 3 de junio de 1994, mediante el cual se estableció lo siguiente: "... Así, pues, desde el punto de vista penal la legítima defensa ejercida por el encartado excluye la antijuridicidad de su conducta (y por ende el injusto penal) y, desde el punto de vista civil, esa misma ausencia de antijuridicidad excluye la responsabilidad civil, por tratarse de un elemento constitutivo necesario del ilícito civil extracontractual en los casos de responsabilidad subjetiva, como el presente (al respecto véase PÉREZ VARGAS, Víctor: *Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual*, San José, 1ª ed., INS, 1984, págs. 61 a 66)...". Según entiende la Sala, dicho pronunciamiento es plenamente aplicable en la especie y justifica, unido a las razones sustantivas expuestas en el fallo de instancia y en este voto, **declarar sin lugar** la impugnación."

2002. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 145 de las 9.20 h del 22 de febrero.

15. HOMICIDIO. Concepto de persona. Diferencia con el aborto.

"El artículo 21 de la Constitución Política establece que la vida humana es inviolable, ello en respuesta y aplicación al principio de que la vida es uno de los derechos humanos fundamentales. El artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, efectuada en Bogotá, Colombia, en 1948, y suscrita por Costa Rica, con plena vigencia en la actualidad,

establece que "*todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona*", pues todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —Pacto de San José— determina que el derecho a la vida es inherente a la persona humana —artículo 6.1— principio que recoge la Convención Americana sobre Derechos Humanos señalando que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica —artículo 3— y a que se respete su vida, derecho que estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción, sin que nadie pueda ser privado de ella arbitrariamente —artículo 4.1— advirtiéndose que, para los efectos de esta convención, **persona es todo ser humano** —artículo 1.2—. Este reconocimiento al status de persona desde su concepción, en nuestro país, se manifiesta en forma expresa, en el artículo 31 del Código Civil, que si bien determina que la existencia de la persona física principia al nacer viva, se apresura a indicar que esta persona se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento, reconocimiento que encontramos también en la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por Ley 7184 del 18 de julio de 1990, donde se tutela para todo niño, el derecho intrínseco a la vida —artículo 6.1— entendiéndose por niño, todo ser humano, menor de 18 años —artículo 1— por lo cual se enfatiza, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en los pactos internacionales de derechos humanos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición —Preámbulo, párrafo 3—teniéndose presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" —Preámbulo párrafo 9—. Esta consideración de "niño" desde su concepción hasta los 18 años, la repite nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia —Ley 7739 del 6 de enero de 1998— estimándolo como persona menor de edad, garantizándosele su derecho a la vida, desde el momento mismo de la concepción, debiendo el Estado garantizarle y protegerle este derecho, con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral —artículo 12—. Esta plataforma legal llevó a la Sala Constitucional en su Voto 2306-00 de las 15.21 horas del 15 de marzo de 2000 a enmarcar dentro del concepto de "persona" a todo ser humano vivo desde que es concebido, recalcando, en lo que es de interés para la causa en estudio que "el ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella — formulación negativa— pero también a exigir de otras conductas positivas para conservarla. Esta conducta

puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia". Sobre tales principios, el Código Penal contempla como delitos contra la vida humana, el homicidio y la tentativa e instigación al suicidio —Sección I— y el Aborto —Sección II—. En cuanto a los primeros, se sanciona con penas más graves la vida de las personas después del nacimiento y respecto a los segundos, se protege a la vida humana en germen. El artículo 117 *ibídem*, sanciona a quien por culpa matare a otro, es decir a una persona. Por su parte, la norma contenida en el numeral 122 *ejúdem* se refiere al que por culpa causare un aborto, entendiendo por ello la muerte de un feto, como producto de la concepción, desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto. No cabe en consecuencia duda alguna, contrario a lo que señalan los recurrentes, que en la especie, el actuar culposo del imputado, segó la vida de una persona, de un niño, desconociéndose en los motivos invocados, la personalidad jurídica del menor J. G. A. B., pese a que su muerte, ciertamente, se dio dentro del útero de su madre, de allí que no resulten de recibo los alegatos expuestos en cuanto a la pretendida atipicidad en la conducta desplegada. Si bien es cierto, la doctrina diferencia el concepto de Aborto, desde la óptica penal, de la concepción meramente médica, para los efectos penales, el aborto puede definirse como la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno —ver Maggiore, Giuseppe. **Derecho Penal. Parte Especial.** Tomo IV. Reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989, página 140—. Esta definición es importante para comprender los alcances de la figura penal de Aborto, a efecto de poder distinguirlo del Homicidio; así, el primer elemento que caracteriza al delito de Aborto es la interrupción del embarazo o gestación, en donde la mujer pare antes del tiempo en que el feto puede vivir, de modo que si el embarazo está completo, el proceso gestativo ha concluido, el feto está maduro e inicia el proceso de parto, su muerte con relevancia penal, no puede ser considerada como Aborto, sino que constituye un Homicidio, ya sea de carácter doloso o culposo. La doctrina, entre la que se incluye la italiana, argentina y parte de la española, perfectamente aplicable en nuestro medio contrario a lo que señalan los recurrentes, establece que la línea que divide el ámbito de protección entre el homicidio y el aborto, debe trazarse en el comienzo del nacimiento, extendiéndose en consecuencia la protección del homicidio y las lesiones a aquellas acciones que producen su resultado durante el nacimiento, es decir, que la protección de la vida de las personas después de ese hecho es más amplia —Bacigalupo, Enrique. **Los delitos de Homicidio.** Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. Reimpresión, pp. 6 y 7—. El inicio del nacimiento principia con las contracciones expulsivas, y en

los casos en que el alumbramiento no se produce espontáneamente por las contracciones del útero, como cuando se recurre a la cesárea, por ejemplo, el comienzo del suceso está marcado por el inicio de la operación, es decir, por la práctica de la incisión en el abdomen, no siendo necesario aguardar hasta la apertura quirúrgica del útero. Asimismo, en los supuestos en que las contracciones expulsivas son inducidas por algunas de las técnicas médicas al respecto, el comienzo del nacimiento será el de la ejecución de la técnica concreta de inducción —Bacigalupo. Op. cit., pp.16 a 17—. Otros autores fijan también ese hecho desde el comienzo de los dolores o desde el proceso del parto hasta el momento de la completa separación, o bien desde el proceso del parto, incluyendo a aquel sin dolor o artificial —Varela, Bernardo C. **Homicidio Simple.** Buenos Aires. Lerner 1968, página 19—. De allí que podamos concluir que las acciones ejercidas contra el feto durante el proceso del parto constituyen Homicidio y las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a ese proceso, constituyen aborto, en ambas situaciones estaremos frente a una persona, protegida constitucional y legalmente. En consecuencia, la protección de la vida de las personas, sancionable desde la óptica de la figura penal del Homicidio, principia desde el comienzo del nacimiento, no resultando necesario que la criatura sea viable, ni que incluso haya sido separada del seno materno, pues ese es precisamente el período comprendido en la expresión "durante el nacimiento". Desde esta perspectiva, tampoco se precisa pese a las manifestaciones del tribunal de mayoría, que el nuevo ser haya respirado o tenido vida independiente. Conforme lo hemos indicado supra, lo que caracteriza al aborto es la interrupción prematura del proceso de gestación, exista expulsión o no del seno materno, ya importe la muerte en el claustro materno, ya se produzca la muerte a consecuencia de la expulsión provocada, de allí que "produciéndose un proceso de nacimiento ya no es posible hablar de aborto y sólo se puede hablar de infanticidio, parricidio u homicidio —Breglia y Gauna. Código Penal y leyes complementarias, comentado, concordado y anotado. Segunda Edición actualizada. Editorial Astrea. Depalma. Buenos Aires, 1987, página 287—."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 791 de las 10.10 h del 20 de agosto.

16. **HOMICIDIO CULPOSO. Diferencia con el aborto culposo.**

"En el caso que nos ocupa K. B. Z. llegó el 26 de diciembre de 1996 al Hospital de la Anexión, a dar a luz a su segundo hijo, el hoy occiso J. G. A. B., con un embarazo a término de 39 semanas, en consecuencia un feto maduro, completo, bien conformado y vivo. Tal y como

se demostró en el fallo, al día siguiente, 27 de diciembre, una acción desplegada por el imputado, quien fue designado para atender a la paciente B. Z., colocándole en su vagina un cuarto de tableta de un medicamento no autorizado por la Caja Costarricense del Seguro Social para uso ginecológico —Cytotec— a efecto de inducirla al parto, y pasando por alto la cesárea que años atrás se le había practicado en su primer parto, desencadenó en la joven madre durante todo ese día, un proceso de hiperestimulación uterina incontrolable, durante el cual, pese al esfuerzo del menor por nacer, ejerciendo presión sobre el útero, no pudo salir, pues el cuello uterino o cerviz de su madre, estaba cerrado, lo que provocó que a eso de las nueve y treinta de la noche, el útero de K. B., se rompiera, precisamente en el sitio de la cicatriz de la anterior cesárea, muriendo el menor por hipoxia intra parto, al aspirar sangre y líquido amniótico meconizado, en un esfuerzo por adquirir oxígeno, el cual no se encontraba en el medio que lo circundaba. Los recurrentes establecen que en la especie, ocurrió a lo sumo un Aborto Culposo, por cuanto con la acción del acusado se dio la muerte del feto, pues el niño A. B. no nació, al no salir del útero materno con vida. Por su parte el Tribunal de mayoría califica los hechos como Homicidio Culposo, en el tanto el niño al inhalar las referidas sustancias, respiró, ejerciendo una función vital, pasando de ser un feto para convertirse en persona. Esta Sala comparte la calificación otorgada al cuadro fáctico debidamente comprobado en el fallo, apartándose de sus consideraciones en el tanto estimamos que aun suprimiendo las circunstancias atinentes a que el menor ofendido respirara o bien mantuviera vida independiente o no, su muerte no constituye un aborto culposo, sino que en la especie estamos ante un homicidio cometido a título de culpa, dada la conducta imperita e imprudente del acusado, violatoria al deber de cuidado, aplicando una sustancia de uso gastroenterológico en nuestro país, con fines obstétricos, que se encontraba en todo caso, para tal utilización en vías de estudio. Considera esta Sala que desde ningún punto de vista, la muerte de J. G. A. B., puede ser estimada como un aborto, en el tanto no fue producto de la interrupción prematura del proceso de gestación, pues este había concluido, encontrándose a término el ser concebido y absolutamente maduro. Por el contrario, su deceso se produce durante el nacimiento, el cual ya se había iniciado con los dolores de parto, que en forma moderada, llevaron a su madre al hospital, donde queda internada por orden de la profesional que inicialmente la atiende —doctora E. M. A. J.— quien recomienda la práctica de una cesárea, dada la historia clínica presentada. Si bien es cierto el aborto es la muerte a un feto, es importante tomar en cuenta que la condición de sujeto pasivo de dicho

delito, cambia si nos encontramos ante el comienzo del parto, es decir, al inicio del nacimiento, de modo que, toda acción destructiva de la vida, anterior a ese momento, sí califica como aborto, "sea que importe la muerte del feto en el claustro materno, sea que la muerte se produzca como consecuencia de la expulsión prematura"—Soler, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**, Tomo III. TEA. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1983, página 91—circunstancia que no se presenta en el caso de comentario. Los impugnantes, así como el voto de minoría, amparándose en algunos criterios doctrinales de nuestro país, establecen que el límite entre aborto y homicidio radica en el nacimiento, entendido como la salida con vida del producto de la concepción del útero materno, en alusión al artículo 113 inciso 3) del Código Penal, que contempla el Homicidio Especialmente Atenuado, para la madre de buena fama que para ocultar su deshonra, diere muerte a su hijo dentro de los tres días siguientes a su nacimiento. Sin embargo, discrepa esta Sala del criterio emitido, por cuanto en el Infanticidio, la alusión sobre el nacimiento, solamente influye sobre la existencia o no de la atenuación, de modo que si desaparece ella, estaríamos remitiéndonos a la figura del Homicidio Calificado, de conformidad con el numeral 112 inciso 1) del mismo cuerpo legal. De modo tal que, no resulta de recibo, asignar a la atenuación contemplada en el Infanticidio, carácter decisivo para definir el límite entre aborto y homicidio, cuando el único límite establecido es en cuanto a la atenuación "por causa de honor", pero no tiene los alcances generales que se le tratan de asignar en cuanto al significado del concepto de nacimiento. Por ello, los presupuestos de disminución contenidos en la citada norma 113 inciso 3) del Código Penal, sólo se refieren al límite máximo hasta el cual tiene relevancia la causa de honor para determinar una reducción de la gravedad de la culpabilidad que sustenta dicha atenuante, no desde cuando tiene relevancia —sobre el particular ver Bacigalupo, op. cit., página 9—. Pero aun sosteniendo la tesis sobre el nacimiento, como límite entre el ámbito de protección del aborto y del homicidio, el nacimiento comienza como ampliamente lo hemos referido, con el inicio del parto, y culmina con la salida de la cavidad uterina. En conclusión, siendo que en la causa que nos ocupa, la muerte del menor J. G. A. B. ocurrió durante su nacimiento, aun cuando estuviera dentro del seno materno, en la especie estamos, tal y como lo señaló el tribunal de mayoría, aunque por otras razones, frente a un delito de Homicidio culposo, al haberse producido la muerte de una persona, por una acción desplegada por el indiciado a título de culpa."

2001. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 791 de las 10.10 h del 20 de agosto.

17. INCENDIO. Posibilidad de peligro. Concepto de bien.

"En su escrito, el defensor del imputado C. B. dice que La Casona de Santa Rosa y los objetos que se encontraban dentro de ella formaban **un solo bien** histórico-cultural. Con base en esa tesis trata de descartar la existencia de un peligro común para **bienes**, que es uno de los presupuestos para declarar a alguien autor del delito de Incendio. Si se lee el artículo 246 del Código Penal, se puede apreciar que dicho numeral dispone lo siguiente: *"Será reprimido con prisión de cinco a diez años el que, **mediante incendio** o explosión, **crear un peligro común** para las personas **o los bienes**. La pena será: 1) De seis a quince años de prisión, si hubiere peligro de muerte para alguna persona, **si existiere peligro de destrucción de bienes de valor científico, artístico, histórico o religioso**, si se pusiere en peligro la seguridad pública, o si se tuvieren fines terroristas. 2) De diez a veinte años de prisión, si el hecho causare la muerte o lesiones gravísimas a alguna o algunas personas, **o si efectivamente se produjere la destrucción de los bienes a que se refiere el inciso anterior.** 3) . . ."*

Como se observa con toda claridad, lo tutelado es en efecto la seguridad común, pero no sólo de persona o personas, sino que también de uno o varios bienes. Por relacionarse la causa bajo examen con éstos últimos, los mismos serán el centro de la siguiente exposición. La palabra "bien" está revestida de una especial connotación jurídica derivada del Derecho Civil, que es precisamente lo que permite entender los alcances de la legislación penal de comentario. Lo que interesa para el caso concreto es que el delito se configura con sólo causar un peligro que sea común a bienes y que la forma como se les pone en peligro (es decir, como se amenace la existencia o la integridad de las cosas) obedezca a un incendio o explosión causado por el agente. Así, el dolo consiste en conocer y querer (o cuando menos prever y aceptar) causar un incendio para poner en peligro común bienes. Lo "común" de la amenaza está referido a que con un solo incendio (o una sola explosión) se puedan ver afectados bienes. La utilización de la palabra "bienes" en plural no obedece más que a una cuestión de estilo, pues pretende abarcar los distintos tipos de cosas que permiten aplicar las agravantes, pero no puede considerarse como un motivo para excluir del delito aquellos casos en que sólo se ponga en peligro un bien o una persona. Nótese que el tipo base no requiere que en efecto se cause perjuicio a cosas —o personas, según corresponda— para que se tenga por consumado el delito, sino que basta la posibilidad real de que tal situación se dé. Ahora bien, el problema que se plantea en el recurso aquí examinado es el de si en este caso hay bienes —en plural— amenazados por un incendio o si hay uno solo. Para determinar tal cosa lo primero es tener claro cómo están

clasificados éstos. En lo que atañe al asunto bajo examen, la distinción esencial es la de bienes muebles e inmuebles. De conformidad con el Código Civil, los últimos pueden identificarse por su naturaleza (artículo 254) o por disposición de ley (artículo 255). Debido a razones naturales, las tierras, los edificios y demás construcciones hechas sobre tierra son catalogados como bienes inmuebles —artículo 254 inciso 1) del Código Civil—. Por disposición de ley, será considerado inmueble todo aquello que esté **adherido** a la tierra, o **unido a edificios y construcciones de una manera fija y permanente** —artículo 255 inciso 1) del Código Civil—. Por otro lado, el legislador del siglo XIX dispuso en sentido negativo qué debe ser clasificado como bien mueble; así, en el artículo 256 estableció que **las cosas** o derechos no comprendidos en los numerales que le preceden —ya mencionado— son muebles. De lo expuesto se colige que la edificación levantada sobre el suelo terrestre es un inmueble, pero los objetos dentro del mismo sólo formarán una unidad con él si están adheridos al mismo de manera fija y permanente. A contrario sensu, todo lo que esté ubicado en el interior de una construcción y no se encuentre fijado permanentemente a ella será considerado **bien mueble**. Esto último es lo que permite establecer en el presente caso que el incendio significó un peligro común para **bienes**, en plural, pues no sólo se afectó el edificio conocido como La Casona de Santa Rosa, sino que además se puso en peligro otras edificaciones aledañas, las cuales forman parte del mismo **complejo** (que no es lo mismo que un solo bien, como pretende establecerlo la defensa de Calvo Barquero) y se vieron perjudicados muchos otros objetos que **no estaban fijados de manera permanente a la edificación principal**, como por ejemplo armas, cuadros, vasijas, petates y otros implementos indígenas, enseres de cocina, fotografías antiguas, sillas, camas y otros muebles de valor histórico y cultural, imágenes religiosas, etc. Así, al verse amenazados por un incendio intencional tanto muebles como inmuebles, puede afirmarse que existió un peligro que resultó común para bienes, por lo que debe desecharse el alegato de la defensa. Más bien, salta a la vista que la conducta básica del artículo 246 del Código Penal se debe tener por configurada en este caso. Pero además, los objetos que fueron puestos en peligro tienen (o tenían, porque algunos fueron destruidos, como se verá más adelante) un gran valor histórico (La Casona misma fue escenario de batallas de gran significado para la identidad costarricense, como la de 1856 en que se expulsó al invasor filibustero del suelo patrio, o la de 1955 en que se produjeron hechos decisivos para el destino del país), cultural (como las piezas de vestido que resultaron quemadas), científico (como los artefactos indígenas, tan preciados por la arqueología) e incluso religioso (como imágenes representativas de la religiosidad popular en épocas ya idas). De allí que la conducta que se tiene por

demostrada desplegaron C. B. y M. C. no sólo se ajusta al tipo de Incendio, sino que ve agravada por el inciso 1) del artículo de comentario. Lo peor para la nación costarricense es que de los bienes mencionados líneas atrás, muchos fueron destruidos (basta observar la secuencia fotográfica de los folios 166 a 216 para apreciar que no sólo La Casona fue consumida por el fuego, sino que bienes muebles imposibles de reponer —como vestimenta, los mangos de antiguos rifles, piezas de ebanistería, etc.— desaparecieron totalmente), por lo que a fin de cuentas la conducta desplegada por los imputados se ajusta a los supuestos del inciso 2) del artículo 246, que contempla una penalidad que va de los diez a los veinte años de prisión. En ese sentido, no se aprecia error alguno por parte del cuerpo sentenciador a la hora de aplicar la ley sustantiva. Cabe agregar, que el recurrente comete un error al entender que la palabra "museo" comprende un todo que integran la edificación respectiva y las colecciones u objetos que allí se guardan. Si se consulta en el Diccionario de la Lengua Española lo que éste denomina "museo" (ver la 22^a edición del mismo, publicada por la Real Academia Española en el año 2001), se podrá apreciar que las acepciones 1, 3 y 4 se refieren a un lugar físico donde se exhiben o guardan colecciones u objetos de interés histórico, artístico, cultural, científico o incluso simples curiosidades de interés turístico. En cambio la 2^a acepción se refiere a la persona jurídica que sin fines de lucro y con la apertura al público se dedica a adquirir, conservar, estudiar y exponer objetos que ilustran las actividades de la humanidad o que resultan importantes para el saber humano. Lo que interesa destacar es que nunca se confunde el museo con las colecciones u objetos que contiene, de modo que son perfectamente distinguibles distintos tipos de bienes —así, en plural—, lo cual permite la aplicación del tipo penal que regula el Incendio. En todo caso, aún refiriéndose a una colección, lo cierto es que cada uno de los bienes que la componen tiene un valor intrínseco que es precisamente lo que lo hace coleccionable e implica que por sí solo, amerita ser protegido. En ese sentido, al perjudicar una colección también se están afectando bienes y no uno solo. De conformidad con lo anterior, estima esta Sala que resulta inaceptable la tesis de la defensa en el sentido de que en la especie sólo se afectó un bien. Más aún, tal como se expuso en este Considerando, incluso si se hubiese puesto en peligro un solo bien, ya se habría podido aplicar este delito, pues la referencia a "bienes" en el artículo 246 del Código Penal, no es más —como se explicó líneas atrás— que una cuestión de estilo. Así las cosas, la aplicación del artículo 246 por parte del a-quo fue correcta, careciendo entonces de interés discutir si era aplicable el 229, ambos del Código Penal."

2002. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 265 de las 15.30 h del 21 de marzo.

18. LEY MAS FAVORABLE. La normativa procesal no constituye una ley más beneficiosa.

"En su cuarto motivo de la impugnación y con fundamento en los artículos 12, 13, 161 y 162 del Código Penal, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 34 y 129 de la Constitución Política, el Lic. H. M. G. alega que el Tribunal inobservó el Transitorio de la nueva normativa procesal que permitía aplicar en este tipo de casos la conciliación, la suspensión del proceso a prueba o el procedimiento abreviado, aun cuando la causa tuviese que ser tramitada conforme a la anterior normativa de rito. Específicamente señala que *"el Tribunal Superior de Aguirre y Parrita al constituirse en pleno a la hora y fecha del primer señalamiento pra (sic) debate por medio de su Presidente, estaba obligado a instar a las partes a la posibilidad de aplicar algún criterio de oportunidad de acuerdo a los beneficios que otorga la nueva Ley Procesal... [por lo que al] Omitir dicha situación fáctica y real viola el principio de la debida defensa técnica y principalmente el debido proceso"* (folio 506 vto.), así como **"LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE"** (folio 506 vto.). **El reproche que interpone el quejoso debe declararse inatendible.** En primer término, y de acuerdo tanto con la jurisprudencia de esta Sala, como la de la Sala Constitucional, se debe recordar que el principio de aplicación de la ley penal más favorable no rige en tratándose de una reforma a la normativa procesal, pues dicha posibilidad está limitada únicamente cuando la modificación o reforma producida lo es respecto a una ley de carácter sustancial o de fondo (en este sentido pueden verse de la Sala Constitucional el Voto N° 4397 de las 16.06 horas del 8 de julio de 1999, y de esta Sala, entre otros, los Votos N° 435 de las 8.34 horas del 15 de mayo de 1998, N° 1105 de las 8.35 horas del 20 de noviembre de 1998, N° 1142 de las 11.15 horas del 20 de noviembre de 1998 y N° 420 de las 10.20 horas del 9 de abril de 1999). Lo anterior por cuanto cuando la normativa de fondo se refiere de manera específica a que *"si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo"*, o el *"hecho encuadre en una norma más favorable"*, o bien, *"que una ley posterior declare que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal"*, está delimitando esta posibilidad a la **ley sustantiva y no a la procesal**, porque sólo respecto de la primera es dable hablar de **encuadrar** o **subsumir** un hecho en la norma, es decir, de establecer como punible un comportamiento, sin que esto constituya una violación a los artículos 34 y 41 constitucionales. Bajo esta tesitura entonces, distinto al criterio que expone el recurrente en sus alegatos, ni el Código Procesal Penal de 1996, ni menos los diversos institutos que regula (medidas alternativas) pueden considerarse como ley más favorable, a los efectos de aplicarse a los hechos que ocurrieron antes de su entrada en vigencia."

2001. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1147 de las 10.40 h del 23 de noviembre.

19. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD. Tratamiento en el ordenamiento jurídico costarricense. Ley más favorable.

"De manera específica, en el artículo 34 de ésta dispone que **"A ninguna Ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas"**. Sobre la importancia de este principio nos señala HASSEMER que *"Una ley que pretenda ser aplicable a un caso que haya ocurrido antes que la ley haya entrado en vigor, es un fantasma del Estado policial... El núcleo de la prohibición de retroactividad es la **protección de la confianza** de todos en que los límites de la libertad estén marcados de antemano de un modo vinculante y puedan ser leídos en cualquier momento en las leyes. Esta vinculación y la posibilidad de lectura se destruirían si el legislador, con una intervención rápida en el comportamiento, pudiera criminalizarlo **post festum**. La prohibición de retroactividad procura que la persecución y castigo de comportamiento desviado sea un proceso parsimonioso y que se anuncie anteriormente con tiempo suficiente, bajo qué presupuestos se considera un comportamiento como desviado y qué es lo que se puede esperar"* (HASSEMER, Winfried. **"Fundamentos de Derecho Penal"**, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1984, p. 320). La regla que existe en nuestro ordenamiento jurídico es entonces, de acuerdo con lo anterior, la irretroactividad de la ley penal cuando perjudique a terceros, afecte derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. No obstante lo anterior, frente a este principio, tenemos el principio de la aplicación de la ley más favorable. Es decir, de la aplicación de la ley que beneficie más a las personas aun cuando haya entrado en vigencia con posterioridad a los hechos que ella regula. En relación con este tema BACIGALUPO nos señala que *"se trata de una excepción con un fundamento **político-social**, dado que carece de sentido dictar o mantener la ejecución de penas por hechos que ya no se consideran delito o cuando la gravedad de las penas aparece como desproporcionada. Desde otro punto de vista es una consecuencia del hecho de que las garantías constitucionales, es decir, la prohibición de la retroactividad de la ley penal, sólo se instituyen para proteger al acusado frente al endurecimiento de las penas, pero no para impedir que se beneficie con una mera situación legal más favorable"* (BACIGALUPO Z., Enrique, **"Manual de Derecho Penal"**, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 58). Agregan al respecto BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZABAL MALAREE, que en relación con el *"fundamento de esta disposición (o principio)*

*cabe retomar en cuenta lo que ya hemos venido señalando reiteradamente en relación con el principio de legalidad y su exigencia de **lex praevia**, en el sentido de que se trata de impedir la **arbitrariedad** del Estado, su intervención abusiva sobre los derechos y libertades del sujeto. Por definición, como se comprenderá, la ley más favorable es todo lo contrario a un abuso, pues tiende a convertir en más benigna la intervención. Más aún, la ley posterior más favorable es expresión del principio de necesidad de la intervención penal: si por cualquier razón el Estado ha estimado necesario moderar la intervención penal, lo hace en virtud de este principio"* (BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **"Lecciones de Derecho Penal!"** Tomo I, Editorial Trotta, Madrid, España, 1997, pp. 106-107). Ahora bien, no obstante de la existencia de este principio y del tratamiento que el mismo reciba de la doctrina, es de resaltar, como ya lo ha indicado en otras oportunidades esta Sala (al respecto puede verse el **Voto N° 416-A** de las diez horas cincuenta minutos del treinta de setiembre de mil novecientos noventa y tres), que en tesis de principio, nuestra Constitución Política no prevé un tratamiento expreso sobre este tema, pues lo único que prohíbe, según lo dicho, es la aplicación retroactiva de una ley en perjuicio de las personas, mas en ningún momento dispone la obligatoriedad de aplicar la ley que venga a ser más beneficiosa. Esta posibilidad sin embargo sí se encuentra prevista a nivel penal y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 12 del Código sustantivo de cita, de manera específica prevé esta posibilidad, incluso de una forma más amplia a la que se regula en la Convención, toda vez que establece restricciones al momento de aplicarse tal principio. Claro está, dicha posibilidad se admite siempre y cuando —en efecto— nos encontremos ante el supuesto real de una ley más favorable o beneficiosa para el imputado. Por ello se dice que **"Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue"**. La pregunta que surge de inmediato ante esta circunstancia es saber cuándo nos encontramos ante una ley más favorable. Al respecto, se ha dicho que para determinar en cuál supuesto estamos, se deben analizar las leyes que entran en juego o que podrían ser de aplicación en un caso concreto en un momento específico. Para tales efectos, y sin que la enunciación que de seguido se hace constituya la regla a seguir en todos los casos, se considera que se está ante una ley más beneficiosa para el acusado cuando ésta viene a variar el hecho descrito como delito, sea atenuándolo, despenalizando, eliminando alguna de las circunstancias o acciones consideradas como parte de éstas para la configuración del delito, o bien cuando modifica, sin despenalizar la conducta, en algún sentido el monto de la sanción o de las consecuencias que fueron previstas por parte del legislador para el hecho delictivo, a

modo de ejemplo, cuando se reduce el periodo de la inhabilitación en algún oficio o actividad o se convierte la pena de prisión en días-multa, entre otras posibilidades... Ahora bien, la razón para considerar que la Convención no resulta ser tan amplia en la implementación de este principio como lo hace el Código Penal se deriva del hecho de que la misma solo prevé la aplicación de este principio cuando la nueva ley venga a reducir el monto de la pena a imponer en el caso que se tiene que juzgar, o sea cuando viene a ser menor la aflicción que debe sufrir el sujeto activo por el hecho cometido, toda vez que indica que **"Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello"** (Art. 9). Asimismo, sobre este aspecto también la jurisprudencia de esta Sala ha expresado que *"debe señalarse que el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos también establece como principio básico y rector para la materia penal el que los hechos delictivos sean juzgados conforme a la ley vigente a la fecha de su comisión, y señala en el párrafo final una excepción al principio básico para cuando la ley posterior dispone una pena más favorable a la prevista en la fecha de la comisión del hecho. Es cierto, nos encontramos ante otra excepción al principio constitucional (irretroactividad de la ley penal), pero esta excepción es aún más restringida que la excepción prevista en el artículo 12 del Código Penal... En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos exige la aplicación retroactiva obligatoria de leyes posteriores dirigidas a disminuir la sanción penal, pero ese no es el caso de la variación de la cuantía, conforme lo indicamos de seguido. Sí debe apreciarse que el Código Penal es mucho más amplio al establecer la aplicación retroactiva de la ley penal en todos aquellos casos en que le sea más favorable, mientras que la Convención exige esa retroactividad obligatoriamente sólo para aquellas leyes dirigidas a disminuir la sanción penal. Lo anterior significa que si bien en nuestro país rige como excepción al principio de irretroactividad de la ley penal la aplicación retroactiva de la ley más favorable, ello se debe a la disposición contenida en el artículo 12 del Código Penal, que es más amplio, y no exclusivamente a la Convención Americana de Derechos Humanos, que en ese campo es mucho más restringida" (SALA TERCERA DE LA CORTE, Voto N° 416-A de las diez horas cincuenta minutos del treinta de setiembre de mil novecientos noventa y tres). En resumen, nuestro ordenamiento jurídico establece como principio básico rector que la ley penal solo se aplicará a los casos que la misma prevé durante su período de vigencia, resultado esto del principio de legalidad criminal que gobierna o informa el Derecho Penal. Sin embargo, no obstante que ello trae como consecuencia la irretroactividad de la ley penal, es decir, la aplicación de ésta a hechos que se había suscitado con anterioridad, se permite que se produzca una aplicación de la ley cuando*

la misma viene a ser más beneficiosa o favorable al acusado, supuesto que deberá ser valorado en cada caso específico según las circunstancias que se presenten."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 581 de las 8.55 h del 15 de junio.

20. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Aplicación de la ley penal en el tiempo.

"En primer término, conforme lo establece nuestro ordenamiento jurídico, la ley penal a aplicar en un caso concreto, en tesis de principio, lo es la que está vigente al momento de ocurrir el hecho que se pretende juzgar; o sea, la que estaba vigente en el momento en el que éste se realiza o produce. El artículo 11 del Código Penal en este sentido es muy claro al disponer que los **"hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión"**. Es decir, conforme se colige de lo señalado en esta disposición, todo hecho ilícito será juzgado de acuerdo con la ley que ha sido aprobada por la Asamblea Legislativa, firmada por el Poder Ejecutivo y publicada en el Diario Oficial "La Gaceta", de acuerdo con lo que se establece en la Constitución Política (Art. 123 y siguientes) y en el Reglamento de la Asamblea Legislativa (Acuerdo Legislativo N° 5020 del 9 de noviembre de 1999). Ahora bien, la entrada en vigencia de la ley se determina, o sea es **obligatoria y surte efectos** para todos desde el día que ella designe y —a falta de este requisito— diez días después de su publicación en el Diario Oficial (Art. 129 constitucional). De esta forma, la ley puede entrar en vigencia desde el mismo día en el que aparece publicada o bien tiempo después, tal y como ocurrió con el Código Procesal Penal vigente, el que, no obstante haber sido publicado en el Diario Oficial el día diez de abril de mil novecientos noventa y seis, entró en vigencia a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y ocho. Por otra parte, solo para resaltar la trascendencia del artículo 11 citado, es importante advertir que su origen está íntimamente vinculado con el principio de legalidad que caracteriza lo que hoy conocemos o entendemos como Estado de Derecho o Estado Moderno. Específicamente se ha considerado que, gracias al respaldo político e ideológico de los pensadores de la Ilustración, se **formula** no sólo en **un replanteamiento** de lo que era y debía ser la organización social, tal y como estaba estructurada en aquel momento histórico, sino que también se **inicia** un **proceso de cambio** importante al respecto. En este sentido, y sin detenernos acá a explicar todos los factores que de una y otra forma incidieron en este proceso, como lo serían esencialmente los de orden político o económico, basta con hacer mención que la idea básica que se presentaba giraba en torno a la necesidad de establecer

límites al poder político que estaba consolidado en manos de la aristocracia, o sea del Rey o el Soberano. La propuesta que en términos generales subyace se orienta a cómo producir un cambio o modificación en la forma en la que se desarrolla el sistema de relaciones imperantes. Cambio que llevaba consigo una transformación también en la forma de cómo lograr acceder al poder político por parte de las nuevas clases en ascenso, es decir, por la burguesía. En otras palabras, se proponía una nueva forma de estructurar la organización política en la que se venía sustentando la sociedad desde varios siglos atrás. Bajo esta tesitura, y a fin de acabar con el abuso, la arbitrariedad y la inseguridad que reinaban, en el ámbito social, jurídico, político u económico, se determinó que el Estado debía estar sometido a ciertas reglas básicas o específicas. Esta idea a la vez viene a responder a un proyecto mayor al cual responde esta necesidad de cambio, y que consiste, por un lado, en potencializar al máximo la libertad que debía reinar en las relaciones sociales, y por otro lado, fortalecer la certeza que en el plano jurídico se requería en el desarrollo de estas relaciones. Ahora bien, dado que la transformación de la organización social fue un hecho a partir de la consolidación de lo que hoy se denomina Estado Moderno o Estado de Derecho, las instancias o autoridades que lo vinieron a conformar se vieron sometidas a la propia legislación que éste producía, o bien que se producía, dentro de una concepción republicana, bajo el sistema de pesos y contrapesos entre los distintos poderes que lo conformaban, límite que era el que se necesitaba para consolidar el proyecto que se proponía de cambio. Esta restricción del poder por medio de la ley es lo que da lugar al denominado **Principio de Legalidad**, bajo el cual el Estado en su totalidad, como forma de organización político-social, solo estará autorizado a realizar lo que la ley le permita hacer (Art. 11 de la Constitución Política). Como producto de lo anterior, se consagra a la vez el principio de libertad personal, pues se parte de que las personas —en general— pueden hacer o realizar todo aquello en tanto no esté prohibido por ley, dañe la moral, el orden o perjudique a terceros (Art. 28 constitucional). Llevado al ámbito penal o criminal, el Principio de Legalidad nos indica que el Estado sólo podrá imponer una sanción a una persona si la conducta realizada por ella está previamente establecida por la ley como un hecho ilícito, o sea como un delito, falta o contravención; de ahí el adagio latino que expresa "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*". En resumen, el artículo 11 del Código Penal se encuentra íntimamente ligado al principio de legalidad que caracteriza la existencia misma del Estado Moderno y que viene a imponer un límite no solo en la actuación o giro normal de las funciones que le son asignadas al Estado, sino también un límite a la facultad sancionatoria de éste (lus Puniendi). El principio en mención a nivel

penal se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1° del Código sustantivo y en el artículo 39 de la Constitución Política. El primero de ellos nos dice que "*Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente*". Y el segundo indica que "*A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad*". De lo anterior podemos colegir tres consecuencias fundamentales: en **primer término**, conforme lo establece el principio de legalidad criminal, debe existir una ley anterior o previa al hecho que se pretende juzgar; en **segundo lugar**, la ley debe establecer o describir cuál es la conducta (acción u omisión) que se considera o ha llegado a considerarse o estimarse como delito, falta o contravención; y en **tercer lugar**, la sanción a imponer tiene que estar prevista previamente en la ley que establece o tipifica el hecho como delito, falta o contravención. Este principio también es retomado y desarrollado de manera semejante en diferentes cuerpos normativos en el ámbito internacional, como lo son, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 9) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 15). Como corolario de la existencia del artículo 11 sustantivo y del principio de legalidad en mención, queda en consecuencia prohibido que a una persona se le juzgue por leyes que no estén en vigencia al momento de realizar la acción que se considera como delito, por más reprochable que la misma pueda serlo a nivel social o moral, ya que el Derecho Penal no está destinado a imponer formas de comportamiento o de pensamiento, sino a evitar que se cometan, en la medida que sea posible, acciones que afecten los bienes jurídicos que se han decidido proteger. De suscitarse esta situación se estará frente a un quebrantamiento no sólo del orden legal, sino también del orden constitucional, pues en primer término se parte que todo ser humano es libre y puede hacer de su vida lo que a bien quiera con ella, siempre que no afecte interés o derechos ajenos, entre otras cosas. Menos sería admisible la imposición de una pena tan sólo por lo reprochable del comportamiento a nivel social o moral, pues, como se dijo, lo que permite aquella es la existencia de una ley previa. Toda acción estatal que contravenga lo aquí señalado, implicará una inobservancia a los fines u objetivos que se pretenden alcanzar en beneficio de la convivencia social, como lo sería, a modo de ejemplo, el principio de seguridad jurídica que debe existir, imperar e informar todo "**Estado**" que se diga de "**Derecho**". De no conformarse la actuación estatal bajo esa regla, no se sabría entonces cuáles serían los actos

que se encuentran permitidos o prohibidos o bien cuáles sus consecuencias."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 581 de las 8.55 h del 15 de junio.

21. REPARACIÓN CIVIL. Procede ante la existencia de un injusto penal o hecho punible. Supuestos en los que puede disminuirse.

"Puesto que no concurrió ninguna causa de justificación y se configuró un injusto (hecho típico y antijurídico, ejecutado además con el dolo que requiere el tipo subjetivo), pesa sobre el justiciable la responsabilidad civil derivada de su actuar. Se ha probado, asimismo, la existencia del daño causado y el dolo que genera la responsabilidad subjetiva, conforme a las previsiones del artículo 1045 del Código Civil. También se cuenta con dictámenes periciales que estiman los montos a indemnizar (cfr. folios 234 a 236), lo que obliga a establecer una condena civil en concreto; y consta que los honorarios del perito fueron cancelados por la actora (folio 233). La accionante reclama el pago de diez millones cuatrocientos ochenta y nueve mil doscientos cincuenta y cinco colones por concepto de daño moral; veintiocho millones trescientos once mil trescientos cincuenta colones por daño material, cincuenta mil colones por costas procesales que corresponden a honorarios del perito, las costas personales y los intereses que generen esas sumas, hasta su efectiva cancelación. Ahora bien, atendiendo a que el suceso, así como el error invencible en que incurrió G. H. fueron provocados por la propia víctima, quien luego de proferir amenazas de muerte se presentó a la casa de aquel manifestando que pretendía darles cumplimiento; y que el justiciable y demandado civil pretendió defenderse de una agresión cuya inminencia supuso a partir de la conducta del ofendido, son aplicables en la especie las previsiones de los artículos 105 del Código punitivo y 132 del Código Penal de 1941 que autorizan a reducir la reparación civil conforme a reglas de equidad. La Sala considera que, en el presente caso, la falta del ofendido constituyó uno de los elementos fundamentales que propició el resultado y por ello, aunque procede casar la sentencia y declarar con lugar la acción civil resarcitoria ejercida, la reparación no puede corresponder a las sumas que la actora demanda, sino que las que se refieren al daño deben reducirse equitativamente, tomando en cuenta, como se dijo, la particular y grave contribución que la propia víctima hizo para que aquel se produjera. Así las cosas, se casa el fallo en cuanto denegó las pretensiones de la señora N. N. M.; en su lugar, se acoge parcialmente la acción civil resarcitoria por ella ejercida y se condena a G. H. A. a cancelar a la demandante las sumas... Además, deberá el demandado cancelar los intereses al tipo legal,

sea el que establece el Banco Nacional de Costa Rica para los certificados de depósito en colones a seis meses plazo, que originen las sumas dichas, a partir de la firmeza de este fallo y hasta su efectiva cancelación, conforme se liquiden en la etapa de ejecución de sentencia (artículo 1163 del Código Civil). Para fijar los montos relativos al daño moral y material, toma en cuenta la Sala, conforme se indicó, que existe norma expresa que autoriza a reducirlos, haciendo que ambas partes asuman la cuota de responsabilidad que pesa sobre cada una de ellas (en este caso: el justiciable y la víctima); así como que la falta de esta última constituyó un factor de importancia en la producción del daño, lo que si bien no releva al accionado de su deber resarcitorio sí impone disminuirlo con arreglo a la equidad. Salvo el extremo aquí acogido y la modificación hecha a los fundamentos jurídicos del fallo, permanece este invariable en todo lo demás."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 831 de las 10.42 h del 24 de agosto.

22. TENTATIVA DE HOMICIDIO. No se requiere poner en peligro la vida del ofendido.

"En efecto, de una lectura atenta del fallo se comprende que el sentenciador modificó la atribución legal endilgada al justiciable. De este modo, consideró el a quo que en la especie no resultaba aplicable la figura de la tentativa de homicidio. Para tal efecto, argumentó que: (i) El estudio médico-legal practicado al ofendido, refiere que el impacto de bala no puso en peligro su vida, (ii) Si el imputado hubiera querido acabar con la vida del perjudicado, lo habría hecho, pues se encontraba en condiciones de causarle la muerte. Atendiendo a esas consideraciones, el Tribunal de instancia excluyó la existencia del dolo homicida y en su lugar, calificó los hechos como constitutivos del delito de lesiones graves. No obstante lo anterior, debe precisarse, en cuanto al primero de los argumentos utilizados por los Jueces de mérito, que tal como reiteradamente lo ha establecido esta Sala, en los supuestos en los que se discute la aplicación de la tentativa de homicidio, la información contenida en el respectivo examen médico-legal, constituye un material de necesaria consideración. Sin embargo, ello no implica—inexorablemente— que si en dicha pieza no se alude a un peligro en la vida del afectado, deba concluirse siempre, que no existió el citado riesgo. Esto es así, porque al igual que cualquier otro elemento de convicción, los resultados de las experticias médicas no pueden analizarse aisladamente, sino que han de ser concatenados con la restante información que se dispone. La frase "no puso en peligro la vida", no puede extenderse siempre y en todos los casos, como exclusión definitiva de una tentativa de homicidio en los sucesos en los que discuta su aplicación,

pues ello supondría otorgar al dictamen el valor de opinión vinculante para el juez, quien puede tener por demostrada la existencia del dolo, acudiendo a otras fuentes de información. Debe tenerse en cuenta, que las conclusiones de las pruebas médicas, informan sobre el resultado producido. Este es el sentido con el que la Jurisprudencia de ésta Sala ha resuelto casos similares. Así, en lo que interesa, se ha señalado que: "... en lo atinente a lo señalado por el dictamen médico en el sentido de que no se puso en peligro la vida del menor, la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala han establecido que, siendo la acción una voluntad objetivada, habrá de estarse al significado perceptible de esa voluntad para identificar su dirección. Así, el uso pretendido de un medio idóneo para causar la muerte en un sector del cuerpo susceptible de amenazar la vida, ciertamente revela la intención homicida. Lo anterior, debe valorarse abstractamente, es decir de acuerdo a la idoneidad del medio empleado y a la susceptibilidad del sector que se pretendió afectar; independientemente del peligro concreto que en el caso específico se hubiere corrido, puesto que, en muchas ocasiones, podría acontecer que, por factores ajenos, la acción no implique un peligro efectivo para la víctima (cual podría ser la mala puntería del tirador, o la lentitud en su proceder), en cuyo caso no se habría puesto en peligro su vida, pero habrían concurrido los componentes típicos suficientes para tener por configurado el delito en grado de tentativa, como sucedió en el presente asunto, en que el menor fue herido a la altura del cuello con la citada cuchilla, demostrándose de ese modo el dolo homicida por el que se sanciona al encausado, quien no logró su cometido gracias a la oportuna intervención del aludido testigo...". (Voto N° 541-F-96, de 9.40 horas del 20 de setiembre de 1996). En el mismo sentido, se ha precisado que: "... el que los dictámenes médicos no indiquen que las heridas no pusieron en peligro la vida de J. V., tampoco es motivo para descartar la existencia de un propósito homicida en el actuar del imputado, tal y como lo ha indicado esta Sala en otras oportunidades (...) Lo importante en estos casos es analizar las condiciones o circunstancias en las que se suscita el incidente y no tanto si el mismo dejó secuelas o lesiones cuya naturaleza ponga —de manera manifiesta— en peligro la vida de las personas. En otras palabras, debe valorarse abstractamente la situación que se presenta y ponderar la idoneidad del medio empleado y la susceptibilidad del sector que se pretendió afectar; independientemente del peligro concreto que en el hecho específico se hubiere corrido...". (Voto N° 553-2001, de 9.20 horas del 8 de junio de 2001). En el caso sometido al contralor de esta Sala, el Tribunal determinó que como las lesiones ocasionadas al perjudicado no pusieron en peligro su vida, eso eliminaba el elemento subjetivo propio del delito de homicidio (cfr. folio 184). Sin embargo y sin que en este acto la Sala prejuzgue o no acerca de la decisión definitiva que pueda dictar el Tribunal de juicio, sí

resulta oportuno indicar, que dicho proceder obvió elementos de convicción que resultaban de imprescindible ponderación. Destaca entre ellos, el hecho de que el privado de libertad, al momento en que sustrajo la motocicleta del perjudicado y le apuntaba con un arma de fuego, le manifestó que corriera porque *si no, lo mataba*. Esta aseveración previa, no fue valorada en ninguna sección del fallo y para un lector imparcial, su inclusión hipotética en el discurso del sentenciador, hubiera contribuido a formar una mejor convicción acerca de la intención del justiciable al accionar el arma y disparar directamente al ofendido."

2002. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 251 de las 9.45 h del 15 de marzo.

23. VIOLACIÓN. Puede presentarse ante cualquier tipo de relación afectiva.

"El solo hipotético hecho de una relación íntima o noviazgo no desacredita el conjunto de sucesos probados establecido por el tribunal de juicio, sobre todo lo correspondiente a la negativa de aquélla para dar su asentimiento a la acción desplegada por el señor A. J. —con el uso de fuerza suficiente para someter a la víctima—. Esta Sala mantiene su tesis respecto de las relaciones afectivas existentes entre dos personas y el delito de violación, y si bien mediante el voto 600-94 de las nueve horas veinte minutos del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro se resolvió acerca de tal delito y la relación matrimonial del imputado y la ofendida, con un criterio acorde con la evolución de la sociedad costarricense, se amplía tal criterio a las relaciones afectivas de noviazgo. De esta forma, realizando una introducción hipotética de la supuesta relación de noviazgo del sentenciado A. J. con la ofendida, debe considerarse que tratándose de su novia, el acceso carnal por la fuerza sí es constitutivo de un delito y no parte de la mutua entrega sexual a que pueden convenir. El noviazgo no es un estado afectivo que dé a alguno de los novios facultades de dominio sobre el otro. Nunca puede estimarse que ese vínculo del noviazgo implique la enajenación de las libertades inherentes a la condición de ser humano. Concebir que por ser novia —o novio— pierde su individualidad e identidad (es decir su propia forma de ser, pensar, sentir, vivir y de tener expectativas) y se ve sometida a la voluntad y talante del otro, es una visión atávica de la relación interpersonal, en la cual la novia —o novio— en desventaja pasa de ser sujeto (esto es con su propia individualidad) a ser objeto (de servicio, satisfacción, compañía o simple presencia). A través de la relación afectiva del noviazgo se adquieren derechos y obligaciones hacia el otro, esencialmente respeto, por lo que ninguno tiene la potestad de imponer su voluntad al

otro ni autotutelar su interés a la viva fuerza, intimidación o lesión al honor. Si es que alguno de los novios irrespeta o desatiende derechos de los que el otro es titular, éste tiene el derecho de recurrir a las vías que al efecto prevé el ordenamiento en general a fin de poner término a los actos del otro, si es que así cabe y lo desea; pero no por

ello la acción del aquí sentenciado se verá justificada y menos por la hipotética relación afectiva del noviazgo."

2002. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 180 de las 9.25 h del 28 de febrero.

PROCESAL
PENAL

B. DERECHO

24. ACTOR CIVIL. Casos en los que procede el otorgamiento de un poder especial judicial.

"En el segundo motivo se alega aplicación indebida del artículo 1289 del Código Civil e inobservancia de los artículos 1264, 1265, 1266 y 1288 del mismo texto. Apunta el recurrente que el señor J. B. C. B. no es, como de manera errónea lo señaló el Tribunal, apoderado generalísimo sin límite de suma de la Mutual actora, sino solo apoderado general judicial, por lo que no podía otorgar poderes especiales judiciales a otros abogados para que intervinieran en el proceso, ya que las normas que regulan la materia no lo autorizan. Añade que ni aun los apoderados generalísimos poseen esa facultad, si no se las concede el mandante. En virtud de ello, la excepción de falta de capacidad o defectuosa representación debió haber sido declarada con lugar. **Los reparos son manifiestamente improcedentes.** Conforme lo ha señalado la jurisprudencia de nuestros Tribunales Civiles en reiteradas ocasiones, tanto el mandatario con poder generalísimo como aquel a quien se otorga un poder general judicial, se hallan facultados para conferir poderes especiales judiciales, aun en el evento de que no constase que tal posibilidad se hubiese pactado, pues lo cierto es que al hacerlo no sustituyen su mandato, lo que ocurriría solo si se concede uno igual al que se tiene (en este sentido, puede consultarse el voto N° 633 de 10,15 h de 2 de noviembre de 1993, del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda). Aun en el evento de que hubiese existido algún defecto en la representación de la actora civil (lo que, como se dijo, no encuentra la Sala), lo cierto es que a folios 81 y 82 del legajo de la acción consta que en su momento se apersonó también el señor Ó. A. B., apoderado generalísimo sin límite de suma de la Mutual y con ello ratificó todas las actuaciones anteriores, a la vez que habría subsanado el presunto defecto que se alega y por ello actuó con rectitud el Tribunal a quo al rechazar la excepción opuesta. A mayor abundamiento —y aunque no resultaba preciso para resolver esta queja, por los motivos que se vienen exponiendo—, la actora civil aportó en esta

sede certificación donde consta que el apoderado general judicial Licenciado J. B. C. B., se halla expresamente facultado para sustituir su poder en todo o en parte, revocar sustituciones y hacer otras de nuevo (cfr. folio 228)."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 874 de las 9.13 h del 7 de setiembre.

25. ALLANAMIENTO. Formalidades. Fundamentación fuera del horario permitido por ley.

"Ahora bien, en relación con los otros allanamientos realizados por la Jueza Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, debe indicarse que los mismos también adolecen de un defecto procesal absoluto, pues, aun cuando previamente —en cada uno de ellos— la mencionada autoridad jurisdiccional ordenó realizarlos debido a la solicitud formulada verbalmente por los representantes del Ministerio Público, dicha autorización, en las condiciones que se ordena, no resulta ser suficiente en este caso, pues: En primer lugar, no se encuentra debidamente fundamentada en cada uno de los allanamientos practicados, ya que tan solo —en términos generales— se admiten o aprueban dichas gestiones. Por ejemplo, se hace constar lo siguiente: (1) **"el fiscal Lic. R. A. me solicita en forma verbal el allanamiento en la casa de la señora S.... W. B., la cual se aprueba, la vivienda se ubica en Barrio R.... en razón de tenerse información que en dicho lugar se expende droga y tiene relación con la aparente droga que en este acto se encontró"** (folio 27, la negrita es nuestra); (2) **"En este acto se pone en conocimiento a la señora W. B. que se procederá allanar su salón de belleza... ubicado en los bajos del B. S., procediendo de inmediato a dirigirnos a dicho lugar en razón de la solicitud verbal que me hace el fiscal Lic. E. B."** (folios 28 vto. y 29 fte., la negrita es nuestra); y (3) **"En este acto se da por terminada la diligencia a las 21.30 horas de este... día. El fiscal E. B. me solicita en forma verbal el allanamiento en la casa de (J.) J. D. H. ubicada en Barrio C. Se aprueba la**

solicitud..." (folio 29 vto. la negrita también es nuestra). En segundo lugar, no obstante que cada uno de estos allanamientos fue realizado después de las dieciocho horas, habiendo disposición expresa que indica que —en principio— los mismos sólo se podrán ejecutar entre **las seis y las dieciocho horas del día** (Art. 193 ejúsdem), en ningún caso la Lic. M. R. M. procedió a exponer o bien fundamentar los motivos por los cuales autorizó y llevó a cabo este tipo de diligencias fuera del horario permitido normalmente por ley. Incluso el último allanamiento que se ejecutó, correspondiente a la casa del imputado D. H. ubicada en Barrio C. de L, a pesar de que se inició a las veintiuna horas y cuarenta y cinco minutos, se suspende cerca de las veintidós horas de ese mismo día para continuarlo al día siguiente, sin embargo cuando nuevamente se inicia esta diligencia nunca se acreditan o establecen las razones que permiten justificar el que se lleva a cabo después de las dieciocho horas del siete de mayo, es decir fuera del horario establecido por la normativa procesal penal vigente. Los dos defectos apuntados, a saber (1) la falta de fundamentación de cada una de las autorizaciones para realizar los allanamientos, (2) lo mismo que la ausencia de los motivos de urgencia que permitieran justificar su práctica fuera del horario permitido, hace que sean ineficaces y que la prueba en ellos obtenida no puede ser tomada en cuenta para su valoración al momento de dictar el fallo."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 917 de las 10.00 h del 21 de setiembre.

26. ALLANAMIENTO. Formalidades para su validez. Necesidad de un auto previo ordenando su ejecución.

"En efecto, llevan razón los Licenciados L. B. U. y F. M. N. al formular los reclamos en los que sustentan el recurso en los dos motivos que se citan, pues al analizarse lo ocurrido en este caso se observan defectos en el procedimiento que ameritan un pronunciamiento de esta Sala al respecto. En este sentido, tal y como consta en el expediente, en particular de folios 17 a 27, resulta evidente que en ningún momento la Jueza Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, no obstante la solicitud que formularon por escrito los representantes del Ministerio Público, procedió a dictar la resolución por medio de la cual ordenaba la realización del allanamiento que se practicó en la casa, recinto privado o inmueble que alquilaba el imputado D. H. en "B. L. C", sito en la ciudad de Limón. En otras palabras, de manera irregular y en total inobservancia de lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución Política, en relación con el 193 y siguientes del Código Procesal Penal, 2 inciso 3) y 17 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11

inciso 2) de la Convención Americana de Derechos Humanos, la autoridad jurisdiccional mencionada se dio a la tarea de realizar el registro y allanamiento de la vivienda referida sin dictar —con la anticipación requerida— la resolución en donde autorizaba dichos actos, a pesar de que ello constituía un requisito de validez indispensable para poder llevar a cabo dicha diligencia. Asimismo, de los propios oficios enviados tanto por el Lic. J. M. P. P., como por la misma Licda. M. M. R., visibles a folios 458 y 462 respectivamente, se hace constar que en ningún momento se dictó la resolución de marras en la presente causa, es decir, nunca existió como en derecho correspondía. Con este proceder, se inobservó y quebrantó entonces uno de los derechos fundamentales que se encuentra contemplado en la Constitución Política, así como en los Tratados Internacionales citados, a saber la privacidad o inviolabilidad del domicilio, pues independientemente de que se estuviese cometiendo o no un delito en este lugar, era indispensable que se autorizara, mediante auto fundado, la realización del allanamiento que se menciona—resulta evidente que en el presente caso la Licenciada M. M. R. inobservó la normativa que regula este tipo de actuaciones y de manera irregular procedió a su realización, sin cumplir con las formalidades o requisitos que a nivel constitucional y legal se exigen en esta materia en procura de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas. Estas formalidades o requisitos (formas en general) constituyen a la vez la garantía que todo operador del derecho debe tomar en cuenta contra la arbitrariedad o el abuso en el que se puede incurrir cuando se trata de determinar la verdad real de los hechos. No es la formalidad por la mera formalidad, sino la formalidad como instrumento que permite hacer efectivo el principio de seguridad que debe gobernar todo proceso. Bajo esta tesitura, la actuación que aquí nos ocupa, tal y como lo ha resuelto en otras oportunidades esta Sala, constituye un defecto procesal absoluto que obliga a su declaratoria, y cuyos efectos conllevan —a la vez— la ineficacia de toda la prueba que de ella se haya derivado, tal y como lo dispone el artículo 175 de la normativa de rito citada, al establecer que: **"No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código"**. Así, en lo que interesa, la jurisprudencia de esta Sala ha indicado que: *"conviene señalar que tanto el numeral 209 del Código de Procedimientos Penales de 1973 (vigente al momento de ocurrir los hechos), como también el artículo 23 de la Constitución Política, contemplaban varios requisitos formales que (igual que sucede con el Código Procesal Penal vigente) necesariamente deben estar presentes en toda diligencia de allanamiento. En efecto, la primera norma citada señala de manera clara y expresa, en lo*

conducente, que "... si hubiere motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas relacionadas con el hecho punible ...el juez ordenará **por auto fundado**, el registro de ese lugar. El juez podrá disponer de la policía administrativa y proceder personalmente o delegar la diligencia en funcionarios de la Policía Judicial. En este caso la orden será escrita ...", mientras que la Carta Magna establece que "... El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por **orden escrita** de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley ...". De la inteligencia de estas dos disposiciones se extrae, entonces, que **siempre y en todo caso**, cuando se cuente con elementos suficientes para estimar que en determinado domicilio o recinto privado existen evidencias o elementos relacionados con un hecho delictivo, de previo al allanamiento del lugar, necesariamente se requerirá de una orden de registro **escrita**, girada por un juez competente mediante un **auto fundado**. Tal exigencia encuentra su razón de ser en que, mediante este tipo de diligencias de orden coactivo, se verán menoscabados varios principios rectores y esenciales de la vida social, tales como la seguridad, tranquilidad e intimidad del domicilio u otras estancias privadas, de donde resulte necesaria la imposición de algunas limitaciones o frenos a una intervención estatal como esa. Es así como, entonces, en dichos casos resultará ineludible que la orden de registro cumpla con varios requisitos sin los cuales el acto carecerá de la legitimidad necesaria a efecto de introducir al proceso los resultados que del mismo se logren obtener, veamos: i) que provenga de un juez competente, con lo cual se evitará que la policía pueda irrumpir en recintos privados de manera irrestricta, sin ningún tipo de control, minimizándose así la posibilidad de que se incurra en actos abusivos; ii) que se gire por escrito y en forma previa a su realización, con el fin de darle certeza al ciudadano en cuanto a la pureza del acto, pues con dicho requisito se evitará la posibilidad de que —a posteriori— se pretenda legitimar un acto originalmente viciado; iii) que se ordene mediante una resolución debidamente fundamentada, para así reservar este tipo de medida extrema, excepcional y afflictiva, sólo para aquellos casos en los que la misma realmente se justifique, conforme a criterios de necesidad, utilidad, racionalidad y proporcionalidad. En relación a este delicado tema esta Sala ha tenido la oportunidad de señalar, ya durante la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, lo siguiente: "... **la participación del juez en la diligencia tiene desde la propia Constitución, según se vio, sus propios requisitos: debe haber orden previa escrita; ésta, como corolario de un acto de poder emanado de un funcionario público, debe estar debidamente**

motivada y sustentarse en la existencia de indicios fundados de estar en presencia de un delito, o frente a la posible lesión a los derechos o a la propiedad de terceras personas, según se establece de la relación de los artículos 23, 9 y 28 párrafo segundo, todos de la Constitución Política. A ellos deben sumársele los requisitos especiales que desarrolla la ley procesal y que, sin duda alguna, pretenden reforzarlas garantías ya dadas constitucionalmente, a saber: cómo debe ser esa orden y qué debe contener, quién puede gestionar tal diligencia si se está en la fase de investigación, dentro de qué horario puede realizar el allanamiento, la identificación de los sujetos que actuarán en la diligencia y, en especial la participación ineludible del juzgador cuando el allanamiento es de un domicilio, recinto privado o habitación ..." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia N° 468-99, de las 9.20 h del 23 de abril del 2000" (**SALA TERCERA DE LA CORTE, Voto N° 1160** de las 9.45 horas del 6 de octubre del 2000)."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 917 de las 10.00 h del 21 de setiembre.

27. ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. Obligación del juez de verificar los supuestos y fundamentar su realización.

"A efecto de resolver el reclamo formulado, conviene realizar algunas consideraciones sobre el instituto del anticipo jurisdiccional de prueba contemplado en el numeral 293 ibídem. Determina la citada norma procesal que cuando sea necesaria la práctica de un acto definitivo o irreproducible, que afecte derechos fundamentales, o deba recibirse una declaración que por algún obstáculo difícil de superar, se presuma no podrá recibirse durante el juicio, o cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce, el Ministerio Público o cualquiera de las partes, podrá requerir al juez que la realice o reciba, quien lo practicará, si lo considera admisible, citando a todas las partes, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades y obligaciones previstas por el código. Como bien se desprende de la norma invocada, el anticipo jurisdiccional de prueba resulta excepcional y no puede ser utilizado en cualquier asunto, de modo tal que, como sucede en la causa que nos ocupa "aun cuando el Ministerio Público o la policía quisieran la anticipación de la práctica de determinados elementos de prueba, sobre todo respecto de la testimonial, con el fin de "amarrar" el caso y mantener prueba segura y contundente, ello no es factible si no concurren los presupuestos establecidos en la ley para que tal cosa se realice" —ver en "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal". *González Álvarez, Daniel.*

El **procedimiento preparatorio**. Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José. Costa Rica. Noviembre de 1996, pág. 588— de allí que es tarea del juzgador, verificar la existencia de los supuestos legales para que proceda tal prueba anticipada, garantizando los principios de oralidad y la intervención de todas las partes, determinando si el obstáculo existente por el cual se solicita la anticipación, realmente es difícil de superar, para lo cual se deben aplicar las reglas de la sana crítica, emitiendo un juicio de probabilidad, de manera que sea previsible o presumible que el dicho no podrá ser recibido en debate. Por último, como en otras oportunidades lo ha establecido esta Sala, la validez de tales juicios deberá expresarse siempre mediante resoluciones fundadas, revisables a través de los medios impugnativos —ver voto 483-01 de las 9.15 horas del 25 de mayo de 2001. Sala Tercera Penal—. En la especie, si bien es cierto el Ministerio Público justificó su solicitud para que el testigo T. D. G. fuera recibido mediante anticipo jurisdiccional de prueba, el Juez Penal no verificó la concurrencia de los supuestos legales requeridos para que procediera la diligencia determinando la existencia del obstáculo difícil de superar, para poder concluir con carácter de probabilidad que la declaración del referido testigo no podía recibirse en debate, fundamentando su pronunciamiento. Aun más, el juzgador, pese a la oposición de la defensa que reclamaba, con razón, la ausencia de motivos que justificaran la diligencia ordenada, omite manifestarse, positiva o negativamente sobre la solicitud planteada, continuando con la recepción del testimonio, la que también se muestra descuidada, en el tanto se indicó que no se juramentaba al testigo "en razón de su edad", cuando se estaba en presencia de un adulto, por lo que se le llama la atención al juez C. V. C., para que en el futuro omita incurrir en irregularidades como las señaladas. Cabe destacar que, en el fallo recurrido, tal y como ya lo advertimos, se repite de parte de los jueces la misma situación contemplada al recibirse el testimonio del declarante D. G., en el tanto se omitió consideración alguna sobre la solicitud de la defensa durante el debate, aludiendo a la ilegitimidad de la prueba anticipada. Lo anterior nos lleva a concluir que, tal y como lo reclama la impugnante, el testimonio rendido por D. G. mediante el anticipo jurisdiccional de prueba, deviene ineficaz, en el tanto la resolución que la ordenó carece de fundamentación legal que justifique su procedencia, y por el contrario, de las preguntas a las que el testigo fue sometido en aquella oportunidad por parte de la defensa del acusado, se desprende que a la fecha de recibirse su dicho, tenía tres años de vivir en nuestro país; se encontraba tramitando sus documentos de identificatorios, con el propósito de legalizar su permanencia; estaba haciendo gestiones para comprar un lote en la localidad de Yacaré, y si bien dijo tener pensado ir a su país natal en mayo de 2001, sujetó su partida a que no encontrara trabajo, y a la venta del lote

que estaba adquiriendo —ver folio 21— circunstancias que no denotaban la urgencia en la evacuación de esa prueba anticipadamente; pero aun aceptando la necesidad de recibirla bajo tales condiciones, la ausencia de fundamento jurisdiccional que justifique la decisión de recibirla, torna ineficaz la prueba receptada, impidiendo valorarla como sustento del juicio condenatorio, so pena de vulnerar el debido proceso y el derecho de defensa del encausado, lo que vicia de ilegitimidad la fundamentación del fallo recurrido, defecto esencial en el tanto la prueba cuestionada sirvió de presupuesto para fundar la culpabilidad del imputado."

2002 **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 267 de las 15.40 h del 21 de marzo.

28. DEFECTOS PROCESALES. Preclusión de etapas. Facultades de las autoridades jurisdiccionales.

"Con la promulgación del Código Procesal Penal de 1998, nuestro ordenamiento procesal varió, de la aplicación de un sistema mixto (inquisitivo y acusatorio) a un sistema fundamentalmente acusatorio, donde el Ministerio Público asume el control de la investigación de los delitos, bajo la supervisión, durante el procedimiento preparatorio, de un juez de garantías —artículo 62 del Código Procesal Penal— y una vez precluida esta etapa, frente a la actividad requirente del órgano acusador y del querellante, en su caso, surge como contralor, la figura del juez del procedimiento intermedio, que tiene delimitadas sus funciones en la ley —numerales 310 a 323 e*j*usdem—. Ante el surgimiento del nuevo sistema, la doctrina nacional ha señalado que un fundamento trascendental "es la división de funciones de los involucrados en el proceso, en la que el acusador ocupó un importante papel; la defensa tenía reconocido su derecho a oponerse a la acusación y ser tratada en un plano de igualdad frente al titular de la acusación y el tribunal, al que se le confirió la obligación de decidir la cuestión planteada con pleno respeto de los derechos de las partes, de lo que se constituyó en garante, su competencia estaba directamente relacionada con el contenido de la acusación" (González Álvarez, Daniel. **Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. "Introducción General"**. Corte Suprema de Justicia. Asociación de Ciencias Penales. San José. Costa Rica. Noviembre 1996. página XXIV). Como bien se desprende de lo anterior, dentro del cambio perfilado, con un órgano acusador fortalecido, la acusación cobra relevancia "siendo derecho del acusado conocer en forma precisa cuáles son los hechos por los cuales se le somete a ajuicio" (Mora Mora, Luis Paulino. **Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. "Los Principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998"**. Asociación de Ciencias Penales. San José. Noviembre 1996, página

7), principio recogido en la legislación procesal y en el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en nuestro país. Así, se establece que el inculpado tiene derecho a que se le comunique, previamente a que rinda declaración indagatoria, en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra, informándosele sin demora en un idioma que comprenda —artículos 8.2 inciso b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3 inciso a) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos—. Por otra parte, los artículos 82, 92 y 303 del Código Procesal Penal contemplan también tales derechos, en consecuencia al imputado se le debe hacer de su conocimiento, desde el momento mismo de su detención inicial, por la Policía Judicial, el Ministerio Público o los jueces, según corresponda, que tiene derecho a presentarse ante el órgano acusador o la autoridad jurisdiccional, para ser informado y enterarse de los hechos que se le imputan. Igualmente, al recibírsele declaración indagatoria, el funcionario que la reciba, le comunicará detalladamente cuál es el hecho atribuido, su calificación legal y un resumen del contenido de la prueba existente. Más adelante en el proceso, concluida la investigación preparatoria, si el Ministerio Público estima que existe fundamento para someter a juicio al imputado, presentará la acusación requiriendo la apertura a juicio, la que deberá contener, entre otros requisitos, la relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se le atribuya. Por último, este derecho del justiciable a la acusación, como parte integrante del debido proceso, se garantiza en el numeral 365 del mismo cuerpo legal, que contempla el respeto a la correlación entre lo acusado y la sentencia, de tal manera que ésta no podrá tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que las descritas en la acusación y la querrela, y en su caso, en la ampliación de lo requerido, salvo cuando favorezcan al encausado, pudiendo el tribunal dentro del fallo, dar al hecho una calificación jurídica diferente de la acusación o querrela, o aplicar penas más graves o distintas de las solicitadas. Conforme a lo anterior, y siendo la requisitoria la base del juicio público, la pieza acusatoria, en observancia de los derechos y garantías constitucionales del imputado, debe contener la determinación concreta del hecho atribuido, y si **no lo contiene, el requerimiento fiscal carecería de fundamento, lo que constituye un vicio esencial**, situación que, como en el caso que nos ocupa, si es valorada durante la audiencia preliminar, el juez del procedimiento intermedio, encargado de controlar la procedencia de lo acusado o la querrela, se enfrenta a dos posibilidades de actuación: a) desestimar total o parcialmente la causa o bien sobreseer al imputado — artículo 319 párrafo segundo del Código Procesal Penal— Examinados los autos que han provocado la protesta de la defensa técnica del justiciable en las diferentes etapas del proceso, se advierte que el Ministerio Público al concluir la etapa preparatoria, presentó la acusación

solicitando la apertura a juicio sobre la base, en lo conducente, de los siguientes hechos; "1.- Que el veinticinco de junio de dos mil el Teniente P. del Comando de Sixaola informó ante el Organismo de Investigación Judicial de Limón que en San Miguel de Celia de Sixaola el señor J. T. T. Q. se encontraba tirado en el patio del frente de su casa, aparentemente había fallecido a causa de un balazo y que posiblemente su muerte se había dado el día anterior. 2.- Por tal razón el fiscal de turno Licenciado R. G. Z., el Juez Licenciado J. M. P. P. y el investigador C. V. M. se apersonaron al sitio y constataron que efectivamente el ahora occiso señor J. T. T. Q. se encontraba muerto y tirado en el patio de su casa, presentando una herida aparentemente de bala en el tórax, con orificio de entrada, sin salida, otra herida en el brazo izquierdo con orificio de entrada y salida. 3.- Como producto de la investigación realizada se logró ubicar al señor L. M. F., quien manifiesta que el mismo día del fallecimiento del ofendido, el veinticuatro de junio pasado, en horas de la noche, el acusado se presentó al bar Córdoba en Celia de Sixaola en estado de ebriedad y con un arma calibre veintidós realizó dos disparos hacia el suelo por donde él se encontraba, por lo que procedió a golpearlo en la mano armada, lo despojó de ella y se llevó el arma a su casa, sitio al cual el encartado se presentó al día siguiente pretendiendo recuperarla, pero por temor a ser agredido con esa misma arma se negó a devolvérsela. La misma fue decomisada junto con cuatro casquillos percutidos por el Organismo de Investigación Judicial, según acta de folio 27 y remitida a la sección de Pericias Físicas, donde se determinó que esa fue el arma utilizada para disparar y matar al ofendido T. Q. 4.- Practicada la autopsia se emitió el dictamen número DA 1187-2000-PF, determinándose que el ofendido murió a causa de una hemorragia intratorácica e intraabdominal, por lesiones producidas por proyectil el cual fue recuperado en la arteria de la pantorrilla derecha, al cual se le practicó el respectivo análisis comparativo por parte del departamento de Pericias Físicas del Organismo de Investigación Judicial determinándose que el mismo fue disparado por el arma de fuego recuperada, tipo revólver, marca RG, modelo 23, calibre 22 largo, serie 81985, decomisada a L. M. F., quien como se indicó antes, se la había quitado al encartado J. V. M. A. el mismo día de la muerte del ofendido. 5.- El imputado M. A. el día veinticinco de junio del año recién pasado se trasladó a Gandoca Manzanillo, lugar ubicado a unos quince kilómetros aproximadamente del lugar de los hechos, llegó al abastecedor Las Brisas, propiedad de A. S. B. a quien le solicitó posada, pasó la noche en el corredor de su negocio y al día siguiente se fue con rumbo desconocido. 6.- Al siguiente día el encartado se presentó a las Cabinas Baula en Gandoca, propiedad de O. V. A., a quien le contó que el día anterior había encontrado muerto a J. T. T. Q., luego le solicitó la suma de veinte mil colones, para cubrir

los gastos del entierro y como O. le adeudaba al ofendido e\$ suma por compra de una madera y conocía al imputado como empleado del ahora occiso le entregó la suma de diez mil colones, no obstante el inculpatado solo pretendía obtener dinero para alejarse del lugar y sustraerse a la acción de la justicia, toda vez que nunca regresó a hacerse cargo del sepelio... Como bien se colige, la pieza acusatoria sometida al juez del procedimiento intermedio carece de una determinación clara y circunstanciada del hecho atribuido al imputado, cual es la comisión del delito de Homicidio Simple, inobservando los requisitos establecidos en el numeral 303 del Código Procesal Penal, en cuanto a la descripción exacta de los elementos objetivos y subjetivos del ilícito en mención. Tal deficiencia motivó, conforme se desprende de los autos, que durante la audiencia preliminar llevada a cabo el 20 de marzo de 2001, a las 14 horas en el Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica —137 y 138—, la defensa técnica interpusiera una gestión sobre actividad procesal defectuosa solicitando el sobreseimiento de su representado, gestión que fue acogida por la autoridad jurisdiccional, sin embargo, fuera de sus posibilidades legales impuestas en el numeral 319 del Código Procesal Penal, resolvió devolver los autos al Ministerio Público, a efecto de que saneara el vicio conforme al artículo 15 ejúsdem —ver folio 139—. Ello no es posible a criterio de esta Sala. Si bien es cierto el mencionado artículo 15 permite el saneamiento de defectos formales, indicando que el tribunal o el fiscal que constate un defecto formal saneable en cualquier gestión, recurso o sustancia de constitución de los sujetos del proceso, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será mayor de cinco días; en la especie tal normativa no es aplicable, cuando finalizado el procedimiento preparatorio, el órgano requirente, decidiéndose por el planteamiento de una acusación, la presenta en forma deficiente en aspectos, ya no eminentemente formales o materiales, sino referidos al fondo de la articulación, es decir sobre condiciones **sustanciales y necesarias** para que esa pieza sea admisible, en respeto a los derechos fundamentales del justiciable, que como ya hemos mencionado, dentro de un sistema acusatorio como el nuestro, tiene derecho a conocer en forma amplia y detallada los hechos que se le imputan, a efecto de que, en un plano de igualdad pueda desarrollar eficientemente su defensa tanto material como técnica, criterio que esta Sala ha desarrollado en otras oportunidades al señalar "que *el saneamiento se refiere a defectos formales, secundarios o periféricos, pero nunca a la esencia misma de la acusación*"—ver Voto 46-99 de las 9 horas 40 minutos del 15 de enero de 1999. Sala Tercera Penal—. No desconoce este Despacho que habiéndose sustituido el sistema de nulidades contenido en el Código de Procedimientos Penales de 1973, la nueva normativa procesal penal propone el reconocimiento de una

actividad procesal defectuosa, que tiene como principio rector la imposibilidad de que puedan ser valorados como fundamento de una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en el Código Procesal Penal, salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales —artículo 175 ibídem—, y así como los errores puramente materiales contenidos en las actuaciones o resoluciones de los tribunales pueden ser saneados en cualquier momento —numeral 146 del mismo cuerpo legal—, en el tema específico de la acusación o la querrela, es factible tal corrección, pero únicamente en lo que se refiere a los simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifique esencialmente la imputación ni provoque un estado de indefensión —artículo 348 de la normativa procesal citada—. Ello reafirma la tesis en cuanto a la imposibilidad de saneamiento de la acusación en los términos permitidos por la juzgadora en el presente caso, cuando es el juez del procedimiento intermedio el llamado a ejercer un adecuado control sobre la actividad requirente del Ministerio Público. Pero existen también otras razones por las cuales no procedía el saneamiento de la pieza acusatoria, dentro de los parámetros en que fue concedido. El artículo 178 del Código Procesal Penal establece como defectos absolutos, entre otros, aquellos que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley, los cuales no pueden ser convalidados —numeral 177 ibídem— permitiéndose el saneamiento de los defectos, cuando es posible, bajo tres supuestos fundamentales: a) La renovación del acto "cuando el precedente ha sido impugnado o de oficio ha sido declarado inválido y por ende no puede ser tomado en consideración —Armijo Sancho, Gilberth. **Nuevo Proceso Penal y Constitución. "Derechos Fundamentales y Actividad Procesal Defectuosa"** Investigaciones Jurídicas SA, pág. 321—; b) la rectificación del error y; c) el cumplimiento con el acto omitido—artículo 179 del mismo cuerpo legal—. Sin embargo la misma norma señala que bajo pretexto de los tres supuestos anteriormente señalados, **no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, salvo los casos expresamente previstos por este código**. En el presente asunto, la requisitoria que ahora se cuestiona, y cuya irregularidad fue admitida por la Jueza del procedimiento intermedio, **puso fin a la etapa de investigación preparatoria**, de modo que aceptado el defecto que deviene en absoluto, pues compete al derecho a la acusación que mantiene el inculpatado como una de las garantías fundamentales atinentes a su defensa, no podía concederse la posibilidad de saneamiento para renovar el

acto, pues ello implicaría retrotraer el proceso a una etapa ya precluida que la ley no prevé, en el tanto las correcciones que podían ser admisibles, tal y como con amplitud hemos expuesto, se refieren a simples errores materiales, siempre y cuando no comprometan la esencia misma de lo acusado, pues el imputado y su defensa técnica podrían verse sorprendidos, como sucedió en este caso, con una nueva acusación, cuando ya se habían preparado para otra, que era precisamente la base del juicio, actuando la autoridad jurisdiccional fuera de los límites que la ley le permite en su función contralora de la actividad requirente del órgano acusador, coartando los derechos de las partes con interpretaciones extensivas de la normativa legal. Por último conviene señalar que la decisión de la juzgadora, cuestionada en esta impugnación, vulnera también los principios de objetividad e igualdad entre las partes, en el tanto se le permite a una de ellas —el órgano acusador— una oportunidad de enmienda que la ley no faculta, favoreciendo la deficiencia en el ejercicio de la función pública, en detrimento de los derechos de los restantes sujetos del proceso, cuando "... los jueces no están autorizados a aplicar criterios discriminatorios en su actuar "debiendo resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento —Mora Mora, Luis Paulino. Op. cit., p.37—. Los argumentos expuestos nos permiten concluir que en la causa examinada, donde se arribó hasta la etapa de juicio culminando con una sentencia condenatoria contra J. V. M. A., como autor responsable del delito de Homicidio simple cometido en perjuicio de J. T. T. Q., tal y como lo expuso la defensa técnica del inculcado en esta impugnación, desde la etapa intermedia se produjo una actividad procesal defectuosa, resuelta en perjuicio de los intereses de su patrocinado, en flagrante violación a sus garantías fundamentales atinentes al debido proceso y el derecho de defensa, en el tanto al Ministerio Público, quien formuló una acusación defectuosa que no le atribuía al imputado conducta ilícita alguna, se le concedió, en contraposición a las normas procesales vigentes, la posibilidad de sanear el vicio, lo que resulta improcedente, retrotrayendo el proceso a períodos ya precluidos. La irregularidad cometida es de tal envergadura que, de haberse llegado a la fase de debate con la acusación inicial planteada por el Ministerio Público, habría provocado la absolutoria del justiciable, en el tanto, la indeterminación del hecho constitutivo del ilícito imputado, por ser un error esencial, no permitiría la ampliación de la pieza acusatoria, conforme a los presupuestos establecidos en el numeral 347 del Código Procesal Penal, que prevé tal posibilidad cuando se requiera la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querrela, que modifique la calificación legal o integre un delito continuado, presupuestos que no se cumplen en el asunto examinado, en el tanto la corrección habría versado sobre un hecho concreto, esencial,

constitutivo del delito atribuido. Por ello, no obstante que el motivo de casación invocado se refiere a la inobservancia y violación de normas procesales, dadas las circunstancias que rodean el hecho, deviene en ociosa la devolución de los autos a su oficina de origen ordenando un juicio de reenvío; consecuentemente, por razones de economía procesal, entra esta Sala a resolver el fondo del asunto, declarando con lugar la actividad procesal defectuosa de todo lo actuado a partir de la audiencia preliminar realizada el 20 de marzo de 2001, de modo tal que al quedar subsistente la acusación formulada por el Fiscal de Bribí, Licenciado A. V. O., visible a folios 118 y 119, la que no contiene una relación precisa y circunstanciada del hecho punible atribuido al imputado conforme a los presupuestos establecidos en el citado artículo 303, sin que sea admisible devolver los autos a momentos procesales finalizados, se acoge el reclamo interpuesto y se absuelve de toda pena y responsabilidad a J. V. M. A. como autor del delito de Homicidio Simple cometido en perjuicio de J. T. T. Q."

2002. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 141 de las 9.00 h del 22 de febrero.

29. DERECHO DE DEFENSA. La recepción de prueba testimonial en ausencia del imputado no afecta su derecho de defensa.

"Si bien el derecho del imputado a escuchar y ser participe activo en la producción de la prueba constituye una garantía fundamental, en supuestos **excepcionalmente calificados** se admite que ese derecho pueda ser restringido, en procura de tutelar otros bienes jurídicos de rango constitucional. También se obtiene de las normas antes citadas que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no excluyen esa posibilidad, siempre que en ningún caso se restrinja la defensa técnica. La Sala Constitucional en el voto N° 3020-96 de 11,48 horas de 9 de junio de 1995 señaló: "... conforme a lo expuesto en la sentencia 1739-92 de las once horas y cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, el imputado tiene derecho a ser asistido por un defensor letrado, o a defenderse personalmente y que sea cual sea el método que escoja, ese derecho implica el irrestricto acceso a las probanzas y actos, siendo procedentes sólo aquellas restricciones indispensables para impedir el entorpecimiento de la averiguación de la verdad real de los hechos. También ha señalado esta Sala que no toda nulidad conlleva una violación al debido proceso sino sólo aquellas que causen un grave perjuicio a los intereses de la defensa. En ese sentido se estima que si bien la adecuada defensa y representación en todo momento, es un elemento integrante del debido proceso, al haber puesto el Tribunal en conocimiento inmediato al

imputado de lo declarado por el coimputado, según consta en el acta de debate, quedando informado de todo lo declarado con oportunidad de repreguntar, derecho éste que se le reconoció y no ejerció, según consta en el acta de debate (tomo II, folio 749), no se causó una lesión al principio en análisis, pues si bien se le perturbó su ejercicio, el Tribunal reconoció una forma eficaz para su respeto, lo que no fue protestado oportunamente por el interesado; el juez como equilibrador del proceso, le dio acceso pleno e irrestricto a la información e incluso oportunidad de ejercer su defensa sobre ese acto a través de la repregunta. Desde luego que, como lo hace notar la Sala de Casación en el Considerando X del fallo, el Tribunal sentenciador pudo emplear otros criterios en el debate que no causaran la perturbación que ahora se protesta, al ejercicio de la defensa, como sería llamar primero a declarar al acusado..., o aún permitirle su permanencia e intervención en la audiencia al momento de tomarse la declaración al coimputado..., pero —como ya se dijo—, al no haberlo hecho así no se produce nulidad de lo actuado pues la afectación o perturbación al ejercicio de la defensa no fue de tal magnitud que afectara ese derecho causando indefensión". También esta Sala ha admitido, en casos excepcionales que se aleje al imputado de la audiencia temporalmente para garantizar la seguridad física y psicológica de los declarantes, siempre que concurren elementos de convicción que evidencien que existe el riesgo de algún serio menoscabo (cfr. votos N° 1043-97 de 14,35 horas de 30 de setiembre y N° 1474-97 de 8,40 horas de 23 de diciembre, ambas de 1997; así como el N° 483-01 de 9,15 horas de 25 de mayo de 2001). En el presente caso, consta del acta de debate y de las razones expuestas en el propio fallo que se evacuó en forma privada y sin la presencia del justiciable (aunque sí de la defensora) el testimonio de la ofendida atendiendo a las recomendaciones del psiquiatra forense, quien hizo ver la necesidad de no someterla a nuevos interrogatorios a fin de evitarle una crisis de agresividad, tomando en cuenta que padece retardo mental (cfr. folios 33 y 68). El a quo, conforme se aprecia, no omitió evacuar el testimonio (cual lo recomendaba el médico), sino que dispuso recibirlo en las condiciones que se vienen exponiendo y de igual manera se escuchó la declaración de la testigo A. S. M., en virtud de que los juzgadores observaron su "estado de nerviosismo" cuando se le requirió en la sala de debates: reaccionó con llantos y gritos y expuso que deseaba declarar pero sin la presencia del justiciable, pues este último "... con la señora madre la había mandado a amenazar..." (folio 69). Estima la Sala que las razones que cita el a quo, considerando además la naturaleza de los hechos que se investigan (delitos de violación) y la circunstancia de que tanto la víctima como la testigo A. son hermanas del acusado, justifican plenamente la medida de recibir sus declaraciones en privado y sin que tuviesen contacto visual con el encartado. Aun cuando el

artículo 212 del Código Procesal Penal solo se refiere a la posibilidad de practicar este tipo de pruebas especiales en privado (es decir, en ausencia del público, dentro del cual no se incluye obviamente al imputado), es criterio de la Sala que este puede ser alejado de la audiencia cuando se atiende al valor de los bienes jurídicos en conflicto, así como con base en diversas normas jurídicas de jerarquía supralegal que ordenan ponderar los intereses de ciertos grupos de personas. Así ocurre con los menores de edad, respecto de los cuales y en virtud de normas positivas tanto de derecho interno como a través de instrumentos internacionales, se establece la prevalencia de su interés superior. En la especie, aunque las declarantes son mayores de edad, ha de recurrirse a las previsiones de la Convención para erradicar la violencia contra la mujer, introducida al derecho costarricense por ley N° 7499 de 2 de mayo de 1995 que, entre otras cosas, dispone: "Artículo 2. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual..."; "Artículo 3. Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado"; "Artículo 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: ... b) el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c) el derecho a la libertad y a la seguridad personales; d) el derecho a no ser sometida a torturas; e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f) el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g) el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos..."; "Artículo 7. Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; ... f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos". Es evidente que el disponer, en un caso como el que aquí se examina, que las testigos declararan en ausencia del justiciable, constituye una medida encaminada a proteger de manera primordial la integridad física, psicológica y moral de las

deponentes, atendiendo a las particulares circunstancias que se observan (ligamen consanguíneo, probabilidad de inducir graves crisis de agresividad en la víctima, existencia de amenazas por parte del acusado contra la otra testigo). Desde luego, normalmente será posible establecer un justo equilibrio entre los valores y derechos en conflicto, de modo que todos puedan ser satisfechos con un mínimo sacrificio y a ello deben dirigirse los esfuerzos de los juzgadores que en esto, como respecto de otros actos, han de buscar un sano balance y de ello deberá tomar nota el a quo en lo sucesivo. Así, será preciso que al aplicar estas medidas de *estricto carácter excepcional*, los jueces recurran a técnicas que en cuanto sea posible, impidan el contacto físico y visual entre el declarante y el acusado, pero permitan a este escuchar el testimonio y mantener algún tipo de comunicación con su defensor técnico; o incluso utilizar dispositivos que distorsionen la voz, si lo pretendido es proteger la real identidad física del deponente que podría ser identificado por ese medio; y sin perjuicio del alejamiento completo de la audiencia si el justiciable ejecuta conductas que ameriten adoptar ese tipo de acciones disciplinarias (por ejemplo: si profiere amenazas contra el testigo mientras este se halla en la sala), lo que en todo caso conviene se le advierta de previo al acusado. Ahora bien, aunque el Tribunal no recurrió a ninguna de esas técnicas, lo cierto es que la defensa no atina a concretar cuál fue el agravio real y efectivo causado a los Intereses de su defendido, sino que se conforma con invocar el derecho de este de presenciar la práctica de la prueba, derecho que, conforme se ha hecho ver, no es absoluto y así lo prevé nuestra ley positiva —al permitir que se aleje a un imputado mientras los demás coimputados rinden su declaración, aunque desde luego esta medida posee un fundamento diverso a los que aquí se analizan— y lo han reconocido este Despacho, la Sala Constitucional e incluso el voto N° 50 de 12 de enero de 2001 que cita quien recurre y que dictó el Tribunal Superior de Casación. Se obtiene del acta de debate (folio 49) que de inmediato al recibo de los testimonios, el Tribunal informó al imputado su contenido, haciendo así surgir la posibilidad de plantear preguntas o cuestionamientos y ejercer su plena defensa material, pues las testigos podrían haber sido interrogadas de nuevo, en presencia de la defensora técnica, como se realizó con anterioridad."

2001. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1226 de las 9.50 h del 14 de diciembre.

30. FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA. Individualización en cada caso concreto.

"En el primer motivo alega el recurrente indebida aplicación de los incisos 1), 3) y 4) del artículo 161 del

Código Penal e inobservancia de las previsiones de los artículos 1 y 50 del mismo texto. Señala que el a quo condenó al justiciable por los delitos de ABUSOS DESHONESTOS Y CORRUPCIÓN AGRAVADA EN CONCURSO IDEAL, sin especificar la pena impuesta a cada uno de ellos... El reparo no procede. Es cierto que los juzgadores debieron de especificar el monto de pena impuesto a cada uno de los delitos y no solo el quantum de la totalidad —como se hizo—, aun cuando se tratase de un concurso ideal. La determinación individualizada de cada una de las sanciones persigue, entre otros fines, que sea posible controlar y verificar que se respetaron y aplicaron en debida forma las normas que, precisamente, regulan la penalidad de los concursos; lo que no podrá hacerse si se establece un único monto. De no menor trascendencia es, como lo apunta el representante del Ministerio Público, la posibilidad de que alguna de las normas que reprimen los delitos en concurso sea modificada por el legislador (descriminalizando la conducta o algunas de sus formas de ejecutarla, o reduciendo la pena, por ejemplo); por lo que la referida individualización de cada una de las sanciones impuestas es indispensable para posteriores análisis de aspectos relacionados con el principio de que debe aplicarse la norma más favorable al acusado, al igual que tendría incidencia en supuestos de concurso real retrospectivo."

2001. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1000 de las 9.10 h del 19 de octubre.

31. FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA. Valoración de la falta de arrepentimiento.

"Si bien es cierto el pronunciamiento antes transcrito expresamente se circunscribe al análisis de la *ausencia de arrepentimiento* a efecto de determinar la concesión o rechazo del beneficio de ejecución condicional de la pena, por cuanto es el párrafo 1° del numeral 60 del Código Penal el que de modo expreso hace referencia a él, ello no impide que tal supuesto también resulte invocable al fundamentar el monto de la pena a imponer, pues estaría comprendido en el inciso f) del artículo 71 ibidem (conducta del agente posterior al delito). Aclarado lo anterior, se debe concluir que —tal y como se hizo en el caso que nos ocupa— la ausencia de arrepentimiento del imputado constituye uno de los parámetros que legítimamente podrán ser tomados en cuenta al fijar el quantum de la sanción, siendo requisito indispensable para ello que —eso sí— el mismo se haga derivar no del ejercicio del derecho de abstención por parte del acusado, sino de un comportamiento positivo suyo. En la especie se tiene que, al declarar en juicio, el encartado lanzó una amenaza directa a los presentes, al señalar que "en *algún momento*, a pesar de la pena que se le llegara a imponer, saldría de

la cárcel. Esta expresión, gracias a la riqueza de la oralidad y la inmediación, fue interpretada por los juzgadores como una *amenaza directa*, obviamente al considerar no sólo el contenido *literal* de las palabras que se articularon, sino el lenguaje no verbal y al comportamiento concluyente, es decir, la forma misma en la que estas se pronunciaron (al respecto puede consultarse "**Análisis del discurso oral en el proceso penal**", de Jorge Arturo Quesada Pacheco, San José, EUNED, 1998). Por lo anterior no resultan atendibles los reclamos del recurrente quien, como si se tratara de proceso escrito, pretende que se desconozca esa facultad interpretativa que posibilita el juicio oral, limitándose al contenido literal y aislado de dicha frase (que así analizada, entonces, carecería en absoluto de sentido). En virtud de lo expuesto, al no advertirse la presencia del vicio que hace notar la defensa, se declara sin lugar el motivo planteado."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 934 de las 9.15 h del 28 de setiembre.

32. IMPUTADO. Casos en los que es objeto de prueba.

"C. G. D., sentenciado a cuatro años de cárcel por el homicidio culposo de A. N. P., presenta demanda de revisión contra la sentencia 382-P-98 de las dieciséis horas treinta minutos del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, dictada por el Tribunal de Juicio de Puntarenas. Alega violación al debido proceso, ya que nunca se le advirtió —en su condición de imputado— si quería hacerse la prueba de alcoholemia, se le remitió al Hospital Monseñor Sanabria donde se le tomó una muestra de sangre cuyo resultado fue consignado en el Considerando de Hechos Probados del fallo, punto 3, indicando que tenía en su sangre doscientos un miligramos de alcohol por cada cien mililitros de sangre. Considera el accionante que dicha prueba es espuria, obtenida en detrimento de su integridad física y con violación del numeral cinco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el a *quo* utilizó dicha probanza para condenar al demandante y en una forma "*grosera e inusual*" le impuso cuatro años de prisión, negándole el beneficio de la condena de ejecución condicional a pesar de ser primario. La práctica ilegal de dicha alcoholemia conculca los artículos 175, 181 182 del Código Procesal Penal... **La revisión no es procedente.** Con la obtención de una muestra de sangre del imputado para efectos de establecer el nivel de alcohol en la misma no se conculca el debido proceso. Conviene analizar la figura del encartado tanto como sujeto y como objeto de prueba, pero es necesario de previo, analizar el contenido del numeral 39 de nuestra Constitución Política. El requerimiento para el

Estado de una necesaria demostración de culpabilidad del sospechoso, no es más que la instauración del principio de inocencia como parte del debido proceso; así se explicó en la discusión de esta norma constitucional: "...es el Estado el que va a convencer al inculgado y no éste al Estado, de su inocencia. Hasta que exista evidencia plena de que el procesado es culpable se le debe condenar." **(Ver Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Tomo II, página 517).** El derecho a ser considerado inocente aparece en diversos instrumentos normativos internacionales, en el ordinal 11 inciso 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el numeral 8 inciso 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14 inciso 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El párrafo 9 del Código Procesal Penal recoge este precepto. Este estado o principio de inocencia puede verse debilitado en el discurrir del proceso conforme se vaya obteniendo, evacuando e incorporando pruebas que den fuerza a la acusación presentada por el órgano fiscal, por ello: "*Para que desaparezca la presunción de inocencia, se requiere prueba que haya sido examinada y evaluada por las partes en el debate oral y público, y que la sentencia en que se decreta la culpabilidad, contenga un razonamiento (fundamentación), que racionalmente conduzca a la certeza de que el imputado es culpable. No es suficiente, por tanto, que la prueba se haya practicado con las garantías del debido proceso, sino que es necesario, que de la sentencia se pueda deducir, la convicción de que el imputado es el responsable del hecho delictivo acusado.*" (Ver José María Asencio Mellado. La prueba, garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2. Madrid, Publicaciones del Poder Judicial, N° 4, 1986, página 28). El artículo 40 de la Constitución Política prohíbe todo tratamiento cruel o degradante, por ende se hace necesario asegurar que los medios probatorios no transgredan la disposición constitucional. El ordinal 88 del Código Procesal Penal dispone: "*Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del Tribunal, serán admisibles intervenciones corporales, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contraponga seriamente a sus creencias. Tomas de muestras de sangre y piel, corte de uñas o cabellos, tomas de fotografías y huellas dactilares, grabación de la voz, constatación de tatuajes y deformaciones, alteraciones o defectos, palpaciones corporales y, en general, las que no provoquen ningún perjuicio para la salud o integridad física, según la experiencia común, ni degraden a la persona, podrán ser ordenadas directamente por el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio, siempre que las realice un perito y no las considere riesgosas. En caso contrario, se*

requerirá la autorización del tribunal, que resolverá previa consulta a un perito si es necesario. Estas reglas también son aplicables a otras personas cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad." Debe entonces quedar claro que cuando al encartado se le pida o exija hacer algo —es decir una conducta activa— entonces se convierte en sujeto de prueba y puede negarse a realizarlo, dado que la Constitución Política garantiza el derecho a no inculparse a sí mismo. Pero cuando el imputado es objeto de prueba —es decir cuando no implica un hacer de su parte— sino que es examinado por otros, su consentimiento no es necesario, siendo los límites legales fijados conforme a la utilidad, proporcionalidad y seguridad de la prueba efectuada, debiendo ser recabada por personal idóneo y sin poner en peligro la vida o integridad física del sospechoso. Las situaciones reales en donde el imputado es sujeto de prueba —salvo las declaraciones consentidas— son las menos, usualmente se ubicará como objeto de prueba y ello es consecuencia del principio de averiguación de la verdad real, al cual el nuevo procedimiento acusatorio reformulado no ha renunciado. En el caso concreto, la obtención de la muestra de sangre no ocasionó daño físico alguno al encartado, ni puso en peligro su vida, por lo que la pericia fue practicada conforme a Derecho y al buen hacer de los galenos del Hospital de Puntarenas, entonces no existe conculcación al debido proceso en este aparte de la demanda incoada y procede su rechazo."

2001. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 1132 de las 9.25 h del 23 de noviembre.

33. LECTURA DE LA SENTENCIA. Plazo legal para su realización.

"Señala quien recurre —con respaldo en el testimonio de escritura de folio 696, confeccionado por el impugnante—, que él se hizo presente a la sede del Tribunal el día fijado para la lectura de la sentencia y permaneció allí entre las quince horas con cincuenta y cinco minutos y las dieciséis horas con diez minutos, sin que el documento fuese leído. Por su parte, existe constancia suscrita por el Juez Licenciado M. A. P., donde se indica que al acto —convocado para las dieciséis horas—, no concurrió ninguna de las partes (cfr. folio 604) y otra, visible al mismo folio, según la cual *"... al ser las dieciséis horas y cuarenta y cinco minutos del 28-3-01, momento en el que se encontraba presente únicamente el Lic. J. L. R., a pesar de que ya había pasado la hora fijada para lectura integral de la sentencia y ninguna de las partes se hizo presente, los miembros del Tribunal Lic. M. A. P., Lic. J. Q. C. le indicaron a dicho licenciado que si era su deseo escuchar la lectura integral de la sentencia a lo que manifestó que no era*

su deseo" (sic). En esta tesitura y a pesar de que se observan discordancias entre los elementos a los que puede recurrirse para dilucidar el punto, considera la Sala que el reclamo carece de todo interés. En primer término, no intenta quien impugna sugerir cuál fue el agravio que se le causó, pues reconoce que el documento sentencial sí existía —aunque sin firmar— y de hecho tuvo acceso a él y procedió a fotocopiarlo, con el propósito de demostrar la falta de firmas ante esta sede. En segundo lugar, la Sala ha hecho ver, también en resoluciones de larga data, que el señalamiento de hora para la lectura integral del fallo corresponde a una cortesía hacia las partes, pues lo que sí es causa de nulidad es que tal acto se realice después del término fijado en la ley (ver, entre otros, los votos N° 362-F, de 9,30 h de 30 noviembre de 1990, N° 83-F, de 8,55 h de 20 de marzo de 1992; 96-F, de 8,45 h de 27 de marzo de 1992; y 544-F, de 8,55 h de 13 de noviembre de 1992, entre otros). Esto significa que, en el supuesto de que el Tribunal no pudiese cumplir con el acto a la hora exacta previamente definida (en virtud, por ejemplo, de que la deliberación requirió más tiempo del previsto), ningún vicio se origina, pues los juzgadores pueden modificar la hora de la lectura, siempre y cuando se mantengan dentro del término de tres días luego de clausurado el debate. Así, si el recurrente decidió esperar solo diez minutos después del momento señalado por el Tribunal, en la hipótesis de que este no pudiese dar lectura al fallo a la hora exacta prevista, como se dijo, por cortesía hacia las partes, ningún reproche puede ahora invocar, máxime si admite que el documento ya estaba confeccionado. Por último, se aprecia que dos de los juzgadores hicieron ver su disposición a efectuar el acto y el impugnante rechazó tal propuesta, pues prefirió obtener copias fotostáticas de la sentencia. En esta tesitura, no encuentra la Sala cuál fue el agravio que se le causó o de qué modo se le acarreo indefensión, ya que más bien decidió conformarse con tener acceso al documento escrito y renunciar a la lectura que se le ofrecía, con el aparente propósito de argüir luego un defecto que él mismo propició. Conviene apuntar, por último, que la ausencia de uno de los jueces al referido acto en que se leería el fallo, tampoco es motivo para decretar nulidad alguna, ni siquiera del acto de la notificación, aunque lo propio es que todos los miembros del Tribunal intervengan (ver, entre otros, el voto 455-F, de 8,45 h de 2 de octubre de 1992). El reclamo de que la sentencia no estaba firmada a la hora en que se señaló para leerla íntegramente, debe asimismo desestimarse. Con arreglo a las constancias de folios 604 y 605, se observa que los jueces Q. C. y A. P. firmaron el fallo el mismo día 28 de marzo del año en curso y al día siguiente lo hizo el cojuez C. C., en vista de que debió intervenir en otro juicio realizado en Guápiles. De lo dicho se infiere que

nos hallamos ante un supuesto de firma tardía —pues, como se expuso, en última instancia el fallo sí fue suscrito por todos los juzgadores—, que ninguna afectación real originó a los intereses y derechos de las partes (ver resoluciones de esta Sala N° 449-F, de 8,15 h de 2 de octubre de 1992; N° 423-F, de 9,10 h de 29 de julio de 1993; N° 337-F, de 9 h de 14 de junio de 1995; y N° 610-F, de 9,35 h de 13 de octubre de 1995, entre otras). Por las anteriores razones, se desestiman ambos motivos."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 831 de las 10.42 h del 24 de agosto.

34. MEDIDAS ALTERNATIVAS. No existe la obligación del juzgador de informar a las partes acerca de su existencia.

"Por otra parte, si bien el Transitorio IV de la Ley de Reorganización Judicial, Ley N° 7728 del 15 de diciembre de 1997, vino a permitir que se aplicara algunos de los nuevos institutos a los asuntos que debían continuarse tramitando bajo la anterior normativa procesal, en ningún momento se dispuso el deber para el juzgador —en estos casos— de informar o advertir a las partes sobre la posibilidad de solicitar su aplicación. De ahí que, esta Sala haya resuelto esta problemática indicando que si bien *"Es cierto que, de acuerdo con el transitorio cuarto de la Ley de Reorganización Judicial (N° 7728 de 15 de diciembre de 1997)... podrán aplicarse las medidas alternativas que él prevé (incluido el procedimiento abreviado), a los casos que deban finiquitarse con el Código de Procedimientos Penales de 1973... no existe ninguna disposición legal que obligue al tribunal a apercibir o advertir a las partes la existencia de ese transitorio y la posibilidad de aplicar esas medidas sustitutivas. Si las partes o el tribunal lo consideran conveniente, pueden proponer esa aplicación, debiendo resolver en definitiva el a-quo sobre su procedencia"* (Voto N° 873 de las 9.10 horas del 18 de setiembre de 1998). De acuerdo con lo expuesto entonces, no resulta atendible la queja de la defensa, pues en primer término la normativa procesal penal no puede estimarse como una ley más favorable, toda vez que la misma está reducida a la ley sustantiva; y, en segundo lugar, aun cuando la ley previó la posibilidad de aplicar algunas de las medidas alternativas previstas en la nueva normativa procesal a los asuntos que debían continuar tramitándose bajo el anterior procedimiento, nunca estableció la obligación para los juzgadores de advertir o informar a las partes en estos casos sobre esta posibilidad que se menciona."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 1147 de las 10.40 h del 23 de noviembre.

35. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. El tribunal que conoció del abreviado no puede conocer también del juicio ordinario.

"En determinado momento, la Sala Tercera admitió como posible que en un solo fallo el mismo Tribunal resolviese un procedimiento abreviado y otro ordinario, aún tratándose de personas a quienes se les atribuían los mismos hechos. Por ejemplo, en la sentencia N° 649-99 de las 9.05 horas del 28 de mayo de 1999, este Despacho indicó: *"Ante la solicitud de abreviar el proceso, el a-quo pudo disponer su resolución integral inmediatamente o resolverlo ... de manera conjunta con el fallo del juicio común, o bien, reservar la solicitud para definirla después de haber conocido el procedimiento ordinario"*. La resolución que en aquel entonces se examinaba fue dictada luego de un debate en el que los jueces primero aceptaron que seis de los nueve imputados que eran juzgados en esa causa se acogiesen al procedimiento abreviado, tras lo cual pospusieron fallar lo pertinente hasta que se cumpliera con el juicio ordinario de los restantes acusados, para emitir una sola sentencia. Cabe advertir que el fallo de esta Sala mencionado líneas atrás se produjo en un momento en el que aún no se habían precisado todos los alcances del procedimiento abreviado, instituto que comenzó a aplicarse con la vigencia del Código Procesal Penal a partir del 1° de enero de 1998. Esta figura generó importantes discusiones en torno al problema de cómo debía entenderse la normativa que la regula, no sólo por parte de los órganos encargados de resolver causas penales, sino también por la misma Sala Constitucional (recuérdese, por ejemplo, el cambio en la jurisprudencia de ese Alto Tribunal respecto de si debía prevenirse o no al imputado que solicitaba la aplicación del procedimiento abreviado sobre su derecho de abstenerse de declarar, tema en relación con el cual no fue sino hasta hace relativamente poco tiempo que tomó una posición que pareciera definitiva, en el sentido de que no debe formularse tal prevención al justiciable en las causas donde pide se aplique este instituto). Este Despacho también ha sido crítico de sus propias sentencias, de modo que cuando hay motivo para ello ha rectificado o precisado sus criterios jurisprudenciales. Uno de los temas en los que ha variado su posición es precisamente el de la posibilidad de que un órgano jurisdiccional pueda resolver (ya sea simultáneamente o en momentos distintos) con idéntica integración un juicio ordinario y un procedimiento abreviado derivados de una causa en la que figuren como acusadas personas a quienes se les atribuyen los mismos hechos. Tal como se dijo, en alguna oportunidad se admitió que ello era posible. Sin embargo, tiempo después de emitido el fallo aludido, esta Sala dictó la resolución N° 1999-01336, de las 9.40 horas del 22 de octubre de 1999 (se aclara que el cambio en la forma como se numeran los votos obedece a ajustes que durante ese año

debió implementar el Poder Judicial con ocasión de la puesta en funcionamiento del Sistema Costarricense de Información Jurídica). En esta última sentencia se resolvió un recurso de casación en el que se discutía si resultaba conforme a Derecho que en una causa contra dos sujetos, los mismos integrantes de un Tribunal primero dictasen una sentencia con ocasión de un procedimiento abreviado solicitado por uno de ellos y luego emitiesen otro fallo —esta vez siguiendo el proceso ordinario— respecto del segundo. Este Despacho resolvió que tal proceder atenta contra el principio de imparcialidad que debe regir la actuación del cuerpo juzgador. Expresamente se indicó que ese tipo de actuación por parte de un Tribunal resultaba "... absurdo ya que ninguna imparcialidad podía mantener para juzgar a ... luego de haber deliberado y expresado el juicio de certeza necesario para condenar a ... pues a ambos se les atribuyó haber participado conjuntamente en el mismo hecho, tanto es así que la relación de hechos probados de las dos sentencias condenatorias citadas son exactamente iguales." Así comienza a delinearse la posición que actualmente sostiene esta Sala, toda vez que reconoce que el ánimo del cuerpo juzgador se ve viciado respecto de un juicio ordinario seguido contra ciertos sujetos, si ese órgano —con idéntica integración— ha conocido antes un procedimiento abreviado contra otro individuo, cuando a los imputados en ambos casos se les atribuyen los mismos hechos. Lo anterior se debe a que la aceptación de los cargos por parte del justiciable ante un Tribunal de Juicio (distinto es —cabe advertirlo— el caso cuando se presenta la gestión en la Audiencia Preliminar) obliga a este órgano a determinar si además del dicho del acusado hay más pruebas útiles para sustentar su condena, con lo cual queda comprometido su criterio respecto de otros imputados a quienes se les juzga por los mismos hechos y que no han intentado abreviar el proceso. Posteriormente, mediante la sentencia N° 2000-00342 de las 10.20 horas del 31 de marzo de 2000, este Despacho conoció en casación un asunto en el que figuraban dos acusados; el órgano de mérito "homologó" el acuerdo al que llegaron las partes de celebrar un procedimiento abreviado respecto de uno de los imputados y dispuso diferir la lectura de la resolución hasta que finalizase el debate ordinario contra el otro justiciable. En esta sentencia, se dijo que lo actuado "... implica un grave error procesal, pues el abreviado es un procedimiento especial, con una reglamentación propia que impone al Tribunal el deber—salvo que estime necesario escuchar a las partes en audiencia— de dictar sentencia **en forma inmediata**, sea aprobando el procedimiento o rechazándolo para continuar la tramitación del asunto en forma ordinaria y esa es la manera correcta de entender lo que dispone el numeral 375 del Código Procesal Penal. No puede el Tribunal decir que homologa el acuerdo —sin retirarse a deliberar— y diferir para un momento procesal posterior el dictado del fallo, porque tal proceder es incompatible con

la naturaleza misma de este procedimiento especial. Menos aún puede supeditarse el razonamiento y dictado del fallo de un proceso abreviado, a la celebración del juicio contra otro coimputado, para luego dictar una sentencia conjunta, como sucedió en este caso, porque con ello se desnaturaliza la finalidad misma del procedimiento especial, pero además se irrespetan las reglas del proceso ordinario, porque se resuelve en sentencia, luego de un juicio oral y público, un asunto que no fue debatido en esa audiencia y para el cual no se siguió el procedimiento establecido —intimación, declaración del acusado, recepción de prueba, emisión de conclusiones, etc.—". La negrilla es del original. Como puede apreciarse, la "mezcla" de procedimientos no es posible en el ordenamiento costarricense cuando los hechos que deben discutirse mediante las distintas modalidades procesales son los mismos y se atribuyan a dos o más sujetos. Lo anterior obedece esencialmente a dos razones. La primera es que se desnaturalizan ambos institutos, tanto el juicio ordinario como el procedimiento abreviado. Aquél porque se desarrolla teniendo como imputado a una persona cuya situación jurídica no se está dilucidando mediante las audiencias orales y públicas; éste porque una vez aceptado que se realice, en principio debe decidirse inmediatamente —de conformidad con las reglas previstas en los artículos del 373 al 375 del Código Procesal Penal— si se acoge y se dicta el fallo condenatorio o si se rechaza la aplicación del instituto y se reenvía la causa para que se lleve a cabo un proceso ordinario. La segunda razón es que aceptar la solicitud de que se practique un procedimiento abreviado implica que el acusado ha de haber aceptado los cargos y esto —cuando se realiza ante un Tribunal de Juicio— incide sobre su ánimo respecto de la responsabilidad de otros encartados que son juzgados por los mismos hechos, ya que esa manifestación debe cotejarse con el elenco de prueba admitida (recuérdese que la Sala Constitucional ha sido clara al exigir que la condena mediante un procedimiento abreviado debe estar sustentada en material probatorio aparte del acuerdo entre las partes y la aceptación de cargos que haga el imputado —ver sentencias 4864-98 y 1124-99 de ese órgano—) y así necesariamente se forma un criterio sobre la intervención de los demás sujetos en los hechos en tomo a los cuales gira el juicio. Así, pese a que en el primer caso reseñado (sentencia 649-99 ya indicada) se expresó un determinado criterio, con posterioridad al dictado de ese fallo, el tema en cuestión ha sido reexaminado por esta Sala —tal como lo demuestran las resoluciones aquí comentadas—, de modo que la conclusión a la que se ha llegado y que se mantiene vigente hoy día es la siguiente: **contraviene el debido proceso, por quebrantarse el principio de objetividad del cuerpo juzgador, que los jueces quienes resuelven un procedimiento abreviado conozcan del juicio ordinario (o viceversa), en**

aquellos casos en que deban decidir mediante la aplicación de esas modalidades procesales la responsabilidad penal de sujetos acusados por los mismos hechos. Este criterio se basa en que hacer tal cosa contraviene garantías —particularmente la de la imparcialidad de los jueces— previstas en el ordenamiento constitucional (artículos 35 y 42 de la Constitución), en instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y en la misma ley procesal penal (artículos 1, 3 y 6, principalmente, del Código respectivo). La posición que hoy se defiende parte de la premisa de que para resolver el procedimiento abreviado debe respetarse su reglamentación, pues es un instituto muy específico. Así, lo primero que se requiere es que se pida al órgano competente la abreviación del proceso; lo segundo es que las partes lleguen a un acuerdo y que el justiciable acepte los cargos y dé su consentimiento para que se aplique la figura. Una vez efectuado lo anterior, debe analizarse si procede o no la solicitud y, en caso de que proceda, si se acoge el procedimiento abreviado o si se rechaza y se reenvía el asunto para el trámite ordinario. Ahora bien, dependiendo de la normativa de forma que rige para cada causa concreta, pueden darse las siguientes situaciones en lo que atañe a la tramitación del abreviado: a) en los asuntos que se desarrollan de conformidad plena con el Código Procesal Penal, el Juez de la Etapa Intermedia recibe la solicitud y determina su procedencia, tras lo cual elevará el caso para que sea conocido —en cuanto al abreviado— por un Tribunal integrado por un solo Juez de Juicio (ver artículos 374 y 375 del Código Procesal Penal, relacionados con el numeral 96 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial); vale la pena recordar que actualmente se puede requerir esta modalidad procesal hasta antes de dictarse el auto de apertura a juicio, de modo que cualquier gestión posterior a ese momento será rechazada por extemporánea, con lo cual se evitan complicaciones como las que motivan esta sentencia; b) en los asuntos iniciados con el anterior Código de Procedimientos Penales y que contasen con auto de elevación a juicio o con providencia de citación a juicio, la aplicación del procedimiento especial puede requerirse incluso hasta antes de se tenga por abierto el debate, lo cual implica que puede formularse la petición cuando ya el Tribunal —que es colegiado— se encuentra integrado para conocer el juicio. En este último supuesto, si es un solo imputado, por economía procesal carece de interés que se lleve a cabo el abreviado en la forma prescrita en el Código Procesal Penal, pues significaría un despilfarro de recursos y tiempo el separar a uno de los integrantes del cuerpo juzgador para que atienda el procedimiento especial. Sin embargo, si son dos o más los imputados y sólo alguno (o varios) piden abreviar

el proceso, entonces sí es indispensable —para salvaguardar el principio de imparcialidad— que se separe a alguno de los integrantes para que conozca de la solicitud, resuelva si la misma es procedente y, en caso de que lo sea, emita el pronunciamiento de fondo aceptando o rechazando la aplicación de la figura. En esos casos deberá suspenderse el juicio ordinario para que se sustituya al miembro separado. Lo anterior obedece a que una vez que un juez ha conocido la aceptación de cargos por parte del encartado, ineludiblemente su ánimo se verá afectado por lo que exprese el justiciable, pero se verá aún más influenciado luego de que coteje su dicho con la prueba que conste en el expediente y determine si debe condenarlo o no. En ese sentido, el juez o los jueces (si se trata de un Tribunal) que examinan la procedencia del procedimiento abreviado —lo cual implica que han conocido el acuerdo de las partes, la aceptación de cargos por el imputado, etc.— ya se han formado un criterio en cuanto a la adecuación de los hechos acusados con la realidad. Por ello, si **aparte del que pide abreviar el proceso** hay **otros imputados** a quienes se les atribuyen **los mismos hechos**, los juzgadores que intervinieron en la determinación respecto de si es de recibo el procedimiento especial ya no pueden conocer el ordinario en relación con los **demás justiciables** a quienes se les endilga responsabilidad por el mismo ilícito en que se basa el abreviado. Obviamente que el conocer la aceptación de los cargos por parte del justiciable no inhibe al Tribunal de Juicio para atender **el abreviado** (salvo, como se expuso, si antes hubiesen resuelto un ordinario contra acusados por los mismo hechos), ya que lo anterior es precisamente un requisito para que este tipo de procedimiento se lleve a cabo y, en todo caso, debe cotejar su dicho con el resto de prueba que consta en autos. Ahora bien, sí sería posible que tratándose de varios imputados a quienes se les acusa por **distintos hechos**, el mismo Tribunal resuelva un procedimiento abreviado requerido por alguno de los encartados y luego celebre el juicio ordinario, **siempre y cuando el hecho en torno al cual gira el instituto especial no sea atribuido a los otros sujetos**, aunque formen parte de una sola causa. Por ejemplo, piénsese que los individuos A, B y C son acusados por el delito de Robo Agravado cometido en una determinada fecha y a C se le acusa además por un Robo (Simple o Agravado, para los efectos del ejemplo da igual) acaecido otro día o en el que figura otro ofendido. En un supuesto así, si C pide se le aplique el abreviado por el Robo que sólo se le atribuye a él, no hay problema alguno de que se lleve a cabo el trámite respectivo por el mismo Tribunal que seguidamente conocerá el juicio ordinario por el otro hecho. Lo que no podría suceder —con base en el mismo ejemplo— es que A pida el abreviado, el Tribunal lo estime procedente y a continuación ese mismo cuerpo juzgador celebre el debate del proceso ordinario respecto de los demás sujetos, ya que tendría viciado su ánimo por la aceptación de cargos

que efectuó A, lo cual implica —por ser un hecho atribuido también a B. y a C.— que de forma tácita informó a los jueces que esos otros dos acusados también intervinieron."

2002. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 200 de las 9.20 h del 8 de marzo.

36. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. No constituye un derecho para el imputado.

"Del análisis de los votos de la Sala Constitucional arriba mencionados se deriva que aún en el caso de que el defensor del sentenciado no le hubiera puesto en conocimiento la posibilidad de optar por el procedimiento abreviado, no se le ha vulnerado derecho alguno, puesto que contó con una defensa amplia y con todas las garantías del juicio oral. Aquella sala ha considerado que *"El proceso penal no busca en forma exclusiva, ni siquiera principal, la solución más favorable al imputado, sino el respeto de sus derechos fundamentales y la averiguación de la verdad de los hechos. En ese sentido, no puede decirse que exista un derecho del imputado a que se le beneficie con un proceso abreviado"* (voto 9804-99). Ante consulta por reclamo del gestionante en el sentido de que ni la defensa, ni el Ministerio Público le advirtieron de la posibilidad de optar por el procedimiento abreviado, la Sala Constitucional consideró que no hubo violación al debido proceso, y reiteró el argumento de que no existe un derecho fundamental al procedimiento abreviado (resoluciones 07177-99 y 04978-00). También sostuvo, que no lesiona el debido proceso la falta de advertencia, por parte del Tribunal, de la posibilidad de aplicación del proceso abreviado en un caso determinado sometido a su conocimiento (fallo 05927-99) y que tampoco hay lesión cuando el defensor omite informar a su defendido de la existencia de medidas alternativas al proceso penal en la causa que culminó con la sentencia condenatoria del imputado (voto 03361-01). Siguiendo el razonamiento de dichos fallos, la omisión del defensor de informar a su cliente que puede optar por un procedimiento especial (abreviado), que le permitirá rebajar la pena, no es violatorio del debido proceso, puesto que no existe un derecho fundamental al abreviado, ya que lo que este proceso persigue no es la solución más favorable al acusado, sino que se le respeten sus derechos, los que encuentran su mayor expresión en el juicio ordinario oral, al cual se sometió el gestionante. Si no se da una infracción al debido proceso cuando el profesional en derecho omite informar a su cliente sobre las soluciones alternativas, que evitan el juzgamiento de la persona sujeta a proceso y la culminación de la causa, según estableció la Sala Constitucional, tampoco se vulnera cuando lo omitido conlleva la condenatoria e imposición de una pena, evitando el juicio común."

2002. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 99 de las

10.25 h del 2 de febrero.

37. PRUEBA. Cadena de custodia de la prueba. Violación en la forma como se obtiene.

"Finalmente, esta Sala también observa que en efecto, tal y como lo acusan los representantes del acusado, en la especie se quebrantó la debida cadena de custodia de la prueba en cuanto a la forma de realizarse el allanamiento practicado en la casa de habitación de este último, ubicada en Barrio C. de L. En este sentido, tal y como consta en el expediente, luego de iniciarse esta diligencia a las veintiuna horas y cuarenta y cinco minutos del día 6 de mayo del año dos mil, debido a que no se encontraba nadie en el lugar la Jueza Penal de Limón decidió suspender el acto minutos después, sin que existiera motivo o razón legal alguna (salvo el dicho de la ausencia de personas en el lugar) para no continuar con el acto, decidiéndose proseguir el día siguiente. En el acta específicamente se indica que *"Se allana [la habitación o casa del imputado y], al no haber nadie en la vivienda se deja sellado y custodiada la misma por la guardia civil; señalándose para la continuación de la diligencia, para el día de mañana"* (folio 30 vto.). Asimismo, al reanudarse nuevamente la diligencia, lo único que se hace constar en el acta respectiva es lo siguiente: *"Constituida la suscrita Juez de Turno, Licda. M. M. R., a las 18 horas del 7 de mayo del año dos mil, en la casa de J. D. H., ubicada en los alrededores del parquecito A. S...en coordinación con la policía judicial y administrativa, así como... representantes del Ministerio Público Lic. E. B. y Lic. R.*

A....Primero se inicia con un rastreo..." (folio 31). Como se observa de lo transcrito, en ningún momento la autoridad jurisdiccional, ni el Ministerio Público, ni la Policía Judicial, procedieron, como en derecho correspondía, a asegurar el lugar y los rastros o pruebas del delito, pues lo único que se desprende de lo actuado es que, en un primer momento, se allanó la casa del encartado y luego se dejó sellada, siendo custodiada por la guardia civil, esto el día seis de mayo. En tanto el día siguiente al continuarse con la diligencia, en un segundo momento, de acuerdo con lo que arroja el acta levantada al efecto, no se acreditó en qué condiciones se encontraba la casa ni quién o quiénes eran las personas u oficiales que estaban custodiando este sitio. En otras palabras, con este proceder se evidencia, sin mayor dificultad, que se actuó sin el cuidado debido en el aseguramiento o custodia del lugar, pues: 1) No se indica qué tipos de sellos se utilizaron en la casa y en qué lugares se colocaron, aspecto esencial en la medida que se desconoce si la vivienda tenía varias puertas de acceso, varias ventanas, o bien si la misma tenía problemas en su construcción que hicieran posible su ingreso por otros sitios, a saber el techo, una pared en mal estado, etc. 2) No se señala cuántos y quiénes fueron los oficiales de la guardia civil que se quedaron vigilando el lugar. Asimismo, no consta que se haya llevado un acta (o

bitácora) en donde se indicara los eventuales cambios de turno o vigilancia que se habían presentando. 3) Cuando nuevamente se continúa con la diligencia de allanamiento, la jueza no hace constar en el acta correspondiente cómo encontró el lugar; o sea, si los sellos permanecían en el sitio o sitios en donde se habían colocado o bien se existía alguna alteración de relevancia. 4) Tampoco se indica quiénes fueron los oficiales que se encontraban vigilando o custodiando el lugar cuando nuevamente se continuó con el allanamiento. Este último aspecto, si bien en tesis de principio pareciera que no resulta importante, ante la omisión de la jueza penal de establecer cómo encontró el lugar, eventualmente dichos oficiales hubiesen servido de testigos para determinar si la escena del delito se había modificado o alterado. En otras palabras, con el actuar de la Licda. M. M. R. se produce un serio cuestionamiento sobre el debido cuidado de la prueba y pureza, pues, como se dijo, no cumplió con las reglas mínimas que se exigen en estos casos para asegurar el sitio y la eventual validez de las probanzas que del acto se pudieran derivar. Ante este hecho, en criterio de los suscritos Magistrados existe un grosero defecto en la actuación realizada por la autoridad jurisdiccional, avalada incluso tanto por los oficiales de policía que participaron en el operativo como por los representantes del Ministerio Público, los Licenciados R. A. O. y E. B. R., quienes nunca se preocuparon por hacer ver a la Licda. M. R. sobre la toma de las provisiones que resultarían necesarias a nivel legal para asegurar el lugar, ni se dieron a la tarea de cumplir a cabalidad con sus funciones, v. gr. supliendo eventualmente la omisión en la que incurrió dicha jueza (al respecto, puede verse de esta Sala el **Voto N° 368-F** de las 8.55 h del 14 de agosto de 1992). Así las cosas, habiéndose violentado la cadena de custodia de la prueba en la causa por las razones antes citadas, agravadas por el hecho de que la autoridad jurisdiccional no realizó de inmediato y dentro de las horas permitidas, como correspondía, la diligencia de allanamiento, se declara ineficaz esta actuación, así como toda la prueba que de ella se derive, independientemente de lo que se hubiese encontrado en el lugar, dado que al no cumplirse con lo requerido por el ordenamiento jurídico (formas en el procedimiento y obtención de la prueba), los elementos de convicción obtenidos se toman dudosos y no podrían ser tomados en cuenta para su valoración."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 917 de las 10.00 h del 21 de setiembre.

38. PRUEBA PERICIAL. Requisitos formales. Validez.

"Por otra parte, si bien es cierto el artículo 218 del Código Procesal Penal establece que el dictamen pericial

se presentará por escrito, firmado y fechado, la ausencia de uno de los requisitos formales, en este caso la firma, no necesariamente ha de conducir a su nulidad y a su consecuente supresión como elemento probatorio, debiendo sopesarse otras circunstancias, entre ellas, la posibilidad de que la persona que rindió el dictamen, informe oralmente en las audiencias, o bien determinar que efectivamente el profesional que se indica fue el que realizó la pericia, a efecto de que las partes, en uso de su derecho de defensa, puedan interrogar al perito, lo que no ocurrió en la presente causa, por cuanto las partes, procesalmente no objetaron la incorporación por lectura del dictamen cuestionado, ni gestionaron la presencia del profesional o bien de la persona que refrendó la experticia, en este caso la doctora I. M. G., jefe de la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, pese a que esta última profesional así lo solicitó, ofreciendo aclarar o adicionar el dictamen —ver folio 523—. Por ello **sin lugar** el motivo."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 791 de las 10.10 h del 20 de agosto.

39. PRUEBA TESTIMONIAL. Derecho de abstención. Validez de las manifestaciones espontáneas.

"El tema propuesto por el recurrente ya ha sido examinado por esta Sala en diversas resoluciones y con distintos resultados (cfr. votos N° 650-F-93, de 15,25 horas de 23 de noviembre de 1993; N° 294-98, de 9,44 horas de 27 de marzo de 1998; N° 297-98, de 9,53 horas de 27 de marzo de 1998; N° 122-2000, de 9,15 horas de 4 de febrero de 2000; N° 968-2000 de 10,20 horas de 25 de agosto de 2000, entre otros). Sin embargo, conforme se expone en las dos últimas sentencias citadas (122-2000 y 968-2000), el criterio que finalmente se ha impuesto, con arreglo también a la jurisprudencia constitucional, consiste en que las manifestaciones rendidas espontáneamente a terceros por quienes luego se acogen a su derecho de abstenerse de declarar, constituyen elementos de prueba lícitos y que en forma válida pueden ser considerados por los juzgadores en sustento de sus decisiones. El criterio de la "espontaneidad" ha de ser interpretado restrictivamente y, así, no podrán recibir ese calificativo las manifestaciones que se hayan hecho ante ciertas autoridades que omitan advertir al testigo de la existencia de su derecho de abstención (policías, fiscales, jueces, etc.), o bien las que sean resultado de una orden judicial (por ejemplo, las rendidas ante peritos forenses); pues ellas integran parte del curso mismo del proceso. En cambio, sí son espontáneas las narraciones de hechos que los testigos con derecho de abstenerse de declarar hagan fuera del proceso, ante personas que no están

obligadas a formular advertencia alguna e independientemente de si realizan o no una función pública. En el presente caso, el fallo encuentra asidero en las declaraciones de la señora P. R., maestra de la menor ofendida y de M. J. M., Trabajadora Social del Patronato ante quien la niña fue enviada por la propia escuela. Tales testimonios dan cuenta de lo que la madre y la víctima les narraron de modo espontáneo, sin que mediase orden judicial de ninguna índole ni se hubiese dado inicio al proceso y, por esas razones, constituyen pruebas lícitas en las que los juzgadores podían apoyarse para fundar la sentencia. Desde luego, ninguna de las testigos estaba obligada a advertir a las personas que se citan de la existencia de un derecho de abstención, ni se enteraron de los hechos por mediar orden judicial y, al contrario, cabe a los funcionarios públicos el deber de denunciar las acciones delictivas de las que tengan conocimiento en ejercicio de sus cargos. Así las cosas, ambos motivos deben rechazarse, en tanto no existen los defectos que se apuntan a la fundamentación del fallo, ni a la validez de las probanzas en que se basa."

2002. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 100 de las 10.30 h del 8 de febrero.

40. RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO. Formalidades. Validez cuando lo realiza la Policía Judicial.

"En cuanto al reconocimiento fotográfico, si bien el impugnante cita el artículo 230 del Código Procesal Penal, que dispone que *"Cuando sea necesario reconocer a una persona que no esté presente ni pueda ser habida, su fotografía podrá exhibirse a quien deba efectuar el reconocimiento, junto con otras semejantes de distintas personas, observando en lo posible las reglas precedentes"*, en realidad esa diligencia se efectuó con base en las regulaciones del anterior Código de Procedimientos Penales, cuyo numeral 259 establece que *"Cuando sea necesario reconocer a una persona que no estuviere presente ni pudiese ser habida, podrá exhibirse su fotografía a quien debe efectuar el reconocimiento, junto con otras semejantes de distintas personas. En lo demás, se observarán las disposiciones precedentes"*. En todo caso, como puede fácilmente apreciarse, ambas normas son semejantes. No debe dejar de señalarse que, en el caso concreto, se efectuó tal diligencia, como un medio de identificación de los partícipes en el hecho, pues el denunciante M. F., no los conocía. Al respecto, ha dicho la jurisprudencia: **"No tiene razón el recurrente y, en esa virtud, no puede acogerse su reclamo. Ciertamente el justiciable fue originalmente individualizado gracias al reconocimiento que de él hicieron sus víctimas en el archivo fotográfico criminal del Organismo de Investigación**

Judicial. La diligencia se efectuó poco después del hecho delictivo objeto de este proceso judicial, cuando apenas se iniciaban las diligencias policiales tendentes a individualizar o identificar a las personas que habían participado como autores o cómplices en el robo agravado descrito en la denuncia formulada por los quejosos. Enteradas las autoridades de los hechos ocurridos, sin la menor idea, tanto ellas como los propios ofendidos, de la identidad de los autores, lo normal, lógico y corriente, es que las indagaciones policiales se inicien con un esfuerzo para individualizar a los posibles delincuentes, lo que, a su vez, es una de las finalidades de los procesos penales. En esas circunstancias, no hay indiciado alguno, y menos defensor, por lo que resultaría imposible pretender que a las diligencias policiales de reconocimiento fotográfico tuvieran que asistir, para su validez, partes inexistentes de un proceso que apenas empieza a perfilarse. En esas condiciones de realización, los reconocimientos fotográficos previos adquieren realidad histórica, porque existen, aunque jurídicamente adolecen de falta de elementos formales exigidos por la ley para esas mismas diligencias, pero cuando ellas se producen o ejecutan ya iniciado el proceso judicial, básicamente cuando el justiciable no está presente o no puede ser habido a efectos de su reconocimiento personal. Así, los reconocimientos fotográficos previos, realizados al inicio de la investigación policial, por existir como realidades históricas, tienen un valor indiciario que no podría negárseles y, en esa virtud, junto con otros indicios graves y concordantes u otras pruebas, pueden válidamente servir de fundamento a una sentencia penal, condenatoria o absolutoria, según el caso. Sobre este particular, ver votos de esta Sala N° 374-F-93 de 9:25 hs. del 9 de julio de 1993; 622-F-93 de 9:45 hs. de 12 de noviembre de 1993; y 300-F-94 de 9:20 hs. de 5 agosto de 1994, en los que el tema fue tratado con extensión". (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, número 00910-98 de 14.37 horas del 29 de setiembre de 1998). También se ha dicho que: *"El reconocimiento fotográfico que se hace constar en el folio 6 del expediente fue desarrollado como una actividad policial previa al proceso; con ese acto solamente se procuraba conocer quién era la persona a la que se debía investigar. Dicha diligencia, además, encuentra respaldo en lo dispuesto en el artículo 166 del Código de Procedimientos Penales de 1973 y también, tal como lo señala el representante del Ministerio Público en este procedimiento (ver folios 157 y 169), en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial. Hay que hacer ver que la policía tiene el deber de investigar los delitos que se denuncien. Para ello, claro está que los investigadores policiales necesitan hacerse una idea de quién puede ser la persona responsable del suceso. Por eso, si el reconocimiento fotográfico se realiza para obtener esa información preliminar—previa al proceso mismo—, mal podría exigirse que intervenga una autoridad jurisdiccional y hasta un de-*

fensor, ya que aún no puede amenazarse los derechos de persona alguna. Ya esta Sala se había pronunciado en el mismo sentido que lo hace ahora; ver la sentencia N° 2000-00435 de las 10.35 horas del 28 de abril del año en curso". (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 2000-01012 de 10.20 horas del 1° de setiembre del 2000). En forma más detallada se ha manifestado que: "El planteamiento del defensor parte de una premisa falsa que le conduce a conclusiones erróneas e inaceptables, pues pretende aplicar a un acto de mera orientación investigativa policial (como lo es el reconocimiento fotográfico que en algunos casos se acostumbra practicar en el archivo criminal), todas las exigencias y requisitos propios de un acto formal verificado dentro de un proceso jurisdiccional, al punto de insistir en que aquella diligencia debió llevarse a cabo siguiendo al pie de la letra el trámite previsto para el anticipo jurisdiccional de prueba, lo cual resulta excesivo e improcedente. En efecto, la diligencia que se objeta (en relación a la cual no se aprecia ningún vicio que la deslegitime o haga dudar de su transparencia y confiabilidad) simplemente constituyó un acto inicial tendiente a orientar la investigación, máxime si se considera que para ese momento ni siquiera se contaba con una individualización del autor del hecho. Siendo ello así, no existe ningún obstáculo para que se lleve a cabo ese tipo de diligencias, cuyo resultado obviamente (tal y como se hizo en este caso) deberá ser confirmado a través de los elementos que logren evacuarse en el proceso jurisdiccional...En relación al tema de la legitimidad de los reconocimientos fotográficos practicados a nivel policial, como un simple acto tendiente a orientar la investigación, la jurisprudencia de esta Sala, que no comparte el abogado recurrente, ha señalado que "... el Código Procesal Penal no sólo prevé el reconocimiento "en rueda de personas" sino también el fotográfico, artículo 259 (igual al 230 actual). Y si bien esa norma está dirigida al Juez, debe relacionarse con las que determinan las obligaciones y atribuciones del Organismo de Investigación Judicial. Así, el artículo 44 del citado Código señala: "La Policía Judicial será una dependencia del Poder Judicial encargada de auxiliar a los tribunales penales y al Ministerio Público en el **descubrimiento** y verificación científica de los delitos y **de sus presuntos responsables**. Funcionará con el nombre de "Organismo de Investigación Judicial". En sus actuaciones **se aplicará lo dispuesto por este Código y, supletoriamente, lo que disponga su Ley Orgánica**" (negrilla suplida). (Mismas disposiciones que contempla el artículo 1 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial). El numeral 161 *ibídem* (igual al 67 actual), como función de la Policía Judicial, estatuye "**identificar y aprehender preventivamente a los presuntos culpables**". (La negrilla no es del original). (En igual sentido véase artículo 3° de la Ley Orgánica citada). Agrega el ordinal 8 de la Ley últimamente mencionada, que "El Organismo practicará todas las

investigaciones y diligencias que juzgue oportunas para la comprobación del delito e **identificación del delincuente**, observando las normas de la instrucción". De lo transcrito se puede concluir que entre las labores de investigación, queda comprendida la identificación del presunto imputado, recurriendo, entre otros métodos, al reconocimiento fotográfico. En el presente asunto, consta que se cumplieron las estipulaciones legales, por lo que el reclamo se declara sin lugar..." (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 300-F-94, de las 9.20 h del 05 de agosto de 1994), por lo que no se advierte ningún vicio o irregularidad en la fundamentación del fallo condenatorio que se impugna". (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 2001 -0077 de 14.50 horas de 14 de agosto de 2001; ver además voto 25-98 de 10.10 horas de 9 de enero de 1998). También se ha tocado el tema de reconocimientos fotográficos o haber observado fotografías de la persona a reconocer previo al reconocimiento en rueda de personas. Al respecto, se precisó: "En la sentencia que se recurre se analiza también el reconocimiento judicial, sin que se considere que se trata de un acto viciado. El que el ofendido haya observado las fotografías de los imputados con anterioridad no vicia ese reconocimiento; antes bien tal situación está prevista como posible, de conformidad con el artículo 228 del Código Procesal Penal, que establece que la persona que efectuará el reconocimiento de otra debe indicar si la conoce, si la ha visto con anterioridad o después del hecho, y en qué circunstancias. Al momento de valorar la prueba, el juzgador deberá considerar todos esos aspectos de interés. Puede suceder que antes de un reconocimiento, quien deba realizarlo haya visto a la persona en fotografía, en la televisión, en un periódico, personalmente o de cualquier otra forma, sin que ello impida o vicie el reconocimiento judicial. Simplemente así se hará constar y el juzgador analizará esa circunstancia. Considerando que el haber observado fotografías de los sospechosos no constituye un vicio que afecte el reconocimiento judicial posterior, sino una circunstancia a considerar al momento de analizar la totalidad de la prueba, como lo hizo el Tribunal de Mérito en este caso, no puede concluirse que existe duda en la participación del imputado... Tampoco del análisis de los elementos probatorios allegados a la causa se deriva que el ofendido haya sido inducido en el reconocimiento. Si bien le fueron mostradas fotografías de los imputados, en ausencia de fotos de otras personas con características físicas semejantes, bien pudo el ofendido no señalarlos como los autores, como lo hizo cuando le fueron mostrados los álbumes fotográficos, o pudo no haberlos reconocido en la diligencia judicial, como sucedió con otros ofendidos que identificaron a los imputados en el Organismo de Investigación Judicial, y no lo pudieron hacer en el reconocimiento judicial". (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 2001-00459 de 9.45 horas del 18 de

mayo de 2001; en igual sentido, voto 435-2000 de 10.35 horas del 28 de abril de 2000). No puede dejar de mencionarse la siguiente resolución de la Sala, pues la posición referida encuentra respaldo en la doctrina: "Contrario a lo que señala el recurrente, el artículo 228 del Código Procesal Penal contempla la posibilidad de que el reconociente conozca a la persona a identificar ya sea por su nombre y apellido o bien solo de vista, como además que la haya observado personalmente o en imagen (por ejemplo, en la televisión, los periódicos o en fotografías). En lo que interesa, indica el citado numeral: "Antes del reconocimiento, quien deba hacerlo será interrogado para que describa a la persona de que se trata, diga si la conoce o si, con anterioridad, la ha visto personalmente o en imagen. Además, deberá manifestar si después del hecho ha visto nuevamente a la persona, en qué lugar y por qué motivo". Dicho en otras palabras, no es un requisito de validez de la diligencia que quien deba realizarla haya visto una sola vez el objeto de observación sin embargo, no obstante la eficacia del acto, el Tribunal deberá hacer un análisis exhaustivo del mismo para determinar el crédito que merece, ya que no se desconoce que su resultado puede verse afectado por situaciones como las que denuncia el quejoso. En este sentido, indica José Cafferata Nores: "La identificación por fotografías no invalida el reconocimiento personal posterior, aunque puede afectar su valor conviccional. (...) En todo caso (no solo policial) de reconocimiento fotográfico anterior al personal, la eficacia probatoria de este último (el personal) no será la misma que si aquel acto (el fotográfico) no se hubiese practicado. La interposición de la fotografía en el curso del proceso reconocitivo (y la consecuente posibilidad de superposición de imágenes), no podrá ser ignorada al momento de valorar sus resultados." CAFFERATA NORES; José, La prueba en el proceso penal, Buenos Aires: Depalma, 1988, p.141". (Sala Tercera voto 0072-2001 de 10.00 horas de 19 de enero de 2001; véase además voto 2001-00060 de 9.00 horas del mismo 19 de enero de 2001)."

2002. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 208 de las 9.45 h del 8 de marzo.

41. RECURSO DE CASACIÓN. Desistimiento de parte del Ministerio Público. Procedencia y formalidades.

"...la figura del desistimiento de los recursos de casación promovidos por el ente acusador, ha partido del supuesto de que el Fiscal que interviene en su trámite ostenta una posición jerárquica superior a la de aquel que ha recurrido el fallo de instancia. Tradicionalmente, esto encuentra justificación en los principios de unidad y jerarquía que caracterizan al Ministerio Público, según los

cuales, la Fiscalía es única en el País y sus funciones las ejercen profesionales que actúan en representación delegada por el Fiscal General. Aplicado esto a la materia de los recursos, se comprende por la diversa gravedad de las infracciones punibles y ante la responsabilidad que implica declinar una impugnación promovida, que esa función se haya encomendado a Fiscales de amplia trayectoria, por ejemplo, la figura de los Fiscales del Tribunal de Apelaciones, que resultaban ser de una categoría jerárquica superior a la del Agente Fiscal (artículo 467, Código de Procedimientos Penales de 1973). Así, aunque en el voto 190-2.001 recién citado, se acogió un desistimiento que formulara un Fiscal de Casación, la Sala estima conveniente replantearse lo resuelto. Al menos en lo que atañe a los recursos de casación promovidos por el Ministerio Público ante esta Sala, debe acotarse que si el legislador ha priorizado la intervención del Fiscal General en su trámite, ello ha sido así, por considerar que los delitos conocidos en esta instancia generalmente son de suma gravedad o se refieren a procesos complicados. Por eso, si por la naturaleza del asunto o por lo complejo de su trámite, existe un evidente interés público en su adecuada resolución —como indudablemente también debe existir en los recursos conocidos ante el Tribunal de Casación— resulta pertinente que sea el jerarca de la institución fiscal quien acuda ante el Tribunal de la materia que juzga los delitos de mayor gravedad, para hacer valer los intereses de su representado. Ahora bien, aun cuando en el actual sistema se atribuye al Fiscal General la función de asistir a las audiencias orales ante esta Sala (artículo 25 inciso I) de la Ley Orgánica citada), lo cierto es, que por el desempeño de sus múltiples ocupaciones —según ha indicado esa Autoridad— ha delegado su representación en una unidad especializada, conformada por un grupo de Fiscales que se apersonan en esta sede y dictaminan lo que corresponda. No obstante, ello no puede implicar una autorización generalizada para desistir de las impugnaciones promovidas por otros fiscales, sean adjuntos, auxiliares, o fiscales propiamente dichos, pues **la renuncia impugnativa incoada por el ente acusador se fundamenta en una necesidad de control interno dentro del Ministerio Público, acerca de la forma y contenido de los recursos presentados por los fiscales.** Precisamente, para evitar arbitrariedad la ley exige que el dictamen fiscal contrario a la impugnación, sea motivado, es decir, con exposición concreta de las razones objetivas que se oponen a continuar el procedimiento impugnativo. Vistas así las cosas, para que el desistimiento fiscal del recurso promovido ante este Tribunal cumpla su función, **debe gestionarlo directamente el Fiscal General, o al menos, la solicitud del fiscal actuante debe encontrar refrendo, con sustento autónomo, por dicho jefatura.** Solamente de esta manera se evitarían inconsistencias insalvables, como sería, permitir el desistimiento de un recurso por parte de

un fiscal que ostenta la misma jerarquía que el impugnante (lo que ocurre en la especie), o lo que resultaría absurdo, que un fiscal desistiera de un recurso incoado por un Fiscal Adjunto, pues en ambos casos no se cumpliría con el control interno de legalidad, al que tiende el instituto comentado (sobre el principio de jerarquía véase los artículos 1, 14 y 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público). Esto es importante, porque de acuerdo a la estructuración interna del Ministerio Público, éste lo encabeza el Fiscal General, pudiendo actuar en su lugar —por ausencias temporales— el Fiscal General Adjunto y luego en un nivel inferior, se ubican los Fiscales Adjuntos que dirigen y coordinan las funciones de los Fiscales y Fiscales auxiliares, existiendo entre estos últimos un vínculo similar, pues los auxiliares dependerán directamente de los Fiscales (artículos 20, 21, 25, 26, 29 y 30 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, vigente). Otra posibilidad que resulta viable en el sistema de impugnación vigente y que se ajusta a la normativa que rige la actuación del Ministerio Público, consiste en que en lugar de gestionar directamente el desistimiento ante el Tribunal o Sala de Casación, los fiscales de la unidad especializada en esta materia previamente soliciten autorización al Fiscal General o al Fiscal General Adjunto o convoquen al Fiscal que interpuso la impugnación, para que la mantenga por su cuenta ante esta sede o la Superioridad designe a otro Fiscal que no discrepe del contenido de la impugnación planteada, para que se apersona en el proceso y sustente los argumentos presentados originalmente. Teniendo en cuenta lo anterior, a fin de constatar o no, si en el caso presente, el licenciado G. M. ostentaba o no alguna función jerárquica superior sobre quien recurre, licenciado V. V., mediante resolución de esta Sala de 13.15 horas del 1º de noviembre de 2001, se ordenó al Fiscal General de la República informar al respecto (cfr. folio 223). En lo que interesa, el licenciado C. A. N., Fiscal General de la República, expresó que: "... los licenciados M. G. M. y V. J. V. V. ocupan los puestos de Fiscal sin que entre ellos exista rango jerárquico mayor debido a que ocupan la misma jerarquía. Por último cabe indicar que el licenciado G. M. se desempeña como Fiscal en la Unidad de Casación y el licenciado V. V. V. (sic) funge como Fiscal en la Unidad de Sustracción de Vehículos, unidades que en sus funciones son totalmente independientes..." (Cfr. oficio agregado entre folios 227 a 228). De lo que se lleva expuesto en este Considerando, se colige que entre ambos profesionales no existía la relación de jerarquía explicada, pues ocupan puestos de similar rango en la institución fiscal. En consecuencia y no contándose con la aprobación del Fiscal General para proceder conforme se gestiona, lo adecuado es declarar sin lugar el desistimiento intentado."

2002. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 251 de

las 9.45 h del 15 de marzo.

42. RECURSO DE CASACIÓN. Necesidad de distinguir los motivos. Reclamo por el fondo.

"Finalmente, en el quinto motivo del recurso el Lic. M. G. alega violación de los artículos 22, 71 y 161 del Código Penal, y 39 y 41 de la Constitución Política toda vez que, en su criterio, no existe prueba alguna por medio de la cual se haya logrado acreditar de que efectivamente los tocamientos que refieren las ofendidas en realidad ocurrieron. Agrega así que, *"por el contrario, con las contradicciones de estas menores, la supuesta comisión del hecho a vista y paciencia de las compañeras en horas del día, sin abstraerse de la publicidad, sin sujeción a la privacidad, nos demuestra ni más ni menos que las menores están mintiendo y que la pena impuesta a está (sic) mal aplicada. En primer lugar, el Tribunal sujeta su sentencia en una acusación carente de fundamentación y contradictoria"* (folio 507 vto.). Además, *"en el presente caso [según lo explica Carlos Creus] no ha existido evidencia demostrativa acerca de que mi defendido haya realizado aproximaciones con las menores ofendidas de significación sexual evidente, véase que la prueba ha sido abundante en cuanto a que todas las educadoras de la escuela, la Directora, el Padre del pueblo, madres de hijas alumnas del imputado, nunca lo vieron aproximándose a la menores estudiantes (sic), sentándolas en sus regazos, tocándolas debajo de un mantel, nunca (sic) lo vieron siquiera ni supieron (sic) por interpuestas personas... que don O. tocaría a las ofendidas y otras alumnas"* (folios 507 vto. y 508 fte.). **El reclamo no es de recibo.** En primer término, el recurrente no cumple con las formalidades y requisitos que la normativa procesal establece para la interposición del recurso (Arts. 471 y 477 del Código de Procedimientos Penales de 1973), pues no obstante que acusa una violación o quebranto de la normativa sustantiva, específicamente de los artículos 22, 76 y 161 del Código Penal, sus alegatos se orientan a cuestionar de manera indirecta la aplicación de dichas disposiciones a partir de un análisis de la prueba, incluso un análisis subjetivo, lo que resulta a todas luces improcedente. Se olvida así que, tal y como lo dispone la normativa de rito, cada uno de los motivos o reclamos en los que se base la inconformidad deben estar no sólo debidamente separados, sino que además los fundamentados formulados deben corresponder al defecto que se intenta reprochar o reclamar. En otras palabras, no puede el quejoso acusar conjuntamente aspectos o reclamos de naturaleza diferente, cuyo tratamiento debe ser expuesto o desarrollado de manera independiente. Así, si en el caso que nos ocupa se estimaron incorrectamente aplicados los artículos del Código Penal que se citan, la labor del impugnante se debió orientar a demostrar que *"el juez ignora la existencia o se resiste a reconocer la existencia de una norma jurídica en vigor, o considera como norma*

jurídica una que ya no está o que no ha estado nunca vigente... o cuando incurre en un error en la interpretación o en la elección de la norma, aplicando a los hechos una distinta de la que corresponde" (DE LA RÚA, Fernando. "S *Recurso de Casación*", Víctor P. Zavalía Editores, Buenos Aires, Argentina, 1968, p. 103), pero nunca a cuestionar la prueba y el análisis que sobre la misma se realizó para acreditar la existencia de un vicio por el fondo. De estimarse que se ha producido una incorrecta o insuficiente valoración de la prueba, o bien que el juzgador no fundamentó debidamente el fallo, el defecto acusado se debió de interponer como un quebranto por la forma, a fin de determinar si en efecto se incurrió en dicho error, y no como lo hace el quejoso cuestionando una aplicación indebida de la normativa de fondo. De no cumplirse con lo señalado, a la luz de lo dispuesto en la normativa procesal de cita, el recurso debe ser rechazado ad portas."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 1147 de las 10.40 h del 23 de noviembre.

43. REVOCATORIA DE LA INSTANCIA. Cambio jurisprudencial en relación con menores de edad.

"Esta Sala en resolución 01040-99 de 20-08-99, haciendo un análisis global de la normativa sobre menores de edad, en conjunto con el voto 7115-98 de 06-10-98 de la Sala Constitucional, consideró que no es posible la revocatoria de la instancia cuando el ofendido es menor de edad, integrando la revocatoria de la instancia a las figuras de la conciliación, la deserción y el desistimiento, que el Código de la Niñez y la Adolescencia expresamente señala como no aplicables cuando están involucrados menores. Examinado nuevamente este aspecto, esta Sala reconoce que los menores de edad sí pueden revocar la instancia, por supuesto analizando cada caso concreto para determinar su procedencia en ese asunto particular. Un gran avance en materia penal de menores lo constituyó el paso de la doctrina de la situación irregular de la ley tutelar de menores, en la que éstos eran considerados como objeto de protección, a la ley de justicia penal juvenil en la que se les tiene como sujetos activos de derechos y obligaciones. Para la tutela de los derechos de los menores de edad en general, el Código de la Niñez y la Adolescencia vino a desarrollar principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Es así como el artículo 12 de la Convención establece que debe darse al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, teniéndose debidamente en cuenta su opinión, tutela que también recogen los artículos 14 inciso b), 105, 107 inciso a), 114 inciso f) todos del Código de la Niñez y la

Adolescencia. El artículo 24 de ese código protege el derecho a la integridad y el 25 a la privacidad. Los artículos 5 y 112 se refieren al interés superior del menor en la toma de cualquier decisión. Por su parte el artículo 108 legitima a la persona mayor de quince años para actuar como parte. Con este marco jurídico analizaremos el punto en discusión. Se ha considerado que la capacidad jurídica de los menores de edad no es plena, sino que está en desarrollo (voto 7115-98 mencionado en el cual se declaró no inconstitucional la prohibición de conciliar para los menores de edad). Partiendo de esta premisa, se sostiene que el niño no tiene igual capacidad que un adulto para tomar una decisión de la trascendencia que tienen éstas en asuntos sometidos a conocimiento de las autoridades judiciales. Si frente al niño, en posición de sujeto procesal contrario se encuentra un adulto su vulnerabilidad y desigualdad de condiciones se acrecienta. Sin embargo, esta posición no ha sido congruente con el trato que se da a los menores que enfrentan como infractores un proceso penal, a los que se les exige la misma responsabilidad que a los adultos. Ante el derecho penal sustantivo deben responder como lo haría una persona mayor de edad, sin que allí se considere que su capacidad jurídica no es plena, sino que está en desarrollo. La misma aseveración se hizo para tener por válida la decisión del menor de someterse a un procedimiento abreviado: "*Primero que nada, se parte que el menor es sujeto de derechos —según lo explicado en los considerandos anteriores—, que lo hace merecedor del reconocimiento de todas las garantías y derechos procesales, y que en consecuencia tiene plena capacidad jurídica para actuar en el proceso de que es objeto en procura de la mejor satisfacción de sus intereses. Por ello resulta impropia e inconstitucional la jurisprudencia consultada del Tribunal Superior de Casación Penal que rechaza la aplicación del procedimiento abreviado en el juzgamiento de menores bajo la consideración de que al menor le es imposible tener plena conciencia de las consecuencias jurídicas de los hechos admitidos, lo cual estima —esta jurisprudencia— es incompatible con el desarrollo psicosocial del menor. El admitir este criterio inmediatamente nos lleva a concluir que el menor es un "incapaz", en el sentido técnico jurídico, a modo de una "capitis diminutio", lo cual puede conducirnos al absurdo de que sería imposible someterlo a un proceso penal en tanto —por su condición de menor— no puede tener conciencia de sus implicaciones jurídicas, y mucho menos de la imposición de una sanción de índole penal. Según lo señalado anteriormente, este era el criterio adoptado por la derogada teoría de la situación irregular, la cual está superada en la teoría de la protección integral del menor, reconocida en la legislación vigente"* (voto 08885-2000 de 14.54 horas del 11 -11 -00 de la Sala Constitucional). Si se le reconoce al menor de edad capacidad completa para decidir como acusado, bajo la presión que significa estar ante el aparato penal, en asuntos en que está en juego su

libertad, no hay razón para negársela cuando juega el papel de víctima. Y no puede en términos absolutos decirse que el interés superior del niño, cuando se encuentra en la condición de ofendido, será siempre que los procesos lleguen hasta el final, dando como razón que, por su condición de minoridad, no estará en capacidad de decidir lo que más le conviene. El Código de la Niñez y la Adolescencia es claro en establecer cuáles institutos no pueden aplicarse cuando involucren el interés de un menor de edad: la deserción, el desistimiento (artículo 119) y la conciliación (artículo 155). No podría, por analogía, extenderse esa prohibición a la revocatoria de la instancia, sin violentar el principio de legalidad y prohibición de analogía, máxime cuando se protege legalmente su derecho a ser oído y a tomar en cuenta su opinión en los asuntos judiciales. En el caso bajo examen la ofendida, ante requerimiento del Ministerio Público sobre si quería revocar la instancia o continuar con el proceso, manifiesta su voluntad de que éste no siguiera. Por ser mayor de quince años para ese momento, ya podía decidir por sí, de conformidad con el artículo 108 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y el 17 del Código Procesal Penal, pues si le permite denunciar directamente a quien es mayor de esa edad, ha de interpretarse que también en ese caso puede revocar la instancia sin necesidad de que lo haga su representante legal. La joven solicita en forma vehemente que no se siga con esa causa, que más perjuicio que beneficio le podría traer. No quiere recordar esa etapa de su vida, ya superada. De ninguna manera podría sostenerse que el interés superior de Y. exige que la causa siga adelante. Que ella deba hacer frente a un juicio en el que de nuevo deberá narrar sucesos que quiere olvidar. El ser llamada nuevamente al proceso podría afectar el hogar que ahora formó y el que quiere preservar, según expresó. Desde el inicio de la causa la joven ha solicitado que no encarcelen al imputado, puesto que la relación sexual con él fue consentida y en cierta forma alentada por ella, que le dijo a A. que quería irse de la casa de los abuelos. Posteriormente, cuando ya su voluntad podía ser tomada en consideración, reitera su deseo de que la causa no siga adelante, dando razones de índole personal y familiar. No quiere injerencias en su integridad y privacidad, derecho que le debe ser tutelado. El seguir adelante con esta causa afectaría su tranquilidad y vida familiar y en vez de buscar la protección a sus derechos, se le estarían menoscabando. Y no se cuenta con elemento alguno para asegurar, ni aun suponer, que la voluntad por ella expresada no sea libre y voluntaria, puesto que según se desprende de la causa no ha vuelto a tener contacto con el imputado. Su deseo de no continuar con la causa se dirige a proteger su tranquilidad personal y familiar, según indicó."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 1079 de

las 9.25 h del 9 de noviembre.

44. REVOCATORIA DE LA INSTANCIA. No requiere de frases o formalidades sacramentales.

"...el Tribunal sí expuso las razones por las cuales consideró que procedía la revocatoria de la instancia con base en la manifestación de la ofendida, según se describe en el considerando II de la sentencia, sobre análisis de fondo. Argumenta el Tribunal que para la fecha de los hechos la ofendida contaba con más de catorce años, por lo que se encuentra comprendida en el supuesto del artículo 18 inciso 1 del Código Procesal Penal y dado que, al momento de manifestar que no tenía interés en que la causa se siguiera, tenía más de quince años de edad, el artículo 108 del Código de la Niñez y la Adolescencia le da legitimación como parte para actuar personalmente. El que sea menor de edad, se analizará al resolver el siguiente motivo. Los términos en que se dio la manifestación son suficientemente claros como para derivar de ellos la voluntad de la víctima. Nuestro sistema procesal penal no requiere de fórmulas sacramentales, que se sustentan en el conocimiento por parte de los sujetos procesales, de ritos y términos que en la realidad para los participantes no letrados son desconocidos. Para que sea comprensible para todos, el derecho debe desprenderse de los conceptos oscuros y rígidos, y el juez aprehender la voluntad de las partes a través de sus manifestaciones, aunque no contengan las frases sacramentales. Por esas mismas razones es que esta Sala procede a examinar el reclamo formulado, no obstante que se encuentra indebidamente titulado. En el presente caso es claro que la ofendida lo que desea es que la causa no siga adelante, sin ninguna condición previa para el imputado. Es esta precisamente la consecuencia de la revocatoria de la instancia: no se continúa con el proceso, sin que el imputado deba cumplir de antemano alguna condición. Y la manifestación de la joven es libre y espontánea, puesto que se desprende de la causa que no ha vuelto a tener contacto con el imputado. Por otro lado, el hecho de que no fuera ella la denunciante no es impedimento para que posteriormente revoque la instancia, y el tener o no derecho de abstención no tiene relación con lo que aquí se está reclamando. Por lo indicado, sin lugar el motivo."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 1079 de las 9.25 h del 9 de noviembre.

45. SENTENCIA. Corrección de errores. Agravio como medida de la nulidad.

"De conformidad con los artículos 110, 396, 399 y 400 inciso 5) del Código de Procedimientos Penales de 1973, y 39 y 41 de la Constitución Política, en su segundo motivo del recurso, el Lic. M. G. acusa la nulidad del fallo

condenatorio dictado en contra de su defendido al considerar que —cuando se toma la decisión— se quebrantaron las reglas sobre la deliberación y redacción que se encuentran previstas en la normativa procesal de cita. Señala que indebidamente, luego de leerse la parte dispositiva de la sentencia y antes de realizarse la lectura integral de la misma, los juzgadores variaron el pronunciamiento, ya que en un primer momento—cuando leyeron la parte dispositiva— le impusieron a su defendido la pena de dieciséis años de prisión. Sin embargo, posteriormente al solicitarse que se adicionara la mencionada parte dispositiva, se le rebajó la pena al tanto de doce años, aplicando así lo previsto en el artículo 76 del Código Penal... **El reclamo no es atendible.** Tal y como lo ha indicado esta Sala en reiteradas oportunidades, para que prospere la nulidad de un fallo, cualquiera que sea éste, el recurrente debe demostrar que —como consecuencia del defecto o vicio acusado— se le produjo efectivamente un perjuicio irreparable, el cual afectó no sólo su derecho de defensa, sino también el debido proceso. Con este criterio se logra superar la vieja tesis de la nulidad por la nulidad misma, pues para poder declarar la ineficacia de un acto o resolución se requiere que se haya producido un agravio real a quien lo solicita. Así, en lo que interesa, se ha dicho que *"La tesis de la nulidad por la nulidad misma ha sido superada por la jurisprudencia de esta Sala, acogiendo el criterio del agravio como medida del recurso, de manea que para justificarse la anulación de un acto debe hacerse derivado del mismo un agravio o perjuicio concreto a la parte que lo reclama. Reiterada jurisprudencia de esta Sala ha transformado la función de la nulidad, al establecer que la nulidad procesal sólo se decreta cuando el vicio en que se incurre cause indefensión o no pueda ser subsanable"* (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia V-124-F, de las 8.30 horas del 25 de junio de 1986, entre otras)" (**SALA TERCERA DE LA CORTE**, Voto N° 398 de las 16.35 horas del 25 de junio de 1997). Ahora bien, señalado lo anterior, en la presente causa el quejoso en ningún momento establece y acredita cuál fue el perjuicio o agravio sufrido con el proceder del Tribunal, pues lo único que dice es que, luego de haberse leído la parte dispositiva del fallo, se adiciona este extremo de la sentencia, reduciéndose la pena impuesta al justiciable R. P. de **dieciséis a doce años de prisión**, ello de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 22 y 76 del Código Penal que regulan cuándo estamos ante concurso material y cuál es la penalidad que debe fijarse en dicho caso. En todo caso, cabe agregar que esta Sala no observa defecto alguno en el actuar del Tribunal, pues el artículo 110 del Código de Procedimientos Penales que el quejoso menciona establece precisamente que el órgano jurisdiccional, **"En cualquier momento anterior a la notificación de oficio, podrá aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las**

resoluciones, o adicionar su contenido si se hubiese omitido resolver algún punto controvertido en el juicio, siempre que tales actos no importen una modificación a lo resuelto". Y se estima que no se encuentra vicio alguno en este proceder, pues antes de notificarse formalmente el fallo mediante su lectura integral (párrafo tercero del artículo 396 del código de rito citado) y ante una omisión esencial al dictarse el pronunciamiento, cual era aplicar los artículos 22 y 76 de la normativa sustantiva, adicionó un punto que dejó de resolver. Además, con esta variación a la parte dispositiva, en realidad no se está modificando lo resuelto, que sería el único límite o prohibición que el ordenamiento exige en estos casos, pues al encartado se le condenó por varios delitos de abusos deshonestos, pero... se obvió aplicar a su favor, y nunca en su perjuicio, la disminución de la pena impuesta en razón de tratarse de un concurso material."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 1147 de las 10.40 h del 23 de noviembre.

46. SOBRESSEIMIENTO DEFINITIVO. Procedencia ante el vencimiento del sobreseimiento provisional. Cómputo del plazo.

"Reprocha la impugnante, en los dos motivos de su recurso, inobservancia de los artículos 2, 176 y 177 del Código Procesal Penal y errónea interpretación de lo dispuesto en los artículos 178 y 314 del mismo texto. En resumen, alega que los juzgadores dispusieron de oficio y contrariando la ley, el sobreseimiento definitivo del justiciable tras estimar que el Ministerio Público incumplió con el plazo de un año por el que se decretó el sobreseimiento provisional, ya que no gestionó en su oportunidad la reapertura de la causa. En primer término, considera quien recurre que no debió aplicarse el artículo 178 del Código de rito, pues si algún defecto existió (al celebrarse la audiencia preliminar y ordenar la apertura a juicio del asunto, sin que de previo se ordenase continuar las investigaciones) fue "de mero trámite" y no de carácter absoluto. Apunta que ella formuló la acusación y la referida solicitud de apertura el día 31 de julio del dos mil y que por un error del personal administrativo de la Fiscalía no se trasladó al Juez de la Etapa Intermedia sino hasta el 22 de agosto del mismo año (tomando en cuenta que el plazo del sobreseimiento provisional vencía el tres de agosto). En esta tesitura, concluye que no puede afirmarse que la solicitud se hizo después del término, sino cuando aún no había transcurrido. Además, por no tratarse de un defecto absoluto, podía ser convalidado y así ocurrió, desde que la defensa no hizo comentario ni objeción alguna contra la acusación y los actos defectuosos cumplieron los fines propuestos. Finalmente, señala la Fiscal que lo decidido por el Tribunal de juicio, al disponer de oficio el

sobreseimiento definitivo, conlleva una errónea inteligencia de las reglas previstas para la interpretación de las normas relativas a los poderes y derechos de los sujetos procesales, pues de tal manera se limita el ejercicio de las atribuciones del Ministerio Público. **Los reparos son manifiestamente improcedentes.** El artículo 30 inciso m) del Código de rito dispone que la acción penal se extingue: *"Cuando no se haya reabierto la investigación dentro del plazo de un año, luego de dictado el sobreseimiento provisional"*. Por su parte, los párrafos segundo y tercero del artículo 314 ídem señalan: *"Si nuevos elementos de prueba permiten la continuación del procedimiento, el tribunal, a pedido de cualquiera de las partes, admitirá la prosecución de la investigación. Si dentro del año de dictado el sobreseimiento provisional no se solicita la reapertura, se declarará, de oficio, la extinción de la acción penal"*. De la lectura de ambas normas se extrae con claridad que el legislador previó un plazo dentro del cual es posible allegar nuevos elementos de juicio y, en su caso, podrán las partes interesadas solicitar ante el Tribunal la reapertura de los procedimientos. En la especie, no se observa ningún problema de interpretación de las normas, como se afirma en el recurso, sino de negligencia del Ministerio Público que no formuló la solicitud correspondiente dentro del año por el que se dispuso el sobreseimiento provisional, a pesar de que desde varios meses atrás contaba ya con elementos de prueba que en su criterio le permitirían elevar el asunto a juicio. Ha de entenderse que el plazo dicho funciona como cualquier otro en lo relativo a las partes y por ello, no es la fecha que estas inserten en sus escritos la que permitirá controlar el cumplimiento del término, sino la de su recibo por el órgano jurisdiccional llamado a resolver. Atender las pretensiones de la recurrente, en el sentido de que se entienda que ella confeccionó la solicitud (a través de la acusación) dentro del plazo, sería tanto como admitir un recurso presentado fuera de término solo porque las partes afirman haberlo confeccionado antes de su vencimiento. Lo que las normas precitadas exigen no es una mera intención, ni actuaciones generales de las partes —en tanto no es a estas, incluido el Ministerio Público, a quienes corresponde autorizar que el proceso continúe y avance a otras fases—, sino una específica voluntad manifestada en forma de solicitud ante el Tribunal competente y siempre, por supuesto, dentro del plazo previsto en la ley, sin que posea a estos efectos relevancia alguna la fecha que inserten en sus escritos. En esta tesitura y atendiendo a que en el referido plazo no se formuló ninguna petición de proseguir las investigaciones, se imponía decretar el sobreseimiento definitivo y no existe, por ende, reparo alguno que hacer a lo resuelto por el a quo. Así las cosas, se declara sin lugar el recurso y se ordena testimoniar las piezas que correspondan ante el señor Fiscal General de la República, para lo de su cargo."

2001. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 939 de

las 9.40 h del 28 de setiembre.

47. SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA. Revocatoria. Cómputo del plazo de la medida.

"Como bien indican la recurrente y el señor representante del Ministerio Público, de conformidad con el artículo 30 inciso f) del Código Penal **la acción penal se extingue por el cumplimiento del plazo de suspensión del proceso a prueba sin que ésta sea revocada.** El trámite para la revocatoria se contempla en el artículo 28 de dicho Código: ante el conocimiento de que el imputado no está cumpliendo con las condiciones impuestas o comete un nuevo delito, el Tribunal debe dar audiencia por tres días al imputado y al Ministerio Público y luego resolver. Como claramente señala la ley, lo que impide la extinción de la acción penal es la revocatoria de la suspensión, y no el incumplimiento de las condiciones, el cual es más bien la causa de la revocatoria, previa oportunidad a las partes para pronunciarse. La estructura del proceso actual, de corte acusatorio, espera el impulso de las partes en el proceso y sanciona la inactividad de éstas, como bien señala el fiscal al mencionar los incisos l) y m) del artículo anotado. En el análisis de las normas, además del acatamiento del artículo 2 del código procesal que ordena la interpretación restrictiva de aquellas que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso, debe observarse los principios que lo informan. Es así como el actual código, en procura de una mayor celeridad, redujo plazos y previó sanción procesal por inactividad de las partes. Ante estos principios, mal podría interpretarse, como lo hizo el Tribunal al resolver la solicitud de sobreseimiento de la defensa (folio 152), que el dictado de la resolución que revoca la suspensión, después de transcurrido el plazo, sanea la omisión de hacerlo dentro de ese plazo. Lo que el Código establece con toda claridad es que si no se ha revocado la suspensión y se cumple el plazo, se extingue la acción penal. **(En este sentido el voto 00528-01 de quince horas cincuenta y seis minutos del treinta y uno de mayo del presente año, dictado por esta Sala).** La interpretación que hace el Tribunal amplía el alcance de la norma en perjuicio del acusado, lo cual no es permitido. Argumenta el Tribunal que la tesis de la defensa implicaría que por el paso del tiempo aunque constara el incumplimiento del plan reparador, de manera tácita se debería tener por aprobada la suspensión del proceso a prueba, aún en contra de uno de sus presupuestos. Señalan que eso implicaría una burla a ese Instituto y su consecuente desnaturalización. La tesis de la defensa en modo alguno implica eso. El informe del sistema penitenciario dando cuenta de que el acusado no estaba cumpliendo las condiciones impuestas se recibió en el Tribunal **seis meses antes del vencimiento del plazo.** Sin embargo, es hasta **un mes después de cumplido el plazo,** sea siete meses

después de recibido el documento, que se da audiencia a las partes sobre él. Si se hubiera actuado con diligencia, había tiempo suficiente para dar la audiencia y resolver lo pertinente dentro del plazo de la suspensión. La inercia de los sujetos procesales no puede perjudicar a quien no estaba en la obligación de actuar. Los tribunales están en el deber de resolver lo que corresponda en cuanto reciban escritos en la causa, so pena de provocar efectos como el del presente caso. Cabe agregar que también debe el Ministerio Público mantener alguna atención sobre el cumplimiento de las condiciones de la suspensión del proceso a prueba, lo que puede hacer a través de un permanente y adecuado contacto con las oficinas administrativas encargadas de realizar dicha vigilancia, sobre todo en un caso como el presente en que el delito afecta la colectividad y no existe una víctima individualizada. Tal atención le permitiría verificar, con el tiempo necesario antes de que se venza el plazo, si el imputado está cumpliendo con las condiciones que se le impusieron para otorgarle el beneficio, de manera que no ocurra una situación como la presente."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 783 de las 9.30 h del 20 de agosto.

48. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Errores materiales. Alcances.

"La Sala ha verificado que los autos dan razón al recurrente, no a la Fiscalía, pues si se dictó una prórroga extraordinaria de la instrucción respecto del imputado D. H. A., tras lo cual transcurrió más de un año y luego se dictó un sobreseimiento obligatorio en su favor, resulta erróneo revocar ese sobreseimiento obligatorio basándose en la tesis de que el nombre de ese imputado había sido incluido por error en la prórroga extraordinaria dispuesta. Puede ser cierto que inicialmente se tratara de un error material, pero en este caso hay dos factores que no se pueden perder de vista: A) que la Fiscalía no reclamó oportunamente la enmienda de ese defecto, sino que lo protestó hasta después de haber transcurrido más de un año, en el momento en que ese imputado fue incluido en el sobreseimiento obligatorio; B) que la enmienda del defecto implica una modificación esencial de la parte dispositiva (o resolutive) de la prórroga extraordinaria. Es importante tener presente que el artículo 109 del Código de Procedimientos Penales señalaba lo siguiente: «*Los tribunales podrán corregir los errores puramente materiales que tuvieran sus resoluciones, en cualquier tiempo*». Conforme a esta norma no hay límite temporal para la posibilidad de enmendar errores puramente materiales que contenga una resolución judicial, pero ello es así —interpreta esta Sala— siempre y cuando la corrección, o mejor dicho *rectificación*, no implique modificar

sustancialmente lo resuelto, aspecto que se desprende de lo dispuesto en los artículos 110 y 484 de ese mismo texto legal (cfr. artículos 146, 147 y 433 en el nuevo Código Procesal Penal de 1996). Sobre el artículo 109 se comentaba: «*Existe un error material cuando se dijo algo diferente de lo que se quiso decir. Para que pueda existir un error material debe extraerse del contexto de la resolución que se cometió un error de este tipo. No podría por este medio modificarse lo resuelto. Difiere este artículo del correspondiente del Código de Córdoba, que establece un término [de tres días] para la corrección de los errores materiales*» (el subrayado es suplido, LLOBET, Javier: *Código de Procedimientos Penales Anotado y Comentado*, San José, 2ª ed., Editorial Juricentro, 1991, pág. 140). La propia Sala Constitucional, refiriéndose al caso aquí planteado —tal como lo expuso el Lic. G.— señaló que: «...queda suficientemente claro que, para la Sala, potestades de rectificación como la reconocida en el artículo 109 impugnado, no son contentivas en forma alguna de valoraciones ni decisiones que puedan variar o afectar a las partes de un proceso en relación a lo ya resuelto; es decir, por su propia definición, el concepto de corrección de errores materiales excluye toda posibilidad de facultar a un juez a revisar su decisión respecto de lo decidido. Se trata por el contrario de la capacidad de hacer respetar lo ya ordenado por el juez (según pueda desprenderse de los antecedentes del caso y de los argumentos y consideraciones que dan fundamento lógico y jurídico al fallo), mediante el ajuste de simples detalles de forma que, de no corregirse, puedan llevar al mal entendimiento de la decisión, a su aplicación en contra, o con fin distinto del pretendido. En efecto, la rectificación de errores materiales no tiene vida propia, sino que se funde con la resolución que corrige, de forma que es esta última —como un todo— de la que podría predicarse una eventual violación de alguno de los principios constitucionales citados por el recurrente como violados. En otros términos, para la Sala, no puede una simple rectificación de error material, violar conceptos constitucionales como el debido proceso, la tutela judicial efectiva o el principio pro libertatis, porque en ella no se decide absolutamente nada con relación a las partes y es incapaz de innovar frente a una relación jurídica; y es por esa misma incapacidad para alterar el fondo de lo decidido que las citadas facultades de rectificación de oficio de errores materiales pueden ser ejercidas sin límite de tiempo en el proceso, sin que ello violente ningún derecho fundamental de los administrados. Parecidas consideraciones caben frente a la acusación de excesiva amplitud del concepto de "error material", en el sentido de que la Sala estima que con la utilización de tal concepto por parte del legislador, se ha establecido un límite claro y definido para evitar que los jueces cambien o modifiquen sus decisiones al margen de las reglas procesales, con lo cual se respetan las normas y principios constitucionales» (Sala Constitucional, N° 6199-97 de las

18.45 h del 30 de setiembre de 1997). A lo dicho cabe agregar que el Lic. G. formuló las reservas de casación y ha mantenido firmemente su disconformidad en las respectivas instancias, incluso durante el debate, ocasión en que nuevamente hizo reserva de casación (cfr. acta de debate, folio 905), pues el tribunal de juicio rechazó la incidencia planteada por él. Tal como lo hace ver el Lic. G., su patrocinado no tiene por qué «...asumir o soportar las consecuencias de la inoperancia del órgano requirente y del órgano jurisdiccional, como sucedió en este caso» (Recurso, folio 1045). El Ministerio Público no se opuso oportunamente a la incorporación del imputado D. H. A. en la prórroga extraordinaria y dicha omisión definitivamente "causó estado", como alega e ilustra el Lic. G. en el supracitado hecho Sétimo del reclamo. La Fiscalía no

ejerció, durante el período de la prórroga extraordinaria ninguna acción tendiente a que el asunto fuera elevado a juicio con respecto a los imputados que les había quedado "firme" —según lo alega ahora esa representación— el auto de elevación. Por todo lo expuesto se acoge este reclamo y se declara la nulidad de la resolución N° 367-94 de las 9.25 horas del 20 de mayo de 1994, dictada por el Tribunal Superior Cuarto Penal, así como de todas las resoluciones dictadas y de la actividad procesal llevada a cabo en este asunto, posterior al dictado de ese voto, debiéndose mantener incólume la validez del sobreseimiento obligatorio dispuesto en favor del imputado D. H. A."

2001. **SALA TERCERA DE LA CORTE**, N° 731 de las 10.10 h del 20 de julio.



