

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

SETIEMBRE, 2004

AÑO 16, Nº 22

DOCTRINA EXTRANJERA

¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?
Elena Larrauri

La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad.
Nieves Sanz Mulas

La era del control. Introducción crítica al derecho penal cibernético.
Tulio Lima Vianna

El nuevo proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos en el ordenamiento español.
Lorenzo M. Bujosa Vadell

DOCTRINA NACIONAL

La cooperación penal internacional en América Latina.
Enrique Castillo Barrantes

La exclusión dolosa de la tipicidad y la analogía *in malam partem*. El caso del Banco Anglo Costarricense.
Francisco Castillo González

El peritaje psicológico en el delito de abuso sexual.
José Ramón González Magdalena
María Matamoros Peralta

Modelos de atención a víctimas del delito y el sistema costarricense.

Jeannette Arias Meza

La apertura del recurso de casación penal: Mitos y realidades.

José Joaquín Ureña S.

Resabios inquisitivos en el código procesal penal costarricense.

Rafael Angel Sanabria Rojas

Bases para fortalecer el proceso de modernización de los órganos auxiliares de la justicia penal.

Daniel González Álvarez

COMENTARIO DE LIBRO

"De las 'Repúblicas Aéreas' al Estado de Derecho". Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina.

Autores: Alberto M. Binder y Jorge Obando

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal.

Martín Rodríguez Miranda



"Calas" Acrílico de Gerardo González

CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

SETIEMBRE, 2004

AÑO 16, Nº 22



ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES

ISSN 1409-0643

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Álvarez, Director
Francisco Dall'Anese Ruiz

DIRECCIÓN POSTAL

Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia
Código Postal 4-1003
San José, Costa Rica
Fax (506) 295-3647

Correo electrónico: dgonzalez@poder-judicial.go.cr

Página web: www.cienciaspenales.org

CONSEJO EDITORIAL CONSULTIVO

<i>Dr. Kai Ambos</i>	<i>Alemania</i>
<i>Dr. Wolfgang Schöne</i>	<i>Alemania</i>
<i>Dr. David Baigún</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Raúl Zaffaroni</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Alberto Binder</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 Colanzi Z.</i>	<i>Bolivia</i>
<i>Dra. Ada Pellegrini Grinover</i>	<i>Brasil</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>Secretaria:</i>	<i>Hannia Soto Arroyo</i>
<i>Tesorero:</i>	<i>Carlos Núñez Núñez</i>
<i>Vocal:</i>	<i>José Luis Campos Vargas</i>
<i>Fiscal:</i>	<i>Mayra Campos Zúñiga</i>

Impreso en Costa Rica por EDITORIAL INTERNEM (Tel.234-9378) • Diseño Gráfico: Internem Publicidad
Corrección: Adrián Alfaro Obando • Portada de Gerardo González • Muestra Gráfica: Acrílicos de Gerardo González.

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

ÍNDICE

DOCTRINA EXTRANJERA

- ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?*
Elena Larrauri 7
- La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad.*
Nieves Sanz Mulas 27
- La era del control. Introducción crítica al derecho penal cibernético.*
Tulio Lima Vianna 43
- El nuevo proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos en el ordenamiento español.*
Lorenzo M. Bujosa Vadell 51

DOCTRINA NACIONAL

- La cooperación penal internacional en América Latina.*
Enrique Castillo Barrantes 59
- La exclusión dolosa de la tipicidad y la analogía in malam partem. El caso del Banco Anglo Costarricense.*
Francisco Castillo González 67
- El peritaje psicológico en el delito de abuso sexual.*
José Ramón González Magdalena
María Matamoros Peralta 75
- Modelos de atención a víctimas del delito y el sistema costarricense.*
Jeannette Arias Meza 89
- La apertura del recurso de casación penal: Mitos y realidades.*
José Joaquín Ureña S. 111
- Resabios inquisitivos en el código procesal penal costarricense.*
Rafael Angel Sanabria Rojas 125
- Bases para fortalecer el proceso de modernización de los órganos auxiliares de la justicia penal.*
Daniel González Álvarez 139

COMENTARIO DE LIBRO

- "De las 'Repúblicas Aéreas' al Estado de Derecho".
Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina.*
Autores: Alberto M. Binder y Jorge Obando 155

JURISPRUDENCIA

- Jurisprudencia penal.*
Martín Rodríguez Miranda 159

EN BUSCA DE SEGURIDAD CIUDADANA

Como ha sido ya una tradición en nuestro país, no descansan las voces que claman por un endurecimiento del sistema penal. El tema de la seguridad o la inseguridad ciudadana se viene ubicando como uno de los problemas fundamentales que deben superar los habitantes, en ocasiones por encima incluso de la crisis económica y la falta de oportunidades de vida.

Ese clamor popular por la seguridad obviamente que debe ser atendido por las autoridades nacionales, sin embargo la forma de encararlo no siempre ha sido la más adecuada, pues por lo general las respuestas tradicionales se traducen en políticas que no tienen mayor significado sobre el problema que se pretende combatir.

Es cierto que atravesamos un problema de seguridad, al extremo de que ya la Organización Mundial de la Salud ubica el tema de la violencia producida por la actividad delictual como un problema de salud pública, que requiere de políticas estatales de seguridad. Sin embargo, a pesar de que en nuestro país los índices de criminalidad son relativamente bajos en comparación con los demás países de América, incluyendo a los Estados Unidos, el temor a ser victimizado es uno de los más altos de la región.

Debemos reiterar que la alarma social que provocan los delitos no siempre guarda proporción con la frecuencia con que ocurren, ni con los daños que producen. Hay delitos en aumento que generan mucha alarma social, como los delitos contra la propiedad y la integridad física, pero igualmente hay otros, algunos de los cuales constituyen la base de aquellos y no generan igual alarma como la portación de armas prohibidas, cada vez más generalizada en el país, al igual que otros hechos delictivos de los que no derivamos inseguridad, no obstante lo lesivos que resultan como los delitos en la circulación de vehículos, que provocan una importante cifra en el índice de mortalidad, sin que se traduzca en una verdadera alarma social, y en general los delitos no convencionales, en especial el abuso de poder económico, o como le llaman algunos la corrupción en el sector privado, tales como los fraudes fiscales, los sobornos a empleados públicos, las prácticas comerciales desleales, los fraudes en perjuicio de los consumidores, etc.

El temor al delito no puede constituir la base sobre la cual se pueda diseñar la política criminal del Estado, el riesgo de incurrir en "soluciones" erradas es muy alto. Lo más grave que puede ocurrir –y creemos que un buen porcentaje de nuestros ciudadanos están en esa disposición- es ceder derechos y libertades a cambio de seguridad, bajo el falso axioma según el cual si se eliminan garantías y se endurece nuestro sistema jurídico penal se gana en seguridad, cuando en realidad las garantías y la racionalidad del sistema represivo constituyen pilares fundamentales en cualquier Estado de Derecho que se precie de serio.

En algunos países vecinos observamos una mayor agudización del problema, ante lo cual los ciudadanos han propuesto casi abiertamente métodos inconstitucionales y contrarios a un sistema democrático de justicia, como son los ajusticiamientos o linchamientos, los escuadrones de la muerte, la existencia de grupos paramilitares por encima de la ley, etc.

Si bien todavía nuestro país no podríamos ubicarlo en esa categoría, ya han ocurrido algunos episodios que deben generar mayor preocupación de nuestras autoridades. En nuestro medio algunos sectores, haciéndose eco de ese clamor popular que pide una solución al problema de la criminalidad, hasta ahora han apoyado más las "soluciones" tradicionales, queriéndose ubicar dentro del marco de la Constitución Política, y es así como han propuesto aumentar el número de policías en las calles, aumentar la cantidad de los delitos, aumentar las penas, eliminar garantías procesales, y aplicar la prisión en forma indiscriminada sin conceder excarcelaciones (preventiva) o bien sin beneficios penitenciarios (tratándose de la pena).

La cantidad de policías en las calles ciertamente podrían provocar un sentimiento de mayor seguridad en los habitantes, y es probable que se traduzca en alguna disminución de los asaltos callejeros, sin embargo debemos ser conscientes que existe un importante grupo de delitos, que son muy lesivos, que no tienen ninguna relación con la cantidad de policías que circulen en las calles, como la corrupción tanto pública como privada, los fraudes financieros, los delitos sexuales (que generalmente ocurren en el interior de las casas), la agresión doméstica, las estafas, etc., etc.

Pero además, esas respuestas se sustentan en la creencia –cuya efectividad no ha sido nunca evidenciada– de que a mayor severidad del sistema (más penas, más delitos, más cárcel, menos ganancias) ello se traducirá en mayor seguridad, como si la eficiencia del sistema represivo descansara en su grado de dureza. La historia nos ha demostrado siempre que en aquellos períodos en los cuales ha funcionado un Estado represivo, caracterizado por eliminar garantías procesales y por la severidad en la persecución de cualquier conducta "antisocial", ello no se ha traducido en mayor seguridad para los ciudadanos, y para muestra recordemos los períodos de dictadura que sufrieron nuestros países vecinos no hace muchos años todavía, para darnos cuenta de las consecuencias nocivas de un sistema de esa naturaleza.

La verdad es que si se quiere un sistema penal más eficiente, por una parte debe buscarse la racionalización de las respuestas, seleccionar aquellos hechos que se consideren más lesivos para los ciudadanos y para los intereses colectivos, dejando abierta la posibilidad de aplicar penas alternativas o soluciones diferenciadas frente a la criminalidad de bagatela, porque ningún Estado se encuentra en capacidad de encarcelar a todos los que cometen hechos delictivos, ni siquiera los más desarrollados del mundo. En ese sentido se ubica el Proyecto de Código Penal con su propuesta de penas alternativas, que amplía la gama de hechos delictivos cubriendo una gran cantidad de conductas que hoy escapan al sistema penal, pero que racionaliza las repuestas punitivas al elevar las penas frente a delitos graves y de importante repercusión social, pero facilita respuestas diferenciadas frente a la criminalidad menor.

Paralelamente es necesario invertir en el sistema penal, los recursos asignados a los órganos relacionados con la persecución penal son muy exiguos y no pueden planificarse verdaderas estrategias de persecución penal mientras no se les brinden los necesarios recursos humanos y materiales a la policía administrativa, a la policía judicial, al Ministerio Público, a la judicatura penal, a la defensa pública, a los cuerpos científico-forenses. La modificación legal puede ser importante, pero más que eso se requiere invertir en el sistema penal si lo que se quiere de verdad es hacerla más eficiente, para que pueda realizar la labor encomendada. Solo así se podrá encontrar mayor seguridad.

Mientras estas medidas no se producen, veremos el panorama lleno de respuestas tradicionales, más fáciles de aprobar (en especial las que sólo implican modificaciones legales: aumento de delitos, aumento de penas, eliminación de garantías), y el problema de la inseguridad ciudadana seguirá como siempre, en aumento.

Doctrina Extranjera

¿POR QUÉ RETIRAN LAS MUJERES MALTRATADAS LAS DENUNCIAS?

Elena Larrauri¹

*A Guillem,
quien después de dos felices
años me ha dejado finalmente
escribir un artículo.*

I. Introducción

El objetivo de este artículo es intentar explicar las razones por las cuales las mujeres maltratadas denuncian y posteriormente en numerosas ocasiones intentan retirar la denuncia². Los motivos por los que en mi opinión, el tema es relevante, son esencialmente tres.

En primer lugar, porque la imagen de la mujer que denuncia y luego retira la denuncia es presentada frecuentemente como irracional, una mujer que no sabe lo que quiere, o que quiere algo incomprensible, y por tanto no se le puede ayudar. Además, esta imagen de «irracionalidad» puede conllevar la criminalización de la mujer, como muestra el ejemplo de las denominadas «*no drop policies*»³ vigentes en algunos estados norteamericanos. En la explicación de los motivos por los cuales la mujer retira la denuncia intentaré mostrar que su comportamiento es una respuesta comprensible y racional a la forma como el sistema penal está actualmente estructurado.

En segundo lugar, el análisis de las razones que llevan a la mujer a retirar la denuncia quizá permita descubrir aspectos poco examinados del sistema procesal penal. En efecto, la escasa atención al proceso penal en este tema, contrasta con la multitud de estudios referidos a los aspectos dogmáticos del delito de violencia doméstica. Creo que ello obedece a la tradicional separación entre derecho sustantivo y procesal existente en España,

que comporta que el análisis del delito de violencia doméstica no conlleve generalmente el estudio de su aplicación procesal. Sin embargo; como frecuentemente se admite, gran parte del problema estriba en lo que sucede desde la primera denuncia hasta el día en que recae sentencia condenatoria.

Como intentaré defender a lo largo de este artículo, no es coherente que se reclame a la mujer que denuncie y confíe en el sistema penal, si luego el proceso penal no atiende a sus necesidades. En ocasiones todo el sistema parece estar más interesado en servir a su propia lógica interna que en servir a las víctimas, a las cuales se les presenta como alguien que hace perder el tiempo y distrae a la institución de realizar su «auténtico» cometido.

Esta discrepancia entre lo que quieren las víctimas y lo que puede ofrecerles el sistema penal es, en parte, responsable de la frustración que experimentan los profesionales que trabajan en este ámbito y constituye finalmente el tercer motivo para dedicar atención a este tema.

En efecto, me gustaría contribuir a sobrellevar la frustración que en muchas ocasiones se produce entre los profesionales del sistema penal: policías, fiscales, jueces y abogados, quienes sienten que sus esfuerzos no son plenamente correspondidos por las actuaciones, aparentemente incomprensibles, de las mujeres cuando estas acuden a retirar la denuncia o se niegan a declarar y continuar con el proceso.

1. Agradezco profundamente el apoyo de la Fundación Alexander von Humboldt que me permitió una estada en la Universidad Alexander von Humboldt de Berlín durante los meses de julio y agosto (2002). También agradezco la ayuda del profesor Félix Herzog. Adicionalmente este artículo no hubiera podido escribirse sin la información prestada por los magistrados Carlos González y Roser Aixandri, la fiscal Silvia Armero, Cinta Vizcarro del Servicio de Atención a la Víctima, el abogado José Vázquez y los funcionarios de policía del Servicio de Atención a la Mujer de Barcelona. Por múltiples conversaciones gracias a Joseph Cid y especialmente a Manuel Cachón, artífice de muchas de las ideas procesales que se recogen en este texto. Finalmente, por una corrección atenta gracias a Daniel Varona. Este artículo se inscribe en el proyecto de investigación Protección de la Víctima y Rehabilitación de los Delinquentes en Libertad (BJU2001-2075).

2. De acuerdo a la investigación coordinada por Calvo (2002:8) en el ámbito de la Comunidad Autónoma Aragonesa, ello sucede aproximadamente en el 70% de los juicios de faltas. En cambio es importante destacar que en la investigación de ámbito estatal coordinada por Calvo (2001: 266) se muestra cómo este número desciende a un 20% en el caso de juicio de delitos. Este dato es importante pues permite combatir el estereotipo de que «la mayoría de mujeres» acuden a retirar la denuncia. En Catalunya el informe realizado por la Fiscalía de Violencia Doméstica referido a 2001, muestra cómo de las 335 diligencias de investigación incoadas solo en 72 casos la víctima manifestó su intención de no continuar con el proceso. Esta cifra representa también aproximadamente un 20%, pero no permite distinguir entre juicios de delito o falta.

3. Véase nota 34.

Ayudar a sobrellevar la frustración de los profesionales que trabajan en esta realidad es un objetivo loable en sí mismo, pero además creo que también afecta a la imagen de irracionalidad que se proyecta sobre la mujer. En la medida que algunas personas no entienden por qué la mujer decide, después de todo el trabajo realizado, retirar la denuncia, tienden a repetir esta historia como algo incomprensible, denigrando con ello a la mujer. Con este proceder desconocen que el proceso penal no es un objetivo en sí mismo y que la mujer lo usa como un medio más para conseguir cambiar su situación. En ocasiones su situación cambia con la sola amenaza del proceso y ello ya constituye de por sí una mejora, y no hay pues que sentirse frustrados.

No pretendo afirmar que la situación de la mujer que interrumpe el proceso penal mejore necesariamente de forma definitiva, pero sí quiero enfatizar que es la mujer quien debe convencerse de que vía es la más adecuada para cambiar definitivamente su situación. Antes de llegar a esta convicción es lógico que ensaye diversas alternativas y estrategias (amenazar con denunciar, amenazar con separarse, irse unos días a casa de su madre o amigas, acudir a terapia conjunta, acudir pidiendo ayuda a organismos formales como los servicios sociales del barrio, visitar un servicio de víctimas, acudir al médico, denunciar, volverlo a intentar, etc.).

En este proceso de cambio⁴, el sistema penal y sus profesionales deben ayudarla en su objetivo de desarrollar una vida segura, no descalificándola por sus titubeos, pues romper una relación o convivencia requiere mucho esfuerzo personal, por los vínculos pasados y por las incertidumbres del futuro, y puede no conseguirse en la primera ocasión, por más que abogado, el policía o el fiscal hayan dedicado mucha energía al caso.

En consecuencia, los objetivos de este estudio son tres: defender que la mujer no actúa de forma irracional cuando desiste de seguir adelante con el proceso penal; mostrar que el proceso penal no atiende a las necesidades de la mujer que denuncia, ni las respuestas del derecho penal respetan sus intereses, y por ello finalmente contribuyen a alinearla del sistema penal; contribuir, por último, a que los profesionales reflexionen acerca de que el proceso no es en sí un objetivo, sino uno de los medios que la mujer usa para intentar cambiar su situación.

II. «Mujer denuncia»: o los límites del sistema penal⁵

Empezar afirmando que el problema de la violencia doméstica no se soluciona mediante el recurso al sistema penal es una aseveración que en ocasiones exaspera a ciertos grupos de mujeres feministas las cuales observan como el resto de problema sociales sí parecen solucionarse mediante el recurso al derecho penal, en la medida en que su criminalización no es tan cuestionada.

Por ello, a mi juicio debe afirmarse que: a) en la medida en que se considera que la criminalización de un comportamiento indica su gravedad social y b) la violencia doméstica refleja un grave daño social, entonces c) es legítima la pretensión de los grupos de mujeres feministas de recurrir al derecho penal.

Habiendo expresado esta opinión quisiera recordar los múltiples riesgos, y la lista que expongo es probablemente incompleta, que comparta la intervención penal para las mujeres.

En primer lugar, una vez el derecho penal entra en el ámbito de un problema es muy difícil evitar que éste colonice toda la comprensión del mismo, con consecuencias, en ocasiones, nefastas para las mujeres. Así, por ejemplo, lo que debiera ser visto como un medio, «la denuncia», aparece visto como un objetivo en sí mismo.

Ello puede observarse precisamente en las conocidas campañas dirigidas a la mujer en las que se pone el énfasis en que ella denuncie o «hable». Estas campañas, por un lado, responsabilizan implícitamente a la mujer de su situación, puesto que sitúan el acento en lo que ella debe hacer, se dirigen a ella, y con ello contribuyen a alimentar la imagen que la cesación de la violencia depende de sus esfuerzos (Mullender, 1996: 367). Por otro lado, al insistir en que la mujer denuncie, acuda al sistema penal, como si ello fuera la solución a los malos tratos que ella está sufriendo, acentúan como único camino lo que sólo es una estrategia de la mujer en su intento de librarse de los malos tratos. Como afirman Hoyle-Sanders (2000: 15).

La violencia doméstica es distinta de otros delitos. Frente a los beneficios instrumentales moderados del proceso penal están los

4. Sea lo que sea este proceso no creo que pueda describirse como «luna de miel». Expresión esta extendida para explicar por qué la mujer no se va y aguanta la situación de malos tratos.

5. Mientras elaboraba este artículo tuve el privilegio de ser invitada a Costa Rica, por el Magistrado José Manuel Arroyo y el Colegio de Abogados, donde se discutía el «Proyecto de ley de penalización de la violencia contra las mujeres y derechos humanos». Esta propuesta de ley, que divide a los sectores jurídicos de la sociedad costarricense, presenta como características fundamentales en mi opinión: a) apostar de forma decidida por la criminalización y en concreto el uso de penas severas de prisión como mejor forma de proteger a las mujeres; y b) reconocer como víctimas de los delitos en ella previstos sólo a las mujeres y no a los hombres. Las reflexiones que a continuación se exponen son fruto de este debate.

perjuicios que muchas veces suceden, una mayor violencia como castigo por parte del acusado y los costes económicos para toda la familia que conllevan las sanciones económicas. (...) A pesar de que la policía y la fiscalía, así como algunos grupos de mujeres, aceptan que el proceso penal tiene un valor limitado, éste no obstante se persigue como fin en sí mismo. Así el «apoyo» de la policía a la víctima se dirige a sostener su denuncia penal, no a protegerla de una posterior violencia.

Esta insistencia en la denuncia como «objetivo» comporta finalmente que, en este tema, como sucede en la violencia sexual, quien no denuncia o tarda en hacerlo aparece como implícitamente tolerando una situación.

En segundo lugar, enfatizar la necesidad de que la mujer denuncie y apueste de forma decidida por la intervención penal puede conllevar una defraudación de las expectativas que se le han creado (por ejemplo, porque el sistema penal absuelve en ocasiones incomprensiblemente o no consigue protegerla adecuadamente). Esta defraudación de expectativas también tiene efectos simbólicos y reales, pues la desesperación aumenta al ver como esta vía tampoco funciona y esta experiencia tiende a comunicarse a otras mujeres que actúan en consecuencia.

En tercer lugar, el sistema penal puede favorecer la creación de estereotipos que la perjudican. Por ejemplo, se repite el mito de lo irracionales que son las mujeres que pretenden desistir del proceso penal, en aras de una reconciliación o en un intento de minimizar la violencia; se alude a la maldad de las mujeres que denuncian penalmente sólo para conseguir ventajas en la separación; o, contrariamente, se señala el absurdo proceder de las mujeres que denuncian y luego no quieren separarse. Como puede verse, es difícil librarse de alguna etiqueta negativa, puesto que el sistema penal sólo reconoce una actuación como convencional y etiqueta al resto como desviadas o incomprensibles.

Por último, el recurso al sistema penal puede comportar que se las criminalice, como sucede en Estados Unidos, cuando se niegan a seguir colaborando con el proceso penal y se las arreste para conseguir que preste declaración contra su pareja. O como sucede en otras legislaciones, aun cuando por ahora sin llegar al arresto, cuando se las amenaza para conseguir que presten testimonio o se las amenaza si cambian su declaración. De este modo, la institución que debía protegernos acaba tornándose en la misma institución que nos amenaza.

Así las cosas, cuando en ocasiones se reclama una mayor intervención del sistema penal, como si de ello se

derivasen sólo ventajas para las mujeres, debe recordarse los riesgos que toda criminalización comporta. Y sin embargo se presenta a las mujeres que advierten acerca de los riesgos de recurrir al sistema penal como si éstas no estuvieran tan comprometidas en su afán de proteger a las mujeres. Entiendo que ello es erróneo, pues una mayor criminalización, no comporta una mayor protección y en consecuencia la discusión debiera ser acerca de *la mejor forma de conseguir la protección de las mujeres frente a comportamientos violentos.*

Finalmente, también en ocasiones en que se emprenden reformas penales para proteger a las mujeres, parece que esta protección fuera simplemente alcanzable con la redacción de más tipos penales o endureciendo las penas de los ya existentes. Y, sin embargo, la intervención del sistema penal, conlleva algo más que crear un nuevo tipo penal. En mi opinión reclamar la intervención del sistema penal implica cuando menos dos cuestiones: a) articular un proceso penal que pueda atender a las necesidades (de protección, económicas, y de participación) que surjan en el proceso; b) establecer un derecho penal que de respuestas a las diversas demandas de las víctimas.

Si sólo se crean nuevos delitos, o si se pretende hacer creer que una mera elevación de penas mejorará la situación de las mujeres, se están creando expectativas que luego se defraudan. Por consiguiente, si se quiere que las mujeres acudan y confíen en el sistema penal y si se pretende que éste responda adecuadamente a sus necesidades e intereses, es necesario discutir cómo debe ser esta intervención. A este objetivo se dedican las siguientes reflexiones.

Ahora bien, desde el momento en que se insiste en que la mujer «denuncie» se trata de plantearnos en concreto si el sistema penal puede contribuir a solucionar lo que se cree que es el principal motivo para soportar las situaciones de malos tratos: la dependencia económica.

A este respecto sorprende la escasa atención que se ha prestado a la propuesta realizada en el Informe de la Fiscalía General del Estado (1999: 60-61), relativa a modificar la Ley 35/1995 de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, que permitiría a la mujer maltratada cobrar una indemnización por parte del Estado. Vale la pena reproducir las reformas reclamadas por la Fiscalía General del Estado, que el Gobierno aún no ha atendido.

La primera hace referencia a la necesidad de admitir la compatibilidad de esta indemnización con las sumas cobradas por otros seguros. Por ejemplo, no es lógico que la mujer maltratada que perciba alguna ayuda por la Seguridad Social no cobre además la indemnización como víctima del delito, puesto que el fundamento de una

ayuda es en tanto que trabajadora, el de la otra en tanto que víctima. La segunda propuesta hace referencia a que las víctimas de violencia doméstica puedan cobrar los gastos terapéuticos al igual que está previsto para las víctimas de delitos contra la libertad sexual en el art. 6.4 de la citada ley.

En mi opinión, la principal modificación que debiera exigirse es precisamente reformar el grado de afección a la salud que se exige para poder cobrar esta indemnización. Pretender que sólo pueda cobrar la mujer cuyo daño hubiera conllevado una situación de incapacidad temporal de seis meses es muy restrictivo y es sólo uno de los criterios que se pueden acoger. ¿Por qué no se toma en consideración, por ejemplo, los años que ha estado sometida a la violencia en vez del daño final sufrido?

El derecho parece operar siempre en base a criterios masculinos de determinación, como es graduar el daño en función del tiempo que hubiera incapacitado para desarrollar un trabajo exterior, que luego pretende aplicar de forma «igualitaria» a la mujer, con resultados insatisfactorios⁶.

En la medida en que se consiguiese esta reforma creo que vendrían otras mejoras secundarias, pero necesarias, como son la agilización de los trámites para su concesión y su simplificación⁷. En cualquier caso, si esta ayuda se concediese a las víctimas que denuncian ello constituiría un acicate para que la mujer no se aparte del sistema penal (en la medida en que se prevé un derecho de repetición por parte del Estado cuando se produzca un sobreseimiento por no haber motivos suficientes para acusar a determinada persona, art. 9 e) de la citada ley que remite al art. 637.3 y 641.2 de la LECr).

Una segunda medida que puede contribuir a que la mujer maltratada mejore su situación económica es la posibilidad de que la mujer maltratada que denuncie cobre la Renta Activa de Inserción Mínima (posibilidad ésta que se ha regulado por primera vez en el «Decretazo»)⁸. Esta medida introducida por el Gobierno recientemente aún no se ha llevado a la práctica y en mi opinión es de temer que tenga escasa aplicación. Esta difícil aplicación se debe a que en general estas reformas se acometen por su gran

impacto mediático, pero luego son reguladas con una asombrosa vaguedad o con un increíble desconocimiento del tema. Así, por ejemplo, la Disposición adicional primera donde se regula el Programa de Renta Activa de Inserción prevé en su apartado número 2 que puedan ser beneficiarias de este programa las personas que tengan,

(...) acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia doméstica por parte de algún miembro de la unidad familiar de convivencia y estar inscrito como demandante de empleo (...)

Si se exige que para demostrar su condición de víctima de violencia doméstica recaiga sentencia condenatoria, esta medida poco va a ayudar a la mujer en su proceso de sobrevivencia después de la interposición de la denuncia. Adicionalmente tampoco se entiende la exigencia de estar inscrita como demandante de empleo, pues la cuestión no es si la mujer había demandado empleo anteriormente, cuando quizá no tenía necesidad, sino si lo requiere ahora, precisamente después de denunciar. Por ello, a pesar de que la línea emprendida es positiva, lamento que estas nuevas disposiciones surjan con una regulación que no facilita su aplicación.

Otra posibilidad es la también prevista, aparecida en El país (de 5 de noviembre de 2002), de conceder bonificaciones a las empresas que contraten a mujeres maltratadas y también, la no prevista, de destinar viviendas de protección social a las mujeres que deben huir de sus parejas.

Todas estas propuestas de apoyo económico a las mujeres maltratadas que deciden confiar en el sistema penal son, en mi opinión, mucho más eficaces para conseguir que la mujer colabore con éste. En la medida en que éstas no se han realizado, la intervención del sistema penal no contribuye a garantizar una situación independiente de la mujer y no debería extrañar tanto, ni ser considerado en absoluto síntoma de la irracionalidad de la mujer, el que ella desconfíe de las posibilidades de mejorar su situación recurriendo al sistema penal y que por consiguiente acuda a éste en casos de urgencia y se retracte luego cuando pondere las dificultades.

6. Véase Larrauri (1995: 155), por ello creo que es urgente que las compañeras feministas de derecho laboral desarrollen otros criterios más adecuados para la mujer que permitan apreciar la gravedad del daño sufrido.

7. Está prevista la posibilidad de conceder ayudas provisionales antes de la sentencia en el art. 10 de la Ley 35/1995, pero desconozco cuánto tardan éstas a su vez en concederse. La concesión de ayudas definitivas puede demorarse un año, lo cual es producto de una exigencia excesiva de documentos, que ya están en poder de la Administración, y de una reticencia de los órganos del Ministerio de Economía y Hacienda a responder con mayor celeridad con el argumento de que ellos no son «servicios sociales». Como veremos al hablar de la policía y del sistema penal, numerosos de sus representantes también alegan que ellos «no están para servir los anteojos de las víctimas». Parece que todo el sistema tiene fines más elevados que servir a las víctimas.

8. Véase texto en BOE n. 298, del viernes 13 de diciembre de 2002.

III.2. El temor a represalias

Una segunda cuestión a considerar, repetida por diversas investigaciones empíricas, es la situación de mayor riesgo que se produce para la mujer maltratada cuando ésta acude al sistema penal (Ptacek, 1999: 79; Hoyle.Sanders, 2000: 24,31; Schineider, 2000: 77; Medina, 2002: 569).

La explicación que acostumbra a ofrecerse en este caso es que la pareja, que ejerce el dominio, no tolera que la mujer rete este dominio, aspecto que ella realiza cuando acude a una instancia externa. En estos casos el marido acostumbra a amenazar a la mujer para conseguir que ella retire la denuncia:

Entre otros objetivos de su violencia, estos hombres buscan venganza contra las mujeres por haber tenido que presentarse ante la ley. Es como si la privacidad de la casa debiera proteger los privilegios de los hombres, que incluyen el derecho de abusar de la mujer, y cualquier ruptura de este paraguas protector es una traición que merece ser castigada (Ptacek, 1999: 84-85).

El problema de proteger a la mujer que ha decidido acudir al sistema penal es precisamente el que se ha intentado remediar con las denominadas órdenes de protección o alejamiento, introducidas por 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.

Estas medidas previstas en el art. 544 bis de la LECr consisten en que el juez de guardia puede dictar desde el momento en que recibe la denuncia alguna de las siguientes medidas cautelares: a) prohibición de residir en determinado lugar; b) prohibición de acudir a determinados lugares, y c) prohibición de aproximarse o comunicarse a la víctima.

Es fácil descalificar la orden de alejamiento señalado que es «sólo un trozo de papel», pero, como muestra la investigación realizada por Ptacek (1999: 169-172) en Estados Unidos, la mayoría de las mujeres se sienten satisfechas de haber conseguido una orden de protección⁹ y consideran que son eficaces. Esta eficacia la estiman desde dos perspectivas que podemos denominar simbólica y real. Simbólica, porque permite confirmar a la mujer que ella tiene razón y que el sistema penal está de su lado. Instrumental, porque el agresor sabe que en caso de acercarse a la mujer ello será considerado un delito que permitirá su arresto inmediato por parte de la policía.

Respecto de estas órdenes de alejamiento me ocuparé exclusivamente de algunas cuestiones actuales¹⁰.

En primer lugar, se ha destacado rápidamente la imposibilidad de que estas órdenes de alejamiento previstas en el artículo 544 bis de la LECr sean adoptadas en los juicios de faltas. Esta ausencia de provisión legal mina la eficacia de la orden de protección si consideramos la cantidad de casos de malos tratos que son enjuiciados por un juicio de faltas¹¹. Es cierto que en la práctica en ocasiones se dictan órdenes de alejamiento para las faltas, pero debido a que esta práctica se realiza al margen de lo que dispone la ley, sería conveniente proceder a su reforma.

Ello ha llevado a diversas propuestas, sobre las cuales creo que es necesaria una mayor reflexión. La primera proviene de la Fiscalía General del Estado (1999:55) que sugiere que esta medida cautelar sea aplicable a las faltas, desde el momento en que el juez de instrucción recoge la denuncia hasta el momento en que se produce el juicio. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial (2001) aconseja acudir al artículo 13 de la LECr para poder adoptar medidas cautelares para las faltas¹². Finalmente, los fiscales encargados de los servicios de violencia familiar (2001), proponen tramitar todos los casos de violencia doméstica por el procedimiento de delito que permite la aplicación del artículo 544 bis de la LECr¹³.

9. En Estados Unidos ello puede conseguirse mediante un procedimiento autónomo. Véase en general Ptacek (1999).

10. Un análisis jurídico más extenso puede leerse en Delgado (2001: 142-160), un análisis criminológico en Medina (2002: 491-497).

11. La investigación coordinada por Calvo (2001) expone por ejemplo que en la provincia de Vizcaya, donde se analizaron todas las sentencias, un 88,4% de los casos de violencia doméstica fueron tramitados por el juicio de faltas y sólo un 11,6% siguió un proceso por delito.

12. No deja de ser curioso la posibilidad sugerida por el C.G.P.J. de acudir al art. 13 de la LECr o al art. 158 del Código civil, que en principio permitiría la adopción de medidas cautelares más gravosas para las faltas que para el delito.

13. Esta posibilidad también es admitida por el C.G.P.J. (2001).

A mi juicio la tercera propuesta es la más adecuada. Como se irá viendo a lo largo del artículo creo que la tramitación de los malos tratos por el procedimiento de faltas es altamente perjudicial, por numerosos motivos, para las mujeres maltratadas. Retengamos por ahora que su tramitación por el procedimiento de delito permite que el juez de instrucción adopte las medidas cautelares previstas en el artículo 544 bis de la LECr.

Un segundo aspecto sobre el que debería reflexionarse es qué hacer precisamente en el supuesto de quebrantamiento. Algunas opiniones (Delgado, 2001:158; Fiscalía de Barcelona, 2001) parecen reclamar la posibilidad de que la ley prevea expresamente la posibilidad de imponer prisión provisional en el supuesto de que el agresor quebrante la medida cautelar. El problema, no obstante, es el siguiente¹⁴: pretender que se imponga la medida de prisión provisional a quien quebranta una orden de alejamiento vulnera el principio de proporcionalidad, pues la máxima pena que se puede imponer por el delito cometido (art. 468 del Código Penal) es una pena de multa.

En consecuencia, creo que la novedad de las órdenes de alejamiento exige una mayor reflexión e investigación destinada a conocer el grado de su efectiva aplicación por los tribunales, cómo se controla su ejecución, y finalmente cuál es la mejor reacción frente a los supuestos de quebrantamiento. Así, por ejemplo, la investigación desarrollada en Estados Unidos por Ptacek (1999: 164) muestra que la mayor insatisfacción de las mujeres respecto de la orden de alejamiento se produce cuando la policía se niega a arrestar al hombre que la está quebrantando. Por ello, quizá sería más beneficioso incrementar los medios de control de cumplimiento que la severidad de la respuesta frente al quebrantamiento.

Un tercer aspecto que debería discutirse es la propuesta de la Fiscalía General que sugiere, curiosamente, que las órdenes de alejamiento se sujeten:

Al principio de petición de parte acusadora y a la necesaria y previa convocatoria de audiencia en los términos del art. 504 bis 2 (1999:57)¹⁵.

En mi opinión, esta propuesta debería ser rechazada por las siguientes razones: la lógica de tal propuesta parece ser la de respetar en este trámite el principio acusatorio, entendido éste en sentido amplio, como viene haciendo la jurisprudencia. Sin embargo, ello impone la carga para la mujer que deberá constituirse en parte. Como es evidente, la mujer puede no querer constituirse en parte para no tener que hacer frente a los gastos de un abogado, requisito imprescindible si esta mujer quiere ser parte del proceso.

Además, comporta una excesiva formalización, alejada de las tendencias victimológicas que reclaman una mayor participación de la víctima en el proceso, de la posición de la mujer que acude al juez a declarar y quiere verse protegida sin más dilaciones¹⁶.

Por último, creo que puede contribuir a incrementar la eficacia de las órdenes de alejamiento el hecho de que estas sean comunicadas personalmente, como apunta el Consejo General del Poder Judicial (2001), pues aumenta las posibilidades de que el agresor se sienta intimidado y comprenda exactamente lo que le puede suceder en caso de quebrantarlas¹⁷.

Como he comentado, no debería permitirse que un escepticismo generalizado respecto de su utilidad conlleve su inaplicación. A falta de una investigación empírica completa las opiniones que existen sobre su uso son tentativas. En opinión de Themis (2001) los jueces tienden a no proveer las medidas cautelares solicitadas:

El dato está constatado en más del 50% de las Diligencias Previas en las que abogadas de Themis defienden a la víctima ejerciendo

14. Comunicación personal del magistrado Carlos González.

15. Señalo curiosamente porque en todo este tema de malos tratos a la mujer se oscila, a mi juicio, entre desconsiderar totalmente su opinión (por ejemplo cuándo acude a retirar la denuncia) y sugerir paralelamente que las medidas cautelares deben ser «a petición de parte».

16. Se me puede argüir que estas medidas pueden ser pedidas por el Ministerio Fiscal, el cual es parte en el proceso, pero ello implicaría que el Ministerio Fiscal estuviera presente en el momento en que la mujer presta declaración ante el juez, situación que no parece ser la que existe actualmente. No obstante, la participación del fiscal puede variar, pues el art. 797 de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr, que regula el procedimiento de juicios rápidos, y que afectará al delito de violencia doméstica, prevé la participación activa del Ministerio Fiscal.

17. De la misma forma, en esta primera comparecencia del agresor, fundamental para la posterior seguridad de la víctima, el juez puede proceder a preguntar por la existencia de armas y dictar las diversas medidas cautelares adicionales que estime necesarias para la protección de la víctima.

la acusación particular. Los jueces no resuelven en un sentido u otro, simplemente ignoran la petición¹⁸.

En consecuencia, la actitud ambivalente de la mujer frente al sistema penal, de denunciar y retirar la denuncia, no es irracional, sino fiel reflejo de los límites de éste para garantizarle protección.

Sus retractaciones indican ocasionalmente las intensas negociaciones que se ve obligada a llevar para garantizar su seguridad. En opinión de Mahoney (1991: 62-63) la pregunta debería virar de ¿por qué no se fue (la mujer)? a ¿qué hizo el (hombre) cuando ella intentó irse? Y si se escucha, lo que se oye entonces son todos los intentos por los que el marido ha procurado violentamente conseguir que ella no escapara de sus redes.

Un análisis de la jurisprudencia referida por ejemplo a delitos de coacciones (hostigamiento), detenciones ilegales, violencia sexual, y de algunos casos dramáticos de mujeres asesinadas después de la interposición de las denuncias o en trámites de separación, publicados en los periódicos, permiten confirmar que, en efecto, este es un momento de alto riesgo para la mujer que está siendo maltratada, por lo que es lógico que ella haga todo lo posible, y entre ello está negociar con el agresor, para intentar conjurar el riesgo.

3. La tradicional desconsideración de la víctima

Una tercera razón para explicar la ambivalencia de la mujer en recurrir al sistema penal es la tradicional desconsideración hacia las víctimas que ha mostrado el sistema penal. Como es conocido, hasta hace poco tiempo se ha valorado unánimemente de forma positiva el hecho de que el sistema haya «neutralizado» a la víctima y haya conseguido que el delito sea una relación entre Estado y delincuente. Desde hace unos años, al impulso de las corrientes victimológicas, se reclama un lugar para la víctima. Este lugar, en teoría, no es demasiado espacioso y menos aun lo es en la práctica de los tribunales.

La neutralización de la víctima se plasma en la escasa información que se le ofrece que no se constituye en parte de un proceso, y en las escasas posibilidades de participación (y disponibilidad) que se prevén. Indudablemente, cómo articular la participación de la víctima en el proceso penal no es una cuestión privativa del tema de la violencia doméstica. Ahora bien, la peculiaridad del tema que nos ocupa es que se acostumbra a reconocer que en estos casos la participación de la víctima, su testimonio, es indispensable para poder dictar una condena. Esta falta de información y atención a la víctima influyen en la comprensión que esta persona tendrá del proceso, en la posterior colaboración que prestará al mismo y también por último en la sensación de haber sido útil o no el recurso al mismo.

La situación actual puede resumirse del siguiente modo: en el caso de la mujer que presente denuncia por malos tratos, y se siga proceso por *delito*, la participación requiere que esta se constituya en parte. La no constitución en parte puede implicar, en los casos más extremos, que no se le comunique la adopción de la orden de alejamiento, o la suspensión de la misma y que no se le dé traslado de todas las incidencias que se presenten en la instrucción (por ejemplo, si se cambia la calificación de delito a falta por la declaración de otro médico, si se piden testimonios por parte del marido, o si se cuestiona la habitualidad). Finalmente, si la mujer no se constituye en parte no se le comunica ni el día del juicio ni la sentencia¹⁹.

En el supuesto de un juicio por faltas, se le comunica el día del juicio. Y debido a que en este proceso no es requisito constituirse en parte de manera formal, la notificación de la sentencia, en el supuesto de que la mujer no haya asistido al juicio, depende en gran medida de la sensibilidad de los jueces, siéndole comunicada en algunos casos pero en otros quizá no.

Es cierto que bajo la presión de posiciones victimológicas la situación legislativa ha variado, pero estos cambios legislativos aun no son suficientemente conocidos por el sistema de justicia penal. Así, es necesario repetir que la

18: La investigación coordinada por CALVO (2002) referida a la Comunidad Autónoma Aragonesa es más matizada. De acuerdo a ella en un 3% de los juicios de faltas se aplicaron medidas de alejamiento. Hay que recordar que en este caso no está prevista de forma concreta en la ley esta posibilidad. En los Juzgados de lo Penal durante el año 2000 por el contrario se impusieron un 30%. En opinión de este investigador el año 2000 es un período muy cercano a la aprobación de la ley, pues la reforma se aprueba en junio de 1999, ello puede implicar que se dupliquen estos porcentajes en los próximos años.

19: El día del juicio se le comunica en la medida que es testigo, no por el hecho de ser víctima. Una víctima que no se constituye en parte no es en la mayoría de los casos informada ni siquiera del día del juicio.

Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, artículo 15.4 dispone textualmente:

(...) Igualmente, deberá ser informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y le será notificada personalmente la resolución que recaiga, *aunque no sea parte en el proceso* (destacado añadido).

Y si bien este artículo solo obliga a comunicar la sentencia, un juez preocupado por la participación de la víctima, por conseguir que esta conozca y entienda los pasos que está dando el sistema penal para protegerla, no encontrará dificultad en comunicarle todos los actos procesales. Esta comunicación está amparada por el artículo 109 de la LECr. Introducido por 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, que en su último párrafo dispone:

En cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad²⁰.

La pregunta es ¿cuántos jueces lo hacen y cuántos siguen pensando que no es necesario informar a la víctima «si no se ha constituido en parte»?²¹

Prosiguiendo en esta línea de atención a la víctima, debe destacarse el cambio que introduce la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, que entrará en vigor el 24 de abril de 2003. Esta ley impone la obligación de informar el día del juicio y de notificar la sentencia tanto en el juicio de faltas como en el de delitos, ya sea en el procedimiento de juicios rápidos o procedimiento abreviado, y en primera o segunda instancia²². Por consiguiente, *el principio general*

que rige actualmente es el de la comunicación del día del juicio y notificación de la sentencia a todos los perjudicados por el delito, aun cuando no se hayan constituido en parte.

Llegados a este punto de la evolución legislativa podría considerarse, de acuerdo con una perspectiva victimológica, que ya se ha conseguido reconocer los mínimos derechos de comunicación a la víctima, y si esta quiere seguir las diversas incidencias del proceso o participar en el mismo, lo lógico es que se «constituya en parte». Esto es, podría concluirse afirmando que la mujer puede constituirse en parte y si no lo hace debe afrontar las consecuencias de desinformación y falta de participación.

Pero la cuestión es que «el ofrecimiento de acciones» que se realiza por el juez de guardia o la policía es, en primer lugar, escasamente comprensible si no se poseen algunos conocimientos jurídicos y en segundo lugar, para constituirse en parte se requiere de un abogado, el cual, a no ser que la víctima disponga del beneficio de justicia gratuita, que a su vez ha de tramitar, deberá pagar.

Así como la falta de información y comprensión del proceso implica que la víctima se vea asaltada por el sentimiento de inutilidad o de haber sido tratada injustamente, la cual le aleja del proceso, en este caso la falta de asesoría jurídica comporta que esta no pueda aprovechar todas las potencialidades que le brinda el sistema penal. Desde lograr que su caso sea considerado como delito al conseguir demostrar la habitualidad por ejemplo, hasta alcanzar una adecuada coordinación entre la justicia penal y la justicia civil, o conseguir el cobro de la ayuda que le puede corresponder como víctima del delito.

Esta asesoría jurídica se ha intentado suplir con la creación, por ejemplo en Catalunya, de un turno de oficio de abogados para los delitos de violencia doméstica, al cual la víctima puede recurrir. Sin embargo son dos las cuestiones sobre las que debe reflexionarse: el concepto de asesoría jurídica y la extensión de esta asesoría.

El abogado no se enfrenta a un cliente habitual, el cual puede esperar que lo llame cuando necesita de sus servicios. Más bien debe suministrar apoyo y una asesoría

20. Debería ser comunicada incluso cualquier vicisitud de la ejecución de la condena que pueda afectar su seguridad, como por ejemplo concesión de permisos penitenciarios, tercer grado, libertad condicional. Sugerencia realizada también por el Consejo General del Poder Judicial (2001).

21. Como puede verse, los derechos de información de la víctima no merman los derechos del agresor, como acostumbra a alegarse frente a quienes defendemos una mayor participación de la víctima en el proceso.

22. Véanse los artículos 785.3, 7901.2, 965.2, 976 respecto de la información de la fecha del juicio. La notificación de la sentencia está regulada en los artículos 789.4, 792.4, 802, 795.4, 973.2, y 976.3.

completa de todo lo que puede hacerse para garantizar la seguridad de la mujer. No todos los abogados del turno de oficio tienen la motivación para hacer esta tarea, por lo que quizás acaban realizando una tarea correcta desde la perspectiva del servicio jurídico, pero incompleta desde el punto de vista de la mujer (Ptacek, 1999: 178, citando a Davies et al., 1998). Como observa Mills (1996: 1228), quien acuña el concepto de «servicio jurídico afectivo», el objetivo del servicio jurídico debería ser dar poder («empower») a la mujer, para lo cual es muy importante evitar actitudes de recriminación y ofrecer distintas opciones que la mujer pueda ir adoptando (Mills, 1996: 1257-1262).

Debido a que el abogado se siente frustrado cuando considera que la mujer no sigue sus consejos correctos jurídicamente, es por lo que creo que sería conveniente que, además de garantizar una asistencia jurídica gratuita, la policía o el juez de instrucción trasladasen a la mujer al Servicio de Atención a la Víctima²³, pues este organismo quizá está en mejores condiciones, por su orientación y por disponer de psicólogos y asistentes sociales, de realizar una intervención más amplia de apoyo.

Respecto de la extensión de la asesoría jurídica, baste indicar la inexistencia del turno de oficio en numerosas provincias españolas, la falta de abogados suficientes, la escasa remuneración y, especialmente, la falta de previsión de asistencia letrada a los juicios de faltas²⁴, normalmente el primer proceso en el cual se ve implicada una mujer víctima de malos tratos. Todos estos factores comportan que la asistencia jurídica gratuita para las mujeres maltratadas sea todavía una reivindicación pendiente.

Adicionalmente, por último, para garantizar la participación de la mujer me atrevería a sugerir la conveniencia de reflexionar sobre la posibilidad de flexibilizar las formas en que se puede participar en el proceso penal, al estilo de algunas propuestas estadounidenses como el *victim impact statement* (Ashworth, 1993).

En definitiva, debido a la desinformación que sufre la mujer y a la dificultad de entender el funcionamiento del proceso penal no es extraño que a esta le embarguen sentimientos de que no ha sido tratada apropiadamente, de forma justa y que recurrir al sistema penal es inútil. Ello sin duda tendrá un impacto en su decisión de acudir

al sistema penal o de colaborar con el sistema penal. Debido además a la falta de participación y a la rigidez con la que ésta se articula, no es extraño que muchas ante tales dificultades, recurrir y costear un abogado o tramitar el beneficio de justicia gratuita, y cantidad de papeles, se sientan llevadas de un sitio a otro, mareadas y finalmente desistan.

4. La desconfianza a las declaraciones de la mujer (el «acoso procesal»)

Una cuarta reflexión estriba en el trato que se ha dado a los delitos en los que la víctima es una mujer, referidos a violencia sexual y actualmente a la violencia doméstica. La especificidad de estos delitos se ha pretendido fundar en que en estos casos se enfrenta la declaración de la mujer contra la de otra persona y por ello ha de irse con especial cautela.

Además de esta presunta especificidad (curiosa, puesto que en numerosos delitos, por ejemplo en los robos, lo habitual será también «la palabra de uno contra la de otro») se le añaden los estereotipos de que en estos casos hay muchas mujeres despechadas que denuncian por venganza, enemistad o bien por oscuros intereses. Ello ha comportado que la posibilidad de condenar, como se afirma, «exclusivamente» con base en la declaración de la víctima haya tenido un reconocimiento reticente.

También en los delitos de violencia doméstica encontramos reproducidas las declaraciones de la «dificultad de prueba» de estos episodios. Como es conocido en estos casos, acostumbra a afirmarse que debido a la ausencia de pruebas debe condenarse exclusivamente con base en el testimonio de la víctima. A continuación se añade que «esto no obstante» este testimonio, aun cuando sea la única prueba, es admisible si cumple con tres condiciones que marca la jurisprudencia del T.S. De acuerdo con la STS de 27 de febrero de 1995 (cit. por Delgado, 2001: 97-98):

[el testimonio de la víctima] es considerado por pacífica y continuada doctrina de la Sala, apto para enervar la «presunción de inocencia» siempre y cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen en el juzgador alguna duda que impida u obstaculice formar su convicción, o dicho de otra manera, cuando concurren las

23. Parece increíble que se cree un servicio y luego no se prevea qué organismos deben trasladar a las víctimas al Servicio de Atención a la Víctima. Así, la mayoría de víctimas que llegan al servicio lo hacen por propia iniciativa, al haberlo encontrado en la guía ODO (La Guía Útil). Ello ocasiona que muchas víctimas que podrían beneficiarse con este servicio no lo hagan por desconocimiento.

24. También este aspecto puede verse afectado por la Ley 38/2002 de 24 de octubre, que regula los juicios rápidos, al preverse en su art. 963.2 la posibilidad de que alguna de las partes quiera ser asistida por abogado de oficio en el juicio de faltas.

siguientes circunstancias: a) *ausencia de «incredibilidad» subjetiva, derivada de un móvil espurio*, b) *«verosimilitud» corroborada por circunstancias periféricas* y c) *«persistencia en la incriminación»* (destacado añadido).

Un análisis de esta sentencia y de la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo podría destacar que debido a que en muchos delitos, como he observado, se condena sobre la base exclusiva del testimonio de la víctima ma siendo prueba de cargo suficiente, esta no puede ser la especificidad de los casos de maltratos a mujeres. Más bien lo específico, implícitamente, parece ser que en estos casos el juzgado tiene alguna duda acerca del testimonio de la mujer. No en que solo haya un testimonio radica la diferencia, sino en la credibilidad que se otorga a este testimonio.

A ello parece responder la exigencia del primer requisito que debe reunir la declaración de la víctima para ser admisible como prueba de cargo, la inexistencia de un móvil que permita sospechar que la mueven «oscuros intereses» a denunciar. Así Delgado (2000:99) expone, reflejando sin duda una creencia generalizada, respecto del primer requisito, como la venganza o el interés en obtener una ventaja procesal en la separación pueden ser motivos que hagan dudar de la veracidad de la declaración de la víctima²⁵.

Esto no obstante, siempre puede presumirse que exista un móvil «espurio» en una mujer que ha sido víctima de malos tratos continuados. Lo que encontraría increíble es que la mujer objeto de malos tratos continuados no actuara movida por la ira o venganza²⁶. En cualquier caso, debe recordarse que es la defensa del acusado, o el Ministerio Fiscal, quien debe probar la existencia del móvil «espurio» y que el juez no puede presumir la falta de credibilidad de la víctima.

Respecto del segundo requisito, señala Scheppele (1992: 167) que lo habitual es que las mujeres maltratadas, al igual que las víctimas de otros grandes desastres, retrasen su confrontación con los hechos, nieguen, minimicen, no digan todo, cambien la historia, para proteger su intimidad, por ejemplo, no revelando más de lo que juz-

gan estrictamente necesario, por lo que también el requisito de la persistencia de la declaración puede ser de difícil cumplimiento²⁷.

La existencia de «distintas narrativas» es frecuente en estos casos debido a que, generalmente, uno se da una primera versión de los hechos que posteriormente va elaborando en función de una nueva percepción de los mismos. Sin embargo, el sistema penal tiende a creer que las sucesivas reelaboraciones son prueba de la inverosimilitud de la declaración, tiende a primar la primera versión, como si esta fuera la «no elaborada», olvidando, como señala esta autora, que no hay percepción sin concepción, y que la primera versión, más que la auténtica, puede ser la que la mujer ofrece cuando aun se está culpando a sí misma, por lo que no puede considerarse más verdadera que la segunda, la cual puede responder a un cambio de percepción producto, por ejemplo, del apoyo jurídico, psicológico o emocional que ha recibido.

Finalmente, por lo que se refiere al último requisito de «verosimilitud» corroborado por circunstancias periféricas, no acabo de entender por qué se insiste en que se condena con base exclusivamente en la declaración de la mujer, cuando en realidad se exige que la declaración de esta esté corroborada por «datos objetivos». Con ello se juega con las palabras, pero esto produce un efecto simbólico.

No se condena con base exclusivamente en la declaración de la víctima sino en ausencia de otras pruebas directas, pues evidentemente en numerosas ocasiones además de su declaración hay multitud de datos externos, objetivos²⁸. Por ello quizá fuera más correcto en estos supuestos señalar que se condena por prueba de indicios.

Como sugiere Schneider (2000: 106-108), la paradoja resultante es que los requisitos que se exigen para que pueda condenarse con base en una prueba de indicios en los delitos de violencia doméstica son de difícil concurrencia en el caso de las mujeres maltratadas.

La exigencia de estos tres requisitos (ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud corroborada por

25. En la investigación coordinada por Calvo (2002) solo un 12% de las víctimas que denunciaron por malos tratos estaban tramitando un proceso de separación. Como es de prever que todas no retirasen la denuncia una vez separadas, ello permite intuir lo reducido del número de mujeres que denuncian por este motivo.

26. Desconozco cuál debe ser la adecuada formulación procesal, pero no creo que sea correcta exigir que no exista un móvil sospechoso, pues como he comentado, la venganza por los continuos malos tratos siempre podría considerarse como un móvil «espurio» (sic) que impide creerse a la víctima. Quizá la solución estribe, al igual que en el requisito del ánimo de defensa de la legítima defensa, por entender que el ánimo de venganza no elimina el ánimo de defensa.

27. También DELGADO (2001: 100) observa cómo este requisito, si se aplica rígidamente, convertiría la declaración de la víctima en inadmisibile.

28. Así por ejemplo DELGADO (2001: 103) cita aprobadoramente la sentencia de la A.P. de Toledo de 9 de marzo de 2001 en el epígrafe «valoración de la declaración de la víctima». En realidad esta sentencia, como recoge el propio autor, condena por el reconocimiento implícito del imputado, por el testimonio de una hermana que había visto los síntomas del maltrato, por el testimonio de la Guardia Civil, por una sentencia anterior y por la existencia de un parte de lesiones. No creo que pueda afirmarse que se condena exclusivamente con base en la declaración de la víctima.

datos objetivos y persistencia en la incriminación) lleva en ocasiones a sentencias incomprensibles. Así, la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 3.ª, de 8-4-2000 (249/2000) entiende que no se da el primer requisito:

Que no exista relación previa que haga entrever enemistad y dicha razón permita tachar el testimonio.

Ciertamente, si consideramos que el agresor había sido condenado dos veces y absuelto al menos en otras dos, tiene razón en pensar que existe enemistad. La cuestión es si más allá de esta enemistad, hay motivos para dudar de la declaración de la mujer.

La sentencia entiende que tampoco se da el tercer requisito:

Que la declaración de la víctima esté avalada por datos objetivos que permitan corroborar la comisión de la infracción.

En opinión del Tribunal:

Tanto el Ministerio Público como A.M.G. [la esposa] consideran prueba de cargo suficiente para basar la condena de J.R. [el agresor] por una falta de malos tratos del art. 617.2.º del CP y por un delito de malos tratos continuados, la declaración de aquella última referente a que el acusado le propinó dos bofetadas el día 25-8-1988. *Lo cierto es que J.R. niega tal agresión y que no existen testigos de ella (destacado añadido).*

Y así las cosas, el Tribunal acaba absolviendo al agresor²⁹. Si no hay testigos, el Tribunal considera que vale más la palabra de J.R. que la de su esposa.

En resumen, los requisitos que se exigen para que se acepte el testimonio de la mujer maltratada son de difícil concurrencia en un área donde todos los investigadores

muestran que lo normal es que la mujer tienda a no exponer todos los episodios y a minimizar lo que le ha sucedido; a ello se une una tradicional desconfianza de los tribunales en las declaraciones de las mujeres, de las cuales se teme motivos «espureos»(sic), finalmente se presenta este delito como algo específico en el que se condena «exclusivamente» en base en el testimonio de la mujer, ignorando que ni ello es totalmente cierto, pues se exigen datos objetivos que lo corroboren, por lo que se debería afirmar que se condena con base en la prueba de indicios, ni ello es específico de este delito.

Esta actitud de incredulidad es sin duda percibida por la mujer, la cual finalmente duda de su corrección de haber acudido a buscar apoyo en una institución que la trata con tan poca empatía³⁰.

5. El proceso «público»: o la imposibilidad de retirar las denuncias

Hasla donde tengo conocimiento, no se ha producido en España una discusión explícita respecto de cuál sistema es más ventajoso para la mujer maltratada, si el sistema de delito público o el que requiere denuncia.

Las *diferencias teóricas* entre ambos sistemas son las siguientes: en tanto se trata de un delito público no se requiere la voluntad de la víctima para iniciar el proceso, el cual puede ser iniciado por el atestado que remita el policía, por el parte de lesiones que se reciba del hospital, o por cualquier otro medio previsto en la LECr., asumiendo el Ministerio Fiscal el papel de acusación (sic). Por el contrario, en los delitos semipúblicos, se requiere la denuncia de la víctima para iniciar el proceso, se le concede por lo general la posibilidad de retirar la denuncia en cualquier momento anterior al juicio oral, y se reconoce la posibilidad de declarar extinguido el proceso mediante la figura del perdón.

No obstante estas diferencias entre ambos modelos teóricos, en la práctica ambos tienden a contagiarse. Así,

29. Y ello a pesar de que la sentencia sí considera probado que: «la cogió de la pechera de la camiseta. Que le rompió una cadena», y que el marido admite que el día de las dos bofetadas no dejó entrar a su mujer en casa de su hermana y al cabo de dos días la siguió hasta la casa de su suegra durante menos de una hora. Pero en su opinión «Esta acción no se integra en ningún tipo de maltrato o agresión física para A.M.G.» y en consecuencia no se da la violencia física (que requiere el anterior art. 153 con el que se juzgan los hechos). Con todos estos hechos probados la sentencia basa su absolución en el hecho de que el acusado niega haber propinado dos bofetadas!

30. Acerca de la importancia de la actitud del juez para que la mujer considere que su problema ha sido tratado de forma justa véase FTACEK (1999: 145-161).

pese a que se trata de un delito público, afirma Armero (2000a: 61) que es difícil que la policía curse los incidentes si la mujer manifiesta una voluntad de no denunciar³¹. Además, aun cuando se trata de un delito público en el que no se permite el retiro de la denuncia, es cierto también que desde distintos sectores institucionales se sugiere la posibilidad de sobreseer provisionalmente (aspecto este posible en los procesos por delito) si se anticipa que no se va a poder condenar en el juicio oral por falta de testimonio de la víctima, en los casos en que este es pieza indispensable. Por consiguiente, a pesar de que en teoría es un delito público, depende de quién o cómo ejerza la discrecionalidad, se le dota de rasgos de delito semipúblico.

Si el legislador optara por variar la situación actual y configurara el delito de violencia doméstica como un delito semipúblico, este carácter podría perderse si este también decidiese, al estilo de lo que sucede por ejemplo en los delitos de agresiones sexuales, que la denuncia puede ser presentada por la víctima o el Ministerio Fiscal, que una vez presentada no puede retirarse, y finalmente privarse a la víctima de cualquier posibilidad de extinguir el proceso.

Así las cosas, debido a la confusión práctica de modelos teóricos distintos, las reflexiones que siguen deberían servir para discutir lo que, en mi opinión, es relevante materialmente, esto es, *el grado de disponibilidad sobre el proceso que debe tener la víctima*. Dicho de otra manera, hasta qué punto debe respetarse la autonomía de la mujer, o si es lícito, en nuestro afán por protegerla, acabar negándole esta autonomía. Es mi opinión que, a falta de cualquier reforma legal, las reflexiones que aquí se exponen pueden verse más o menos favorecidas mediante un uso adecuado de la institución del sobreseimiento provisional.

En general, la tendencia legislativa ha sido la de transformar los delitos que afectan principalmente a mujeres en delitos públicos, eliminando o limitando la posibilidad de disponer por parte de la víctima³². En concreto, respecto de los malos tratos si bien el delito es de carácter público, la L.O. 14/1999 ha reformado el artículo 104 de la LECr, eliminando la exigencia de denuncia respecto de la falta de malos tratos, y confirmando el carácter público que tie-

nen las faltas de malos tratos en el Código Penal. También la misma reforma modificó el párrafo final del artículo 620 del Código Penal, referido a las faltas de amenazas, coacción, o vejación, y eximió de denuncia si la persona afectada es familiar, lo que implica que la mujer no requiere denunciar para perseguir a su agresor.

Si se observan los comentarios a estas reformas legislativas, así como también los textos de diversas instituciones, como el Informe de la Fiscalía General del Estado (1999: 45) y el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial (2001), puede apreciarse en general un consenso implícito acerca de que este es en efecto el mejor sistema, y que además es necesario proseguir con el proceso, a pesar de las «frecuentes retractaciones de la víctima».

Ilustrativa es la afirmación contenida en la Circular 1/1998 del Fiscal General del Estado³³:

La intervención del Fiscal debe, pues, ser decidida en esta materia, supliendo, incluso, sobrevenidos comportamientos abstencionistas de las víctimas que pudieran presentarse por variadas circunstancias de índole cultural, económica o social, que, aún explicables en el orden humano, *no han de ser atendibles jurídicamente* cuando se trata de la comisión de delitos de indudable naturaleza pública, cuya persecución el legislador ha querido dejar en manos del Ministerio Fiscal (art. 105 LECrim) (destacado añadido).

Sin embargo, a pesar de esta contundencia, también existen algunas declaraciones de cautela acerca de si en efecto es posible intervenir sin o incluso en contra de la voluntad de la mujer. En oportunidades estas declaraciones vienen inspiradas por el temor de haber más mal que bien (Armero, 2000a: 62; 2000b: 288, 304), en otras vienen inspiradas por una preocupación de que de este modo se desconsidere la autonomía de la mujer y se actúe como un sabelotodo (Solé-Llauri, 1999: 81-82; Medina, 2002: 533-534).

También en Estados Unidos se han discutido las ventajas de adoptar las denominadas «*no drop policies*», las cuales impiden que la mujer retire los cargos una vez que

31. Cuando se habla de la práctica, a falta de investigaciones empíricas, esta siempre es esquiva. En mi entrevista con el servicio de policía encargado de malos tratos a mujeres, estos manifestaron que cursaban el atestado aun cuando hubiera oposición de la víctima, pues en su opinión ellos no están para seguir los «anljos» de las víctimas. Si bien es cierto que también manifestaron que en ocasiones, «según lo ven», si la mujer afirma que ya se han reconciliado entonces sí se queda solo en una diligencia de información. Por lo que puede verse, reina la discrecionalidad más discrecional.

32. Este es el caso claramente de los delitos sexuales, donde si bien se requiere denuncia, también se admite la querrela del Ministerio Fiscal y además se confirmó la eliminación del perdón (art. 191 del Código Penal). O también del art. 227 del Código Penal referido al impago de pensiones donde se requiere denuncia, pero no se prevé que el perdón tenga efectos.

33. Reproducida en el Informe de la Fiscalía General del Estado (1999:75).

ha presentado la denuncia. La discusión ha sido intensa porque al amparo de estas «no drop policies» se ha llegado a arrestar a la mujer para conseguir que declarase e incluso a encarcelarla un par de días³⁴.

Los argumentos a favor de esta política son, resumidamente, los siguientes: el carácter público del delito refleja que ello es un problema de toda la sociedad, y por consiguiente contiene un mensaje simbólico importante (Corsilles, 1994: 879).

Un aspecto colateral de este efecto simbólico puede ser que el policía arreste en más ocasiones al tratarse de un delito público (Hanna, 1996: 1891-1893) o presente atestado en todas las ocasiones, independientemente de lo que manifieste la víctima³⁵.

Adicionalmente, el hecho de forzar la participación de las víctimas puede servir para aumentar el número de condenas (Corsilles, 1994: 875) y en consecuencia aumentar la posibilidad de que el agresor no reincida ni respecto de esta mujer en concreto ni respecto de otras (Hanna, 1996: 1895).

Finalmente, las «no drop policies» retiran la presión de continuar o no el proceso de manos de la víctima (Corsilles, 1994; Hanna, 1996). Los chantajes o represalias por parte de su pareja, en caso de que estuviera en sus manos la posibilidad de retirar la denuncia, se creen poder evitar si el agresor comprende que la denuncia ya sigue su curso y no está en manos de su mujer el desistir del proceso.

Los argumentos contrarios a esta posición quizá no son tan conocidos y por ello vale la pena detenerse brevemente en ellos. En opinión de Ford (1991: 317) el poder, la capacidad de influir en otros, depende de los recursos que uno llene y asimismo de su capacidad de usarlos. Cuando se adopta este tipo de políticas ello implica desproveer a las víctimas de un mecanismo que ellas pueden usar.

Además, añade Ford (1991: 326-331), las víctimas acuden al sistema penal no siempre en demanda de castigo, sino en múltiples ocasiones por una variedad de razones instrumentales, pues el recurso al sistema penal es un

elemento más de las múltiples estrategias que usa la víctima para negociar con el agresor y conseguir determinadas mejoras en su situación.

Reconocer esto puede ayudar a explicar y quizá disminuir los problemas que surgen entre las víctimas y los suministradores de un servicio. Por ejemplo las frustraciones que los agentes del sistema penal experimentan al trabajar con mujeres maltratadas normalmente surgen de un sentimiento de ser usados o de haber perdido el tiempo intentando ayudar a víctimas que finalmente rechazan la ayuda. Estos sentimientos surgen de una definición rígida de «ayuda» expresada en términos del rol del que suministra el servicio más que de las necesidades de la víctima. Las mujeres maltratadas son consideradas irracionales por buscar una ayuda que luego rechazan (Ford, 1991: 331).

En definitiva, los argumentos a favor de permitir que la víctima retire la denuncia ponen énfasis en el mayor respeto a la autonomía de la mujer: atender a su creencia de cuál es la mejor forma de protegerse; permitir que ella reconsidere su situación futura (dificultades económicas, su relación emocional, la custodia de los hijos); y admitir su ambivalencia con respecto al sistema penal, del cual no necesariamente se siente más cerca que del mundo en el que vive.

Sea cual sea la opción que se adopte en este difícil tema, creo que hay diversas cuestiones que deberían ser enfatizadas. La primera sobre la cual creo que es posible alcanzar un consenso, es que la decisión de la mujer de no acudir posteriormente a declarar no puede verse criminalizada. En este sentido, advierte Medina (2002: 534) acerca de la incorrección de la recomendación de acudir al artículo 420 de la LECr realizada por los fiscales encargados del servicio de violencia doméstica³⁶ que permite imponer una multa a la testigo que no acuda la primera vez y ser procesada penalmente en caso de persistir en su actitud.

Creo que también debe descartarse la advertencia que se realiza a la mujer de que tiene la obligación de ir a

34. Las denominadas «no drop policies» abarcan diversas políticas jurisdiccionales. Algunas son denominadas «duras» porque permiten el arresto de la mujer, otras son denominadas «blandas» porque se ordena que la víctima que no quiere cooperar asista a grupos de apoyo. Respecto de las diversas políticas en los distintos Estados puede verse CORSILLES (1994: 858-863) y HANNA (1996: 1862-1864).

35. Existen otras autoras que a pesar de estar por un modelo (sic) que permita siempre el arresto (pro arrest) son contrarias a un modelo (pro charge) que permita siempre el procesamiento. Véase HOYLE-SANDERS (2000:33).

36. Y reproducida por el Consejo General del Poder Judicial (2001).

declarar so pena de incurrir en el delito del artículo 463 (obstrucción a la justicia), o la amenaza que se dirige a la mujer que cambia su declaración en el acto del juicio oral, acerca de la posibilidad de incurrir en los delitos del artículo 456 (acusación y denuncia falsa) o 458 (falso testimonio). Por el contrario, en pocas ocasiones he oído que se cite al marido de la mujer que pretende retirar la denuncia para averiguar si ello es debido a represalias y amenazarle con aplicarle a él el delito de violencia o intimidación para influir sobre un testigo (art. 464)³⁷.

En mi opinión, estas amenazas a la mujer que se resiste a continuar con el proceso penal no solo desconocen su autonomía, sino que también reflejan una profunda incompreensión de la situación de las mujeres maltratadas, de sus dudas, negociaciones, temores y necesidades. Además, como advierte Ford (1991), reflejan la actitud de que el sistema tiene fines más elevados que cumplir que no el de estar al servicio de lo que quieren las víctimas.

Afirmar que no se debe criminalizar a la mujer que pretende retirar la denuncia indudablemente no cierra la discusión, ni lo pretende. Queda abierta aun la reflexión acerca de si debemos aceptar la opinión de las mujeres o no. Evidentemente el tema es complejo. En ocasiones la condena que se produce, con base en la declaración inicial de la mujer ante el juez de instrucción, y en contra de la opinión de la mujer expresada en el juicio oral, puede servir para protegerla del agresor. Pero también hay que reconocer que en ocasiones esta condena solo servirá para complicarle más la vida. A salvo de ulteriores reflexiones, entiendo que es precisamente el juez, con base en un juicio individualizado, quien, ponderando la situación concreta y sin criminalizar a la mujer, debe poder optar por continuar el proceso con una condena previsible o por atender las demandas de la mujer e interrumpirlo.

Si el juez ejerce la opción de no atender a las demandas de la mujer e interrumpir el proceso, ello no debería conllevar una absolución por falta de pruebas. Pues, en efecto, existe en mi opinión la paradoja de no permitir que la mujer retire la denuncia y luego absolver al agresor por

«falta de pruebas». En efecto, la mujer que acude a retirar la denuncia por los motivos que sean, porque tiene miedo, porque tiene hijos y teme perderlos, porque no se las puede arreglar sola, porque cree las explicaciones del agresor y decide darle una oportunidad, porque tiene miedo a quedarse sin el permiso de residencia³⁸, porque no quiere sufrir el rechazo de la familia, porque se siente socialmente aislada, etc., ¿qué hace en estos casos el sistema judicial penal?

Nuestro sistema da la siguiente respuesta contradictoria. Por un lado, no admite que la mujer retire la denuncia, pues esto, se dice, supondría privatizar el conflicto y podría conllevar represalias mayores para la mujer. Pero, por otro lado, se procede a la absolución por falta de pruebas. Absolución de la cual además se culpabiliza a la mujer, pues se le presenta como la responsable, con su negativa a testificar, de esta absolución. Esta culpabilización minimiza el papel que otras instituciones (como la policía y fiscalía) pueden y deben realizar en la recolección de pruebas, preparación del juicio y presentación y mantenimiento de acusación (Hanna, 1996: 1901-1905; Fiscalía de Barcelona, 2001).

Las múltiples absoluciones detectadas en los juicios de faltas³⁹ obedecen sin duda a la peculiar estructura del proceso de faltas, el cual carece de fase de instrucción y es escasamente preparado⁴⁰ con material probatorio adicional a la declaración de la víctima. Además, el juicio de faltas carece de la posibilidad de sobreeser, por lo que el juez se ve obligado a absolver, lo cual desde luego también produce efectos simbólicos para la mujer a la cual no se le ha dejado retirar la denuncia.

Por ello, en mi opinión, la posibilidad de sobreeser es un argumento adicional para tramitar las denuncias de malos tratos por el procedimiento de delito, ya que este además de una adecuada instrucción, permite conceder un tiempo a la víctima, en el cual ella intenta reestructurar su vida, y en última instancia, si en este tiempo no lo consigue, el juez puede sobreeser de forma provisional⁴¹ sin tener que acudir a la absolución.

37. Si bien hay que destacar que esta posibilidad también es recogida por los fiscales encargados del servicio de violencia doméstica (2001)

38. Un análisis de la legislación de extranjería desde una perspectiva feminista puede leerse en MESTRE (2001: 104).

39. CALVO (2001: 265) recoge un 73% de absoluciones en los juicios de falta, frente a un 15,1% de absoluciones en los juicios de delitos. La Fiscalía de Barcelona en el año 2001 de un total de 161 juicios de faltas celebrados recoge 91 sentencias absolutorias, por el contrario de 19 juicios celebrados por delitos se producen 10 sentencias condenatorias.

40. Recordemos que la víctima después de su declaración a la policía se limita a recibir una notificación con el día del juicio advirtiéndosele que acuda «acompañada de las pruebas» que considere pertinentes.

41. La Ley 38/2002 referida a la tramitación de juicios rápidos solo prevé que, en ausencia de acusación, se proceda al sobreesimiento libre (art. 800.5). Esta resignación que impide que el juez declare el sobreesimiento provisional, tendrá, en mi opinión, consecuencias altamente perjudiciales en el caso de los delitos de violencia doméstica. Por un lado porque implicará una absolución y por otro porque impedirá constituir la habitualidad que requiere el delito del art. 153.

En cualquier caso, en vez de presentar a la mujer que usa el sistema penal como a un actor que está activamente buscando soluciones, se presenta a la mujer que usa el sistema penal (que denuncia y luego pretende retirar su denuncia o no declarar contra su agresor) como a una persona que «no sabe lo que quiere» y con ello se contribuye a alimentar el mito de la irracionalidad de la mujer, y vistas las respuestas contradictorias del sistema penal ello es todavía más injusto.

6. El sistema penal no escucha a las mujeres

Como estoy argumentando a lo largo de este artículo, si se insiste en que las mujeres deben acudir al sistema penal y se les sanciona cuando no lo hacen, pues se les presenta como contribuyendo a perpetuar su situación, lo lógico es que el sistema penal responda a las necesidades y pretensiones de estas. Por el contrario, es mi hipótesis que la mujer que acude al sistema penal no solo no encuentra resolución a sus problemas materiales, sino que además tropieza con un sistema penal encerrado en su propia lógica que apenas atiende a sus necesidades o pretensiones. En ocasiones, como hemos visto en el epígrafe anterior, el sistema penal se torna en una institución que finalmente acaba amenazándola a ella, y en otras ocasiones la descalifica por querer lo que quiere.

En efecto, además de los motivos que conducen a la mujer a retirar la denuncia, otra de las cuestiones que parece, si cabe aun más incomprensible, es que muchas que acuden al sistema penal y consiguen una condena, no quieren separarse. Así, se mencionan con asombro los casos de víctimas que acuden a los tribunales con declaraciones del estilo: «quiero que deje de beber», «quiero seguir juntos pero que no me pegue»(sic), los supuestos de víctimas que se reconcilian o incluso los ejemplos de mujeres que acuden a un vis a vis con su compañero condenado. Todos estos ejemplos, de los que huelga decir se desconocen cifras y porcentajes, son presentados nuevamente como síntoma del comportamiento irracional de la mujer y en el mejor de los casos exculpa-

dos por ser un síntoma de enfermedad o «baja autoestima» de la mujer que ha estado sometida a episodios de malos tratos durante un período prolongado.

Para combatir esta imagen de irracional quisiera introducir dos reflexiones. Por un lado, desde hace tiempo mujeres juristas feministas advierten sobre lo impropio de descalificar a las mujeres que adoptan la opción de seguir con la pareja. Presentarlas a ellas como irracionales sin hacer un examen de conciencia de lo que toleramos en nuestra vida cotidiana es probablemente someterlas a ellas a un estándar de conducta más elevado del que rige para nosotros mismos (Schneider, 1992, cit. por Mills, 1996: 1259, nota 153; Littleton, 1989:47; Mahoney, 1991: 15-16; Mills, 1996: 1258-1259). No hace falta estar enferma para hacer un análisis de coste-beneficios y adoptar una opción, o no hace falta estar enferma, en una sociedad en la que impera la vida en pareja heterosexual, para no querer quedarse sola y arrastrar el estigma de fracaso.

La segunda reflexión es la reticencia que se produce para ayudar a quien no quiere lo que se considera racional, que es separarse del agresor. Como afirma Littleton (1989: 29, 45-47), el sistema penal se muestra incapaz de escuchar otras versiones distintas de la mujer que quiere separarse. El deseo de primar la relación por encima de todo puede ser fruto de una «falsa conciencia» de la mujer o producto de un auténtico deseo de la mujer que valora la relación más que la separación⁴², pero mientras la mujer descubre qué es, el derecho debiera protegerla (en su integridad física), ayudarla (presentándole distintas opciones) y respetarla (no descalificándola), sea cual sea la decisión que adopte (Littleton, 1989: 49).

Si las mujeres maltratadas deciden mantener la relación a pesar del riesgo enorme existente, quizás la clave para que el sistema jurídico las represente adecuadamente estriba en tomarse en serio *ambos*, la relación que pretenden mantener y el peligro que afrontan (Littleton, 1989: 52)⁴³.

42. Esta disyuntiva hace referencia a la «tesis de la conexión» expuesta por WEST (1988) basándose en la conocida obra de Carol GILLIGHAN, a partir de la cual se entiende que las mujeres tienen unos valores distintos y una forma de resolver conflictos distinta.

43. Para ello LITTLETON (1989: 53-56) sugiere cuatro medidas: a) cambiar el agresor; b) reducir el coste de la ruptura para las mujeres; c) incrementar el coste de la situación de maltrato para el agresor; d) expandir las opciones de relaciones existentes.

¿Puede el sistema penal ayudar a satisfacer las demandas de las mujeres que pretenden ambas cosas, que cese la violencia a la par que seguir manteniendo la convivencia? En mi opinión sí. Este tipo de respuesta sería posible si los jueces decidieran ejercer la opción de suspender la condena e imponer un tratamiento ambulatorio, posibilidad prevista actualmente en el artículo 83.4 del Código Penal.

Esta respuesta sería, a mi juicio, más aceptable que las que actualmente ofrece el sistema penal y contribuiría a eliminar la sensación de impunidad que rodea el trato de los agresores de violencia doméstica. Además de las numerosas absoluciones, propias de los juicios de faltas, como he expuesto en el epígrafe anterior, las respuestas que se producen en los juicios por delitos pueden resumirse en opinión de Armero (2000b: 290) en las siguientes: a) en el supuesto de producirse una condena por el delito del artículo 153 debido a que los jueces imponen la condena mínima y debido a que estos agresores carecen de antecedentes penales esta condena es suspendida⁴⁴. A esta suspensión de la condena no se le añade ninguna regla de conducta del artículo 83, como por ejemplo, la prevista en el apartado 4 de participar en programas culturales o de educación sexual; b) en el supuesto de ser condenado por falta el juez puede optar entre multa o arresto de fines de semana y generalmente impone multa⁴⁵, que acaba redundando también en perjuicio de la mujer, ya esté conviviendo con él o separándose.

El problema no consiste en aumentar las penas, puesto que esta respuesta, al margen de la opinión que nos merezca, no satisfará a las víctimas que desean seguir conviviendo con su agresor. La solución estriba, a mi juicio, en usar los mecanismos de que dispone el sistema penal para intentar precisamente realizar lo que la víctima pide, ayudarla a que su agresor cambie⁴⁶.

Esta posibilidad empieza a ser considerada hoy en España. Así el Informe de la Fiscalía General del Estado (1999: 52) sugiere condicionar la suspensión de la pena de prisión a la imposición de las reglas de conducta del artículo 83, que permiten imponer su participación en pro-

gramas de tratamiento y también el Consejo General del Poder Judicial (2001) recoge esta posibilidad, si bien como medida cautelar.

No obstante, hay que reseñar también la oposición de algunas asociaciones feministas (Themis, 2001), quienes rechazan la participación del agresor en programas de rehabilitación de maltratadores, fundamentalmente por considerar que esto no es suficiente castigo, por el miedo a detraer recursos destinados a las víctimas y por su ineffectividad⁴⁷.

Por mi parte solo insistir que la posibilidad de que el agresor acuda a programas terapéuticos, además de ser legalmente posible, responde mucho mejor a lo que algunas mujeres esperan del sistema penal (Hoyle-Sanders, 2000: 33) y en esta medida esta respuesta puede contribuir a que la mujer no desista del proceso. Como afirma Hanna (1996: 1884):

De acuerdo a mi experiencia la mayoría de las mujeres que deciden acusar están en un punto medio entre las que quieren colaborar a toda costa con la acusación de su agresor y las que no quieren tener nada que ver con la acusación. La mujer maltratada quiere que cese el maltrato, y en esta medida puede colaborar con el Estado, pero quizá no quiere que se castigue al agresor. Frecuentemente se resistirá a contribuir a su condena de prisión o multa. Su miedo y desconfianza al sistema penal pueden ser incluso mayores que los que siente respecto del agresor. Por ello, si pudiera elegir, la mayoría de mujeres preferirían asesoramiento y tratamiento antes que castigo.

De nuevo, en la medida en que el sistema penal solo atiende a una lógica, la de imponer castigo, y descalifica cualquier otra demanda de la mujer no debería extrañar que ella finalmente entienda que este sistema no la ayuda en lo que pretende conseguir.

44. No creo que ello sea muestra de una benevolencia especial en estos casos sino un proceder general de los jueces. Véase más ampliamente en CID-LARRAURI (2002).

45. Tampoco creo que en este caso la benevolencia sea especial sino resultado de un doble factor: la mala fama que tiene la pena de arresto de fin de semana y su complicada ejecución penal que lleva a los jueces a evitar su imposición. Véase más ampliamente en CID-LARRAURI (2002) y VARONA (2003).

46. Queda un problema pendiente. La posibilidad de aplicar reglas de conducta, esto es, obligar a participar en un programa de maltratadores solo es posible cuando la pena suspendida es la pena de prisión (art. 83.1), lo que implica que esta posibilidad no puede actualmente llevarse a término en las faltas. Ello podría constituir un argumento para que la violencia doméstica sea considerada en todo caso como delito o ser un argumento para proceder a reformar el sistema de penas en las faltas, como sugiere el informe de la Fiscalía General del Estado (1999:52). La discusión de las ventajas de la primera opción será abordada en otro estudio, véase como introducción la sugerencia realizada por el C.G.P.J. (2001) y las recientes propuestas publicadas en *El País* de 6 de diciembre de 2002.

47. La cuestión acerca de su efectividad debe ser dejada para otro artículo. Baste adelantar mi opinión de que la descalificación que se produce de todo tipo de intervención es apresurada y desconoce las investigaciones más recientes. Véase a título de ejemplo para España ECHEBURUA-MONTALVO DE LA CUESTA (2002), respecto de Inglaterra DOBASH-DOBASH-CAVANAGH-LEWIS (2000) y respecto de Estados Unidos GONDOLF (2002).

7. Hijos

Finalmente, una de las razones más alegadas para soportar la situación de malos tratos, además de las ya expuestas de dependencia económica y temor a las represalias, son «los hijos»⁴⁸. Conviene detenerse, aun cuando sea brevemente para examinar que se esconde en esta expresión. En efecto:

Una de las ficciones más recurrentes en el derecho es que las mujeres con hijos son actores individuales. Incluso mucha literatura feminista ha pretendido que las nociones de «yo» y de autonomía son las mismas para todas las mujeres. Pero, de hecho, las madres continuamente toman decisiones sobre la base de un interés múltiple y colectivo (el propio y el de sus hijos, el del marido y el de sus hijos). [...] A pesar de estas responsabilidades y conexiones en las vidas de las mujeres, los jueces y los juristas generalmente asumen que es responsabilidad de la mujer dejar la relación. Cuando las mujeres hablan de su compromiso, historias que incluyen amor y esperanza, el sistema jurídico no encuentra forma de oírlas (Mahoney, 1991:19-20).

En consecuencia, frecuentemente el motivo de «los hijos» oculta una falta de autonomía de la mujer que adopta sus decisiones pensando en el bien de los hijos, en las consideraciones de que, a pesar de los golpes, «es un buen padre», o que los hijos están mejor atendidos materialmente, o en la creencia de que es mejor mantener a todo coste la familia «normal», que aun hoy sigue estando compuesta mayoritariamente por una madre y un padre.

El porqué la mujer tiende a adoptar sus decisiones en función del bien de los demás (pensando en los hijos, en el marido, en sus padres) se debe probablemente a la socialización recibida⁴⁹. Ahora bien, como afirma Mahoney (1991: 20-21), la mujer tiene derecho a que el sistema jurídico la trate de acuerdo con sus circunstancias y respon-

sabilidades sin ser sancionada por ello, como si se estuviese comportando de forma incomprensible, cuando lo incomprensible es que las presunciones de «persona» en la teoría del derecho tomen como referente solo el modelo de comportamiento masculino, e ignoren que el ser «madre» invade todas las decisiones que la mujer adopta.

(...) Si los niños no están siendo maltratados, la mujer puede dudar de privarles del padre, aun cuando con esta decisión ella se ponga en peligro. Sin embargo, nuestra sociedad y doctrinas jurídicas incrementan el coste de su decisión al interpretar su intento de cumplir con esta responsabilidad como si ella estuviera «tolerando» la situación (Mahoney, 1991: 20-21).

Es importante destacar que la mujer que soporta esta situación por el bien de sus hijos, no interpreta erróneamente la situación, ya que, como destaca Littleton (1989: 53-55), la separación comporta en efecto un empobrecimiento de la mujer, al ser su sueldo generalmente inferior al del hombre. Así pues los servicios que puede ofrecer a los niños (piso, escuela, vacaciones) son sustancialmente inferiores.

Del mismo modo, su interpretación de que es mejor que los niños «tengan padre» quizá sea errónea, pero es una interpretación avalada social y jurídicamente como puede verse en la sanción y falta de protección que recibe cualquier otra forma de organización familiar.

Otra situación que puede encontrarse también en el motivo alegado de «los hijos» para no abandonar al agresor, es el temor a perderlos. En efecto, dada la conexión que existe entre madre e hijo, es plausible pensar que el hombre manipula estos sentimientos, pues sabe que puede conseguir determinadas actuaciones de la mujer amenazando con hacer daño o con privarle de los hijos.

No sólo tienen los hombres un acceso mayor a los recursos económicos que pueden suministrar a los hijos, sino que además saben

48. Si he dejado para el final este motivo no es por su falta de importancia. Al contrario, creo que la experiencia de ser madre afecta todas las decisiones que se adoptan. El motivo para tratarlo al final es porque no veo qué puede hacer específicamente el derecho penal en este ámbito. En general se sugiere privar de patria potestad al agresor, sin embargo, esta medida no aborda los problemas y temores que yo he detectado. Muchas mujeres maltratadas no temen que él vea a sus hijos, sino que se los impida ver a ella. Es para evitar cualquier pérdida por lo que ella aguanta lo inaguantable.

49. Que ello constituye una característica producto de la socialización creo que está fuera de toda duda, lo que se discute y es motivo de división entre el feminismo cultural y el feminismo radical es si ello es una cualidad a reivindicar como propia o a rechazar por atribuida por los hombres (quienes están interesados en que alguien les cuide). Sobre esta discusión y especialmente las implicaciones que esta distinta socialización conlleva para las teorías del derecho, véase WEST (1988).

como manipular el miedo de las mujeres de perderlos. (...) Las mujeres tienen buenas razones para temer que si se van perderán los niños, ya que la custodia, si es controvertida, se concede en un 60% a los padres⁵⁰ (Littleton, 1989: 54) (sic).

En conclusión, la expresión «los hijos» oculta dos situaciones complementarias: el miedo a que estos queden desatendidos y el miedo a perderlos. Para ambos temores el sistema jurídico debe atender a la distinta realidad de las mujeres con hijos, no descalificarlas por intentar cumplir con lo que estiman su obligación de madre, y dar respuestas que disminuyan el coste económico y personal de la separación para la mujer. Solo así podremos ayudar a que ella se libere de la situación de violencia que se ve obligada a aguantar.

Bibliografía

- ARMERO, S. (2000a): «Diligencias de prueba. Retracción de las víctimas. La protección de la víctima en el curso del proceso», en *Violencia física y psíquica en el ámbito familiar* (1.ª reunión de fiscales encargados del Servicio de Violencia Familiar). Madrid, Ministerio de Justicia.
- (2000b): «Aproximación a la problemática. Protección de la víctima en el curso del proceso. La necesaria y variada respuesta judicial. Perspectivas de futuro», en *Violencia física y psíquica en el ámbito familiar* (1.ª reunión de Fiscales encargados del Servicio de Violencia Familiar). Madrid, Ministerio de Justicia.
- ASHWORTH, A. (1993): «Victim Impact Statements and Sentencing», en *Criminal Law Review*, 496.
- CALVO, M. (2001): «Informe sobre el tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia. Conclusiones». Consejo General del Poder Judicial.
- (2002): «La violencia intra-familiar ante la Administración de Justicia. Conclusiones». Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza; Instituto Aragonés de la Mujer.
- CID, J.-LARRAURI, E. (2002): *Jueces Penales y Penas en España*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2001): «Informe sobre la violencia doméstica», en *Actualidad penal*, n.º 16, 16 al 22 de abril; CP 52.
- CORSILLES, A. (1994): «No drop policies in the prosecution of domestic violence cases: Guarantee to Action or Dangerous Solution?», en *Fordham Law Review*, vol. 63, pp. 853-881.
- DELGADO, J. (2001): *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*. Madrid, Colex.
- DOBASH, Ruth; DOBASH, Russell; CAVANAGH, K. y LEWIS, R. (2000): *Changing Violent Men*.
- ECHEBURÚA, E.; FERNÁNDEZ MONTALVO, J. y DE LA CUESTA, L. (2001): «Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar», en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 1, pp. 19-31.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2000): «Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999». Madrid.
- FISCALES ENCARGADOS DE LOS SERVICIOS DE VIOLENCIA FAMILIAR (2001): «Conclusiones aprobadas en la primera reunión de fiscales encargados de los servicios de violencia familiar», en *Actualidad penal*, n.º 34, 17 al 23 de septiembre; CP 70.
- FISCALIA DE BARCELONA (2001): «Informe del servicio de violencia doméstica».
- FORD, D. (1991): «Prosecution as a victim power resource. A note on empowering women in violent conjugal relationships», en *Law & Society Review*, vol. 25, n.º 2.
- GONDOLF, E. (2002): *Batterer Intervention Systems*. London, Sage.

50. Esta realidad, en opinión de un profesor de derecho civil consultado, no reflejaría la realidad española. No obstante hay que tener en cuenta la siguiente precisión: en opinión de MAHONEY (1991: 21, nota 82), la custodia se da a los padres si es disputada porque precisamente los jueces tienden a castigar a la mujer que quiere obtenerla en exclusiva. Si se introduce esta precisión entonces sí es plausible que los jueces concedan la custodia al padre, pues tienden a desconfiar que la madre que pide la custodia en exclusiva cumpla el régimen de visitas, por ejemplo. En consecuencia, la pregunta por contestar empíricamente no es a quién le dan la guarda y custodia, sino a quién se la dan cuando esta es disputada.

HANNA, C. (1996): «No right to choose: Mandated victim participation in domestic violence prosecutions», en *Harvard Law Review*, vol. 109, pp. 1850-1910.

HOYLE, C. y SANDERS, A. (2000): «Police Response to Domestic Violence: From Victim Choice to Victim Empowerment?», en *The British Journal of Criminology*, vol. 40, n.º 1.

LARRAURI, E. (1995): «Una crítica feminista al derecho penal», en Larrauri-Varona (1995) *Violencia Doméstica y Legítima Defensa*. Barcelona, E.U.B.

LITTLETON, C. (1989): «Women's experience and the problem of Transition: Perspectives on Male Battering of Women», en *The University of Chicago Legal Forum*, pp. 23-57.

MAHONEY, M. (1991): «Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation», en *Michigan Law Review*, vol. 90, n.º 1, pp. 2-94.

MEDINA, J.J. (2002): *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*. Valencia, Tirant lo Blanch.

MESTRE, R. (2001): «Inmigración, Exclusión y Género», en Fernández Sola-Calvo García (coords.), *Inmigración y Derechos*. Mira Editores, Zaragoza.

MILLS, L. (1996): «On the other side of silence: Affective Lawyering for Intimate Abuse», en *Cornell Law Review*, vol. 81, pp. 1225-1263.

MULLENDER, A. (1996): *La violencia doméstica*. Barcelona, Paidós, 2000.

PTACEK, J. (1999): *Battered Women in the Courtroom*. Boston, Northeastern University Press.

LANE SCHEPPELE, K. (1992): «Just the Facts Ma'am: Sexualized Violence, Evidentiary Habits, and the Revision of Truth», en *New York Law School Law Review*, vol. 37, pp. 123-173.

SCHNEIDER, E. (2000): *Battered Women and Feminist Lawmaking*. New Haven, Yale University Press.

SOLE, J. y LARRAURI, E. (1999): «Violencia doméstica y situación de la víctima. Una aproximación jurídico material y procesal», en *Justicia*, 99, pp. 49-83. Barcelona, Bosch.

THEMIS y otros (2001): «Comentarios a algunos aspectos jurídicos del borrador del C.G.P.J. sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica». Madrid.

VARONA, D. (2003): «El arresto de fin de semana: un ejemplo de desplazamiento nocivo entre penas alternativas» (pendiente de publicación).

WEST, R. (1988): «Jurisprudence and Gender», en *University of Chicago Law Review*, vol. 55, n.º 1, pp. 1-70. Existe traducción al castellano en *Género y Teoría del derecho*. Ediciones UniAndes, Colombia, 2000.



«Castillejas». Acrílico de Gerardo González

LA VALIDEZ DEL SISTEMA PENAL ACTUAL FRENTE A LOS RETOS DE LA NUEVA SOCIEDAD

Nieves Sanz Mulas*

*Política es el arte de aplicar en cada época de la Historia
aquella parte del ideal que las circunstancias hacen posible.*

ANTONIO CÁNOVAS DEL CASTILLO

Introducción

Que duda cabe, y nos guste o no, que la criminalización de una conducta sigue siendo un problema político. Una decisión claramente fundada en una serie de valoraciones sociales, económicas y culturales concretas. Pero, ¿y qué ocurre con los juristas? ¿Dónde está su, por lógica, necesaria aportación en la batalla contra la criminalidad?

El jurista —estamos de acuerdo con ZÚÑIGA—¹ ha perdido la capacidad de respuesta ante los problemas sociales, siendo finalmente el político quien toma la decisión sobre una concreta direccionalidad social y sobre los medios para alcanzarla. Y es que, frente a este embate de la política, los penalistas seguimos ciertamente estancados en el pasado, usando armas del todo trasnochadas y poco, o nada, eficientes. Esto es, mientras el político aduce utilidad, el penalista responde con una "rigurosidad científica" que ya no es de recibo. Y, mientras tanto, la sociedad demanda más protección, y a esa petición hay que darle una respuesta.

Porque las sociedades actuales viven en continua transformación y en ellas las ciencias solo se legitiman por su capacidad para resolver problemas sociales. Luego, el reto fundamental de los penalistas se halla en la búsqueda de soluciones eficaces, frente al problema de la crimi-

nalidad, y con respeto, claro, de las reglas fundamentales de intervención penal. Y ello pasa, sin duda, "por una racionalización de la Política criminal buscando un elenco de respuestas no necesariamente penales"².

Política y derecho, por tanto, como los dos grandes sistemas de regulación de la vida social, deben buscar caminos convergentes, "lo que en el ámbito de la prevención de la criminalidad significa —concordamos nuevamente con ZÚÑIGA— racionalizar la política criminal, juridificando la acción política y politizando la acción jurídica"³. O lo que es lo mismo, acabar con la actual "apropiación política del discurso jurídico"⁴.

Notas definitorias de la sociedad moderna

No cabe duda de que cada sociedad produce su propia criminalidad. Y esto es así porque el fenómeno criminal no es sino el producto de unas determinadas coordenadas históricas y sociales. No existen, por tanto, tipologías abstractas de criminalidades, sino personas que por determinadas circunstancias sociales realizan comportamientos que en ese momento son considerados delictivos. Esto es, la definición del delito es el resultado de una sistemática negociación entre las demandas sociales, siempre más dinámicas que las ofertas institucionales, y la normalización de dichas demandas por parte del Estado⁵.

* Profesora de derecho penal, Universidad de Salamanca

1. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001, p. 20.

2. *Ibidem*.

3. *Ibidem*.

4. GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, "Libertad y seguridad en la crisis del bienestar", en *CPC*, n.º 55, 1995, p. 357.

5. SAN JUAN, C., "Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 13, diciembre 1999, p. 19.

En este sentido, y ciñéndonos a las sociedades occidentales posindustrializadas, o posmodernas, entre las que cabe integrarse la nuestra, podemos hacer destacar como notas definitorias, condicionantes de la actual política criminal, las siguientes:

1. Sociedad de comunicación

El protagonismo del que hoy día "gozan" los medios de comunicación no tiene precedentes. Los *mass media* han adquirido el liderazgo absoluto como poder configurador de imágenes, demandas y expectativas sociales, y con intereses, por supuesto, consumistas. Pero eso no es todo, y ahí comienza el problema. Este poder paulatinamente se va convirtiendo también en poder disciplinario, esto es, en control social informal. Porque a través de la creación de imágenes también se configuran roles, estereotipos sociales de las conductas desviadas y de la criminalidad. Es más, cabe aducir su indudable influencia en la demanda de concretas políticas criminales, y por lo general de claro carácter represivo, y en las que el sistema penal está llamado a actuar como *prima ratio*, "cual poder apaciguador de inquietudes sociales"⁶.

Raro será el día que nos despertemos sin noticias "vinculadas" a la criminalidad; es más, ninguna crisis, por muy remota que se encuentre en el espacio, no es ajena⁷. Pero ya no solo es importante lo que "es" la criminalidad, sino lo que "parece" ante la sociedad y lo que esta demanda con su "visión" al sistema penal. El poder configurador de la sociedad con el que cuentan los medios de comunicación, ha hecho trasladar al sistema penal el debate social de cuestiones valorativas que interesan a los ciudadanos. Cuestiones como la violencia doméstica, la corrupción política, los ataques al medio ambiente, el acoso sexual en las empresas, el terrorismo, etc.⁸

Conflictos todos ellos que, al no ser asumidos ni por los poderes políticos ni por las fuerzas sociales, llegan *prima ratio* al sistema penal, exigiéndole respuestas contundentes que sirvan como muestra de un supuesto consenso social sobre los temas a debate. Una nueva fun-

ción, esta asumida por el sistema penal, que influye claramente en su configuración, reforzando su tarea de medio de control social. Unos efectos promocionales, instrumentales, funcionalizadores del sistema social de consenso, que tiene claros resultados nocivos para el propio sistema penal y para la sociedad en general.

Porque lo que, finalmente, se está fomentando no es sino un uso utilitarista del derecho penal, que provoca un abuso de la intervención penal, legitimando su actuación en *prima ratio* y propiciando que se privilegie su función preventiva sobre la de protección de bienes jurídicos. Lo que solo cabe traducirse, al final, en una función meramente simbólica del derecho penal, y por ello carente de toda legitimación —concordamos con DÍEZ RIPO-LLÉS—, "en cuanto que su configuración ya no aspira a, ni por lo general puede, fundamentarse en su eficacia para proteger bienes jurídicos y evitar la delincuencia, único fin que permite justificar la correspondiente decisión legislativa"⁹.

2. Sociedad del riesgo

La sociedad actual, de igual modo, se caracteriza por la aparición de nuevos avances tecnológicos. Vivimos en la era de la tecnología y ello, sin duda, ha significado un notable aumento del bienestar individual, pero también ha acarreado importantes consecuencias en lo que a los conflictos sociales y la forma de abordarlos se refiere. La revolución científica y técnica, como tendremos ocasión de comprobar, constituye tanto un factor de progreso como un motivo acuciante de nuevas desigualdades en la sociedad internacional. Aporta todo un arsenal de expectativas que pueden servir tanto para liberar al hombre de sus servidumbres frente a la naturaleza, como para imponerle nuevas y mucho más sofisticadas técnicas de dominación frente a sus semejantes¹⁰.

Buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen, precisamente, de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos¹¹: riesgos para el medio ambiente o para

6. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, ob. cit.*, p. 254.

7. MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 111.

8. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal, ob. cit.*, p. 255.

9. DÍEZ RIPO-LLÉS, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", en *Claves de razón práctica*, nº 85, 1988, p. 50.

10. MESA, R., *La nueva sociedad internacional, ob. cit.*, p. 117 y ss.

11. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 22.

los consumidores o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la biología, la genética¹², la industria química, la informática, las telecomunicaciones, el tráfico rodado, la producción masiva de alimentos, etc. Lo que, sin embargo, no quiere decir que la nuestra sea una era más peligrosa, ni más arriesgada, que la de las generaciones anteriores, simplemente es que el balance de riesgos y peligros ha cambiado¹³.

Vivimos en un mundo donde los peligros creados por nosotros mismos son tan amenazadores, o más, que los que proceden del exterior. Ciertamente, algunos son verdaderamente catastróficos, como el riesgo ecológico mundial, la proliferación nuclear o el colapso de la economía mundial; otros, en cambio, nos afectan más a título individual, por estar relacionados con la dieta, la medicina, etc.¹⁴. Pero la consecuencia es una: el surgimiento y consolidación de bienes jurídicos colectivos tales como la salud pública, el medio ambiente, la ordenación del territorio o los vinculados a muy diversos aspectos del orden socioeconómico. Es lógico, pues, que hoy se hable de "Sociedad del riesgo", de "Derecho penal del riesgo", con importantes repercusiones para la política criminal¹⁵.

La protección de tales bienes jurídicos colectivos da ocasión a abundantes riesgos y dificultades, derivados en su mayor parte de la ausencia de suficiente reflexión sobre su adecuado tratamiento. Entre todos estos riesgos, sin duda, destaca el que el derecho penal se introduzca en ámbitos en los que no resulta eficaz, perdiendo de vista la nota de subsidiariedad frente a otro tipo de intervenciones sociales, jurídicas o no, que le es inherente. Un riesgo al que suele seguirle con frecuencia, y nuevamente, el caer en actuaciones puramente simbólicas¹⁶.

Pero no todo queda aquí, las nuevas tecnologías, sobre todo, han incidido en la configuración del ámbito de

la delincuencia no intencional¹⁷. Esto es —escribe SILVA— las consecuencias lesivas del "fallo técnico" aparecen como un problema central de este modelo¹⁸. Más que de resultados, ahora se habla de "riesgos", de "peligros" para bienes jurídicos, con el consiguiente cambio en las reglas de la causalidad, culpabilidad y responsabilidad¹⁹.

Ello explica que la actual configuración de los tipos penales sea predominantemente de "delitos de peligro", incluso de "delitos de peligro abstracto", pues es en el dominio del peligro, en la capacidad del actuar humano de contener el riesgo de su conducta, donde viene a centrarse lo injusto. El adelantamiento de la intervención penal parece, pues, justificado. Pero, ¿hasta qué punto? ¿Cuál es el riesgo permitido en cada conducta? ¿Cuál es el nivel máximo de riesgo por encima del cual se establece el injusto penal?²⁰

La respuesta es labor del derecho administrativo, como encargado de delimitar, normativizar y reglamentar todos estos sectores de riesgos socialmente relevantes. Lo cual tiene una importante repercusión político criminal: el acudir necesariamente a las leyes penales en blanco, pues la determinación de lo prohibido se desplaza a instancias extrapenales, con los problemas que tal técnica legislativa siempre conlleva. Además, a través de la técnica de los delitos de peligro, sobre todo abstracto, se puede atentar con facilidad contra el principio de seguridad jurídica, y se promueve un indebido alejamiento de las referencias materiales a las que no debe renunciar el derecho penal y que pretende asegurar el principio de lesividad. Nos situamos, en consecuencia, frente a un sector prioritario de la política criminal, en el que —de acuerdo con DÍEZ RIPOLLÉS—²¹ se deben centrar los esfuerzos y la reflexión.

12. Piénsese, como ejemplo, en toda la controversia suscitada sobre los alimentos modificados genéticamente. Ya crecen cultivos modificados de este modo en 35 millones de hectáreas de tierra en el mundo —un área 1,5 veces mayor que Gran Bretaña—. La mayoría se siembra en Norteamérica y China. Los cultivos incluyen soja, maíz, algodón y patatas. Si partimos de que la tecnología genética es esencialmente nueva, es lógica la preocupación por el riesgo que este tipo de cultivos pueda suponer para la salud a medio o largo plazo.

13. GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2001, p. 47.

14. *Ibidem*.

15. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, *ob. cit.*, p. 258.

16. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", *ob. cit.*, p. 53.

17. Sin olvidar, obviamente, que los avances tecnológicos también ofrecen a la delincuencia nuevos instrumentos y herramientas para delinquir con mayor velocidad y más impunidad, especialmente la criminalidad organizada. Véase *infra*, apartado III.2.B).

18. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal*, *ob. cit.*, p. 22.

19. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, *ob. cit.*, p. 259.

20. *Ibidem*.

21. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", *ob. cit.*, p. 53.

3. Sociedad compleja y organizada

Nuestras sociedades también destacan por su enorme complejidad, pues la interacción individual ha alcanzado niveles hasta ahora del todo desconocidos. Son características definitorias del sistema social actual, entre otras: el desarrollo social de los últimos tiempos, la multiculturalidad como nota cada vez más característica, el vertiginoso proceso urbanístico que sufren las grandes ciudades, la división del trabajo y la proliferación de estructuras colectivas. Factores todos ellos que determinan el que las conductas lesivas ya no se produzcan como antes, por el comportamiento de una sola persona, sino por la interrelación de conductas en organizaciones sociales, especialmente empresas, que al tener una división funcional del trabajo —jerarquías— funcionan con una serie de principios como los de obediencia, confianza, etc., con el correspondiente contexto de riesgo para bienes jurídicos²². Esto es, la sociedad actual, de igual modo que se presenta mucho más compleja en su estructuración, se muestra mucho más delicada en su funcionamiento²³.

La creciente interdependencia de los individuos da lugar a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros. Y ello tiene como consecuencia —nos advierte SILVA— la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión, que incide directamente en su reconstrucción técnico-jurídica²⁴. Y si a esto, además, le unimos el que la construcción de las sociedades es de persona jurídica, sin duda nos encontramos ante un programa bastante complejo a la hora de individualizar las correspondientes responsabilidades²⁵.

4. Sociedad globalizada y criminalidad transnacional

De igual modo, las nuestras son unas sociedades, sin duda, intercomunicadas, "globalizadas", que se encuentran influenciándose unas a otras, determinándose en sus valores culturales y modos de vida, recíprocamente. La sociedad comunicativa moderna, que acerca las distancias y a los individuos, crea nuevos tipos de relaciones sociales que hasta ahora no estamos en capacidad de ordenar y controlar socialmente²⁶. Esto es, y en palabras literales de GIDDENS, "para bien o para mal lo único cierto es que nos vemos propulsados a un orden global que nadie comprende del todo, pero que hace que todos sintamos sus efectos"²⁷. Es más, cabría, incluso, aducir varias razones que tornan irreversible la globalidad²⁸: el ensanchamiento del campo geográfico y la creciente densidad del intercambio internacional, así como el carácter global de la red de mercados financieros y del poder de las empresas multinacionales; la revolución en el terreno de la información y la tecnología de la comunicación; la exigencia de respetar los derechos humanos, en cuanto estos son considerados como el principio de la democracia; la política mundial, cada vez más *posinternacional* y *policéntrica*; el problema de la pobreza global; la crisis del principio tradicional de soberanía; una nueva concepción de la estatalidad.

La globalización, que duda cabe, está reestructurando nuestros modos de vivir, y de forma muy profunda. Está dirigida por Occidente, lleva la fuerte impronta del poder político y económico estadounidense y —aquí comienza el problema— es altamente desigual en sus consecuencias²⁹. Porque la globalización es un fenómeno, sobre

22. Por no mencionar el hecho de que la mayor densidad poblacional de las grandes ciudades aumenta el anonimato de los individuos, y con él mejoran las posibilidades de que la criminalidad se desarrolle. O de que la fragmentación social de la familia, por los cambios de roles, la incorporación de la mujer al trabajo, los desplazamientos de uno de los miembros de la pareja a otras áreas geográficas, produce necesariamente conflictividad social, conductas desviadas y criminalidad. Véase en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, ob. cit., p. 263. Y estos son unos aspectos de la globalización —nos recuerda GUIDDES— al menos tan importantes como los que se producen en el mercado global. Véase en GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, ob. cit., p. 16.

23. MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, ob. cit., p. 122.

24. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal*, ob. cit., p. 23.

25. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, ob. cit., p. 263.

26. *Ibidem*, p. 264.

27. GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, ob. cit., p. 19.

28. GURRUTXAGA ABAD, A., "Los nuevos retos de los Derechos Humanos", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º extraordinario 12, 1998, p. 233.

29. Al respecto, GUIDDENS escribe: "La globalización, razonan algunos, crea un mundo de ganadores y perdedores, unos pocos en el camino rápido hacia la prosperidad, la mayoría condenada a una vida de miseria y desesperación. Las estadísticas al respecto son angustiosas. La porción de renta global de la quinta parte más pobre de la población mundial se ha reducido del 2,3 % al 1,4% entre 1989 y 1998. La proporción que se lleva la quinta parte más rica, en cambio, ha aumentado. En el África subsahariana 20 países tienen menor renta per cápita en términos reales que a finales de los años sesenta. En muchos países poco desarrollados las normas de seguridad y medio ambiente son escasas o prácticamente inexistentes. Algunas empresas transnacionales venden mercancías que son restringidas o prohibidas en los países industriales —medicinas de poca calidad, pesticidas destructivos o cigarrillos con un alto contenido en nicotina y alquitrán—. En lugar de una aldea global, alguien podría decir, esto parece más el saqueo global" Véase en GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, ob. cit., p. 27 y 55.

todo, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados. Pero las fronteras no solo se abren para los ciudadanos, sino también para la delincuencia —en especial la organizada— que, aprovechándose de los canales del comercio internacional libre y de los adelantos tecnológicos, mueve capitales, beneficios, personas y mercancías ilícitas de todo tipo³⁰.

La criminalidad de la globalización es, por tanto, criminalidad de sujetos poderosos, caracterizada no solo por la magnitud de sus efectos económicos, sino también políticos y sociales, pues tiene una notable capacidad de desestabilización de los mercados y de corrupción de funcionarios y gobernantes³¹. Es lógico, pues, que constituya uno de los grandes retos de la actual política criminal. Porque, hoy por hoy, son más que evidentes las imperfecciones del sistema de imputación individual del derecho penal, haciéndose absolutamente necesaria la creación de nuevos mecanismos de imputación que respondan mejor a una criminalidad que es transnacional, organizada, empresarial. Dos frentes deben, sobre todo, trabajarse: el problema de la imputación en organizaciones complejas y el carácter transnacional del delito³².

5. Sociedad de la inseguridad y de los sujetos pasivos

La nuestra también cabe ser definida como la sociedad de la inseguridad³³. Entre sus causas, sin duda, se encuentran las dificultades de la población para adaptar-

se a sociedades en continuo desarrollo. La actual revolución de las comunicaciones da lugar a un vértigo, derivado de la falta de dominio del curso de los acontecimientos, que solo cabe traducirse en términos de inseguridad. Esto es, a las dependencias tradicionales hay que sumar ahora la subordinación tecnológica, probablemente más grave que las anteriores por la sutileza con que actúa y la asepsia con que es presentada su utilización. Porque, que duda cabe —y coincidimos con MESA—³⁴, en que el conocimiento solo es liberador cuando se encuentra a la libre y entera disposición de todos. El saber en manos de unos pocos siempre será la característica definitiva en la articulación de un mecanismo de poder y de dominación.

De igual modo, a través de los medios de comunicación, donde lo lejano y lo cercano muchas veces pierden sus contornos, y donde la reiteración y actitud (dramatización, morbo) con que se examinan determinadas noticias actúan como verdaderos agentes multiplicadores de los ilícitos y las catástrofes³⁵, se provocan percepciones inexactas³⁶ que generan verdaderas situaciones de inseguridad³⁷. Es más, incluso las propias instituciones públicas encargadas de reprimir la criminalización contribuyen con esa difusión de la sensación de inseguridad, con la transmisión de imágenes sesgadas de la realidad³⁸. Consecuencia de todo ello: la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone el Estado, y en particular el derecho penal, deben dar respuesta. Vivimos, por tanto, en una sociedad del miedo. Y ese miedo puede llegar a ser tanto o más dañino para la sociedad que el mismo delito, puesto que genera conductas en los

30. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, ob. cit., p. 265.

31. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal*, ob. cit., p. 70.

32. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, ob. cit., p. 265.

33. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal*, ob. cit., p. 27 y ss.

34. MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, ob. cit., p. 143.

35. A nadie se le escapó, por ejemplo, la "influencia" que en la conciencia social ejerce la proliferación de los programas caracterizados como "reality shows" en muchos medios de comunicación.

36. Llegando así más a una inseguridad "creada" que real. Porque deberíamos preguntarnos hasta qué punto esa sensación de inseguridad está en función del aumento de la criminalidad o más bien se trata de una "construcción ideológica", una realidad más o menos inventada o cuanto menos "redibujada" convenientemente, en función de otros factores como la experiencia vivida por personas cercanas, las informaciones difundidas por los medios de comunicación, la insatisfacción ante el sistema penal, etc. En resumidas cuentas, una perspectiva distorsionada de la realidad social construida a partir de indicadores estadísticos de criminalidad y resortes emotivos de algunos medios de comunicación de masas. Véase en GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, "Libertad y seguridad en la crisis del bienestar", ob. cit., p. 358.

37. En palabras de GARAPÓN, "Los medios, que son el instrumento de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia de la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo de chivo expiatorio que se crea reservado para tiempos revueltos". Véase en GARAPÓN, *Juez y democracia*, Barcelona, 1997, p. 94.

38. Por ejemplo, la criminalidad de las minorías étnicas —sean extranjeros, o inmigrantes o gitanos— está a la orden del día en el discurso político. A fin de probar que los extranjeros delinquen más que los nacionales, los políticos con tendencia nacionalista o aun xenófoba (y ahora son numerosos) comparan los delitos cometidos por los nacionales con los cometidos por los miembros de la minoría aludida. El resultado es muy distinto si —como lo han mostrado investigaciones criminológicas— la criminalidad de miembros de una minoría es puesta en relación con la de un grupo de nacionales del mismo grado de desventaja social: la tasa de criminalidad es más o menos igual, y la teoría según la cual estas minorías cometen más delitos que los otros, es descalificada como lo que es: un mito fundado en un prejuicio. Véase en BARTSCH, H.J., "Política criminal contemporánea perspectivas europeas", en *Euzkizara. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 9, diciembre 1995, p. 12 y 13.

ciudadanos que pueden poner en peligro la seguridad de la población³⁹, además de contribuir a un determinado consenso que continuamente legitime discursos basados en la ley y el orden, con el correspondiente peligro para la convivencia democrática.

Pero no todo acaba aquí, los aumentos de expectativas de los individuos en las sociedades del bienestar, el incremento del nivel de vida de las capas medias, y los medios de comunicación que sirven de dinamizador de esas expectativas, hacen que se produzca una "inflación de los derechos", identificados con cualquier expectativa merecedora de tutela, como los derechos del medio ambiente, la calidad de vida, los derechos de los animales, etc.⁴⁰

Esto es, todos nos identificamos con la víctima del delito. En un momento cultural en el que la referida criminalidad de los poderosos preside la discusión doctrinal, pero también la actividad de los tribunales que trasciende a los medios de comunicación y, en consecuencia, la representación social del delito, es ciertamente comprensible que la mayoría tienda a contemplarse a sí misma más como víctima potencial que como autor potencial⁴¹. La nuestra, en definitiva, es también una sociedad de "sujetos pasivos", donde se plantea la preeminencia de la necesidad de "vivir" y, con ello, también la reducción de las fronteras del riesgo permitido. Consecuencia: de nuevo, el consiguiente incremento de la apreciación de deberes de cuidado y de la tipificación de delitos de peligro⁴².

En resumen, todos los fenómenos aducidos no parecen sino conducir a un cambio global en la representación

de la criminalidad de signo claramente defensista⁴³. Esto es, a un aumento progresivo e imparable en la criminalización de conductas y su represión. A una política criminal de expansión práctica del derecho penal, en definitiva, que en poco o nada se parece a la necesaria restricción del mismo que la doctrina décadas atrás viene predicando desde la teoría.

El derecho penal y la nueva sociedad. Tendencias actuales

1. Delineamientos generales en nuestro país

Seguramente —nos advierte SILVA—⁴⁴ nunca se había hablado tanto, en los círculos intelectuales, de la necesidad de reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un derecho penal mínimo, como se hace en nuestros días. Pero, irónicamente, también hacia mucho que no se constataba una tendencia legislativa de expansión del derecho penal como la que actualmente se vive. Y esta también es, tristemente, una característica por constatar en el Código Penal español de 1995⁴⁵.

A lo largo de su texto asistimos a la introducción de nuevos tipos delictivos y al agravamiento general de las penas llamadas a sancionar los delitos ya existentes (sobre todo los socioeconómicos). Una criminalización de ninguna manera contrarrestada con la lógica, y consiguiente, descriminalización de aquellas figuras delictivas en nuestros días carentes de toda lógica. Una clara tendencia expansiva puesta aun más de manifiesto con las continuas reformas que, desde su nacimiento, nuestro

39. GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, "Libertad y seguridad en la crisis del bienestar", *ob. cit.*, p. 359.

40. FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 106.

41. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal*, *ob. cit.*, p. 40 y 41.

42. *Ibidem*, p. 31 y ss.

43. *Ibidem*, p. 43.

44. *Ibidem*, p. 15.

45. Ya en su Exposición de Motivos se hace alusión a la existencia de "una antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja" justificándose una "prudente acogida a nuevas formas de delincuencia".

texto punitivo viene experimentando⁴⁶, y que en la que ahora estamos "sufriendo" ha encontrado su clara "piedra de toque"⁴⁷.

Respecto de esta tendencia, son ciertamente reveladoras las palabras de SÁEZ VALCÁRCEL: "Cuando uno se enfrenta al código penal desde la perspectiva de los materiales legislativos previos, el proyecto del Gobierno, las enmiendas elaboradas por los grupos parlamentarios y las intervenciones de sus portavoces en la Comisión de Justicia, se sorprende ante la imposibilidad de identificar un discurso que permita calificarse, al menos, como liberal. La nota que distinguía las opciones en liza, no era que unas defendieran la intervención punitiva y otras se mostrarán más propicias a su restricción, sino la diversa naturaleza de los comportamientos que pretendían castigar. Aquéllos incidieron en los valores tradicionales, ya representados con exceso en el código penal, mientras que las izquierdas intentaron criminalizar ofensas a los valores colectivos que estuvieron en ascenso durante la década de los ochenta: los derechos de los trabajadores y de las mujeres, la protección del medio ambiente, los intereses de las minorías, la discriminación, el racismo y los delitos de cuello blanco. Pero, su espacio de debate es el mismo. Ninguna de esas opciones puso en cuestión la prisión ni la inflación del derecho penal"⁴⁸.

Pero, por supuesto, todo tiene un precio, y algunas de las consecuencias inmediatas de esta política criminal, basada en tipificación todo aquello que la sociedad pide sin un juicio de maduración lógico y previo, son, como nos advierte DÍEZ RIPOLLÉS⁴⁹: la creación de delitos de casi imposible aplicación por un juez o tribunal respetuoso de las garantías penales⁵⁰; la formulación de tipos delictivos superfluos o redundantes, con aparente ignorancia de lo ya existente⁵¹, motivados por no más de una docena de conductas lesivas concentradas en el tiempo pero suscitadoras de una transitoria inquietud social⁵²; y, finalmente, pero no por ello menos importante, la producción de efectos contrarios a los deseados con relación a la protección de bienes jurídicos⁵³. ¿Nos pasará lo mismo con la macro-reforma que actualmente se está discutiendo? Mucho nos tememos que sí, pues esa "maduración" de la que habla este autor no está, precisamente, siendo la nota definitoria de la misma.

2. Actuales líneas de preocupación. La delincuencia de la globalización

El mundo en el que nos encontramos hoy no se parece mucho al mundo en que vivió BECCARIA. Tampoco lo vivimos de la misma manera. En lugar de estar cada vez más bajo nuestro control, parece fuera de

46. Las reformas llevadas a cabo por LO 2/1996, de 15 de junio, relativa a los delitos de terrorismo; LO 11/1999, de 30 de abril, relativa a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual; la LO 14/1999, de 8 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos; la LO 2/2000, de 7 de enero, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas; la LO 3/2000, de 11 de enero, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; y la LO 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo; la LO 4/2000, de 11 de enero, y la LO 8/2000, de 22 de diciembre, en materia de extranjeros; y la LO 9/2002, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores.

47. El pasado 17 de enero de 2003 el Consejo de Ministros aprobó una profunda reforma del CP español, afectante a 175 artículos de los 639 vigentes, y que al día de hoy aun se discute, no pareciendo que su contenido final vaya a variar mucho del propuesto. El catalogado en su momento como "Código penal de la democracia" se ha transformado en lo que el propio Gobierno denomina "Código penal de la seguridad". Una "remodelación" de nuestro texto punitivo caracterizada por una importante, e inadmisiblemente, agravación de las penas —llegando hasta los 40 años de prisión y, por si esto fuera poco, previendo su cumplimiento íntegro—, un incremento de las conductas delictivas y unas medidas de seguridad claramente xenófobas hacia los inmigrantes delincuentes. Una reforma, en definitiva, "hija" del oportunismo electoralista —están previstas elecciones municipales para el próximo mes de mayo—, y de la necesidad del gobierno de desviar la atención popular de un tema que, ciertamente, pone en entredicho su gestión: el del desastre ecológico, sin precedentes en España, ocasionado por el petrolero griego "Prestige" sobre las costas gallegas, asturianas y vascas.

48. SÁEZ VALCÁRCEL, JPD, nº 26, julio, 1994, p. 4.

49. Ellas como consecuencias negativas desde la perspectiva aquí manejada, pero sin olvidar los claros beneficios inmediatos que tal "política" significa para los que la acogen: "una imagen positiva y dinámica del legislador y de los poderes públicos en general; se enmascara, a través del prestigio del que goza la contundencia de la reacción penal, la ausencia de otras medidas de intervención social realmente eficaces; se acrecientan infundadamente y a bajo coste los sentimientos de seguridad de los ciudadanos; y se realizan labores de pedagogía social utilizando uno de los medios de control social más duros de los que dispone la sociedad sin necesidad de dar explicaciones". Véase, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", *ob. cit.*, p. 51.

50. Esto ocurre, por ejemplo, en un buen número de las nuevas figuras introducidas entre los delitos contra la administración pública, como respuesta a la corrupción política o administrativa, comenzando con los delitos de tráfico de influencias y continuando con algún supuesto de cohecho o malversación.

51. Como cabe comprobarse, por ejemplo, en la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 178 y ss.), cuya reforma por LO 11/99 fue ciertamente, y en líneas generales, bastante desafortunada.

52. Es lo que sucede, por ejemplo, con el delito que castiga a los denominados conductores suicidas.

53. Así ocurre con el nuevo delito de acoso sexual, medio de enganche de los partidos políticos para el feminismo, y que ha logrado que actualmente las amenazas condicionadas a la realización de un comportamiento sexual reciban un tratamiento privilegiado frente a las restantes, por lo que el acosador sexual ha mejorado notablemente su *status* social.

él. Es más, y de acuerdo nuevamente con GIDDENS, algunas de las tendencias que se suponía harían la vida más segura y predecible para nosotros, incluido el progreso de la ciencia y la tecnología, tienen a menudo el efecto contrario. La globalización introduce otras formas de riesgo e incertidumbre, especialmente las relativas a la economía electrónica globalizada⁵⁴. En definitiva, cabe aseverar que la globalización se muestra como un arma de doble filo, con importantes repercusiones en la criminalidad y, en consecuencia, en la forma de hacerle frente. Esto es, en la política criminal de las sociedades que, nos guste más o menos, estamos obligados a "sufrirla".

A) Los movimientos migratorios. La inmigración ilegal.

La era de la globalización mundial trae consigo no solo el fenómeno de la transnacionalización económica y política, sino también el de la propia transnacionalización humana a través de los flujos migratorios. Porque, desgraciadamente, y así nos lo recuerda LUCAS, globalización no equivale a universalización⁵⁵, y ello ha degenerado en una disparidad extrema en la situación económica de los habitantes de los diversos Estados ubicados al Norte (paradigma de riqueza) y Sur (paradigma de pobreza) del territorio mundial, provocando con ello que los nacionales de los países pobres inicien una progresiva emigración hacia los países más ricos⁵⁶. Y este es un fenómeno que está afectando, incluso, a sociedades y países que habían mantenido, hasta ahora, un grado de homogeneidad y estabilidad muy avanzados.

Esto es, la sociedad europea actual se ha convertido en una especie de *meeting-point* humano donde pugnan por convivir razas, religiones, lenguas, culturas, costumbres y tradiciones extraordinariamente variadas. Son estos, en consecuencia, unos tiempos de perplejidad que están provocando el cataclismo generalizado de poderosas creencias, valores y convicciones que habían mantenido y acompañado a la humanidad a lo largo de la era moderna⁵⁷.

Y es que de la mano de la emigración, y desde una perspectiva penal y criminológica, viene un problema de adaptación, desviación socio delictiva, desarraigo y marginalidad social, sujetas a problemas como el de la falta de empleo, educación y demás carencias sociales que en sí constituyen un problema de socialización. Porque la idea de conflicto es innata a la idea de diversidad. Las soluciones, en consecuencia, no pueden venir sino de la mano de interpretaciones integradoras. O lo que es lo mismo, de una política criminal de funciones integradoras y no al revés⁵⁸.

Porque, igual que sí hay consenso en la comunidad internacional en torno a la conveniencia de reducir el rápido crecimiento de la población, no lo hay naturalmente respecto de la conciencia de suprimir, atenuar o intensificar las migraciones internacionales, ni puede haberlo. De igual modo, y lógicamente, es claro el consenso acerca de la conveniencia de atacar las causas de las migraciones involuntarias y de reducir o eliminar la necesidad de recurrir involuntariamente a la migración y, desde luego, de contener y frenar el racismo, el etnocentrismo y la xenofobia que, desgraciadamente, casi siempre florecen en torno a cualquier movimiento migratorio.

Pero antes, el consenso debe versar acerca de combatir las causas que de manera creciente mueven a millones de personas a demandar asilo y refugio en otros países y de mejorar la suerte de los contingentes de asilados y refugiados. Un acuerdo que, finalmente, cabe extenderse a la conveniencia de reducir el volumen de las migraciones indocumentadas e ilegales y, desde luego, a incrementar la cooperación entre países receptores y países emisores, entre otros motivos para facilitar la integración de los inmigrantes, especialmente de los establecidos con título reconocido y facilitar el retorno de los que lo desean⁵⁹.

Porque —concordamos completamente con SAN JUAN— realmente no existe un conflicto social entre

54. GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, ob. cit. p. 14 y ss.

55. DE LUCAS, J., "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. [En el 50 aniversario de la Declaración del 48]", en *JPD*, n° 32, julio 1998, p. 3.

56. SUBJANA ZUNZUNEGUI, I. J., "La inmigración ilegal y el Código Penal. En especial el art. 186 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual", en *Eguzkilara. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 13, diciembre 1999, p. 26.

57. JÁUREGUI, G., "¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del Siglo XXI", en *Eguzkilara. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° extraordinario 11, diciembre 1997, p. 236.

58. PÉREZ ARROYO, M. R., "Derecho penal y diversidad cultural: el condicionamiento cultural en el derecho penal. Minorías étnico-culturales y derecho penal. Especial mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú", en *CPC*, n° 72, 2000, p. 749 y ss.

59. ARANGO, J., "Población y migraciones internacionales", en AA.VV., *Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional*, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1995, p. 160.

inmigrantes y no emigrantes, entre mayorías y minorías. El problema puede ser definido, simplemente, y como casi siempre, en términos de lucha de clases. El asunto de razas, etnias, inmigración y xenofobia no es más que oportunista literatura para explicar lo que no es más que un conflicto entre ricos y pobres. Entre Norte y Sur⁶⁰.

B) La delincuencia organizada.

Hay una frase que dice "las grandes fortunas se hacen de las grandes desgracias" y esta es, a nuestro juicio, una gran verdad. La presencia de los grupos humanos que anhelan la emigración, dada su deplorable situación vivencial en sus países de origen, y la implantación de políticas de control por parte de los países receptores, crean los factores propicios para la instauración progresiva de organizaciones criminales que tienen como finalidad crear redes de tráfico de seres humanos tanto para su explotación laboral como sexual. Es más, y así nos lo trae a la memoria SUBIJANA, el carácter transnacional de estos fenómenos criminales pone de manifiesto la existencia de zonas de inmunidad, dada la sujeción del proceso de criminalización y de enjuiciamiento jurisdiccional a los criterios de territorialidad, en línea con la concepción soberana de los Estados⁶¹. Y el problema no acaba aquí.

El nivel de comercio mundial es hoy el mayor de la historia, y la diferencia más grande está en el nivel de flujos financieros y de capitales. La enorme escala en la que se mueven las más diversas actividades económicas y culturales en las sociedades contemporáneas, traspasa ampliamente los límites nacionales. Y algunas manifestaciones de la criminalidad organizada representan este fenómeno de forma emblemática; manifestaciones tales como los abusos de los circuitos financieros internacionales, o la explotación ilícita de la transmisión telemática de la información (especialmente a través de Internet)⁶². Porque en la nueva economía electrónica global gestores de fondos, bancos, empresas y millones de inversores individuales, pueden transferir cantidades enormes de capital de un lado a otro del mundo con el botón del ratón de un ordenador. Y al hacerlo pueden desestabilizar lo que podían parecer economías sólidas, como sucedió en

Asia⁶³. Frente a este fenómeno la respuesta tradicional de los sistemas penales, que duda cabe, muestra una inadecuación estructural. Y éste es un punto de inflexión que no nos puede seguir permaneciendo ajeno.

C) Criminalidad y nuevas tecnologías.

El progreso científico y tecnológico, en todo caso, y estamos de acuerdo con MESA⁶⁴, ni es intrínsecamente bueno, ni tampoco genuinamente perverso. Sin duda, es la manipulación humana la que adjetiva, positiva o negativamente, unos medios que potencialmente tienen todos los elementos activos tanto para la liberación como para el aniquilamiento. Y no ha sido sino el ser humano quien, como siempre, ha hecho un uso desviado del mismo, afectando en forma negativa a otros seres humanos.

La parte "mala" de las nuevas tecnologías la constituyen sin duda: los delitos contra la libertad informática (apoderamiento o interceptación de cualquier telecomunicación, incluido el correo electrónico; apoderamiento, utilización o modificación de los datos personales; el abuso informático de dichos datos personales, etc.); los delitos informáticos en la esfera patrimonial y económica (delitos de estafa o fraude informático, delitos informáticos en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual, en el ámbito de la protección de los secretos de empresa o información empresarial sensible, etc.) y, sobre todo, los realizados a través de Internet (*hackers*, pornografía infantil, blanqueo de capitales, *ciberterrorismo*, etc.).

La aparición de la red, concordamos con MORALES PRATS⁶⁵, constituye uno de los problemas jurídicos más candentes en el panorama actual. Una realidad que requiere un tratamiento multidisciplinar, pues están implicadas tanto cuestiones técnicas de seguridad de Internet, como las relaciones entre responsabilidad civil y penal, la problemática jurídica general de la tutela de datos personales y cuestiones relativas a la tutela de la propiedad intelectual e industrial en las redes telemáticas o, por último, cuestiones que afectan a las reglas del tráfico jurídico en el mercado virtual. A todo ello hay que sumarle la indudable dimensión internacional de Internet y sus

60. SAN JUAN, C., "Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes", *ob. cit.*, p. 24.

61. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "La inmigración ilegal y el Código Penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual", *op. cit.*, p. 27.

62. MILITELLO, V., "Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías", en AA.VV., *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001, p. 177.

63. GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, *ob. cit.*, p. 22.

64. MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, *op. cit.*, p. 143.

65. MORALES PRATS, F., "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular", en AA.VV., *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, *ob. cit.*, p. 115 y ss.

especiales connotaciones (uso masivo, descentralización, automatismo, etc.). Un elenco de problemas que, sin duda, trasciende a la disciplina estricta del derecho penal. Un nuevo, y enorme, reto para los juristas.

Los nuevos retos de la política criminal

1. La necesaria contención del derecho penal. El cambio de herramientas

Como hemos podido comprobar, nos situamos ante una criminalidad propia de una sociedad en continua transformación, y donde las herramientas penales hasta ahora utilizadas se muestran incapaces para hacerle frente⁶⁶. Esto es, el derecho positivo actual y las instituciones jurídicas constituidas bajo su égida ya no consiguen dar cuenta de una realidad crecientemente heterogénea, pluralista y *policéntrica*⁶⁷. Es más, cabe incluso aseverar que en la actualidad no existen teorías explicativas homogéneas de la delincuencia, el delincuente y el castigo, situándonos ante un escepticismo y eclecticismo absolutos⁶⁸.

Es esta, en definitiva, una lucha entre lo viejo y lo nuevo a la que asiste la humanidad desde hace algunas décadas. Una lucha en la que participan los viejos protagonistas de la antigua sociedad internacional y también aquellos que aspiran a ser sujetos de la sociedad en gestación; una lucha que, en cualquier caso, está dominada y compartida por métodos de actuación obsoletos y por normas de comportamiento nuevas, originales, en el medio internacional⁶⁹.

Sin embargo, e irónicamente, la visión del derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, se traduce en su imparable expansión, sometiendo-

lo a cargas que, ciertamente, no puede soportar⁷⁰. Esto es, mientras las demás ramas del derecho positivo viven momentos de desreglamentación, deslegalización y desconstitucionalización, en el ámbito del derecho penal se verifica justamente lo contrario: nos enfrentamos —escribe literalmente FARIA— a la definición de tipos delictivos cada vez más intangibles y abstractos; a la criminalización de variadas actividades y comportamientos en innumerables sectores de la vida social; a la supresión de los límites mínimos y máximos en la imposición de penas privativas de libertad para aumentarlas indiscriminadamente; a la relativización de los principios de legalidad y tipicidad mediante la utilización de reglas con conceptos deliberadamente indeterminados, vagos y ambiguos; a la ampliación extraordinaria de la discrecionalidad de las autoridades policiales, permitiéndoseles con ello invadir esferas de responsabilidad del Poder Judicial; y finalmente, a la reducción de determinadas garantías procesales por medio de la sustitución de procedimientos acusatorios por mecanismos inquisitivos, con el progresivo amortiguamiento del principio de presunción de inocencia y la consecuente inversión de la carga de la prueba, pasándose a considerar culpable a quien no pruebe su inocencia⁷¹.

El fracaso en la consolidación de una moral social civil y autónoma ha conducido a que las opiniones sociales, de modo muy extendido, equiparen los contenidos del derecho penal con los de esa moral social poco definida, y que en consecuencia exijan a la política criminal que se pronuncie sobre aspectos conflictivos éticos que no son propiamente su competencia⁷². Esto es —concordamos con CORTINA—, "existe cierta tendencia en la ciudadanía a creer que los políticos son los encargados de moralizar, como si los ciudadanos, desde los distintos ámbitos de la vida social, no fuéramos los sujetos de nuestra propia historia"⁷³. Unos políticos que, además, pasan por alto los resultados de las investigaciones criminológicas —como

66. Entre otras cuestiones, y por ejemplo, las herramientas diseñadas como la teoría del delito, cuyas bases hunden sus raíces en concepciones causal-naturalistas del delito, no tienen nada que hacer frente a los nuevos retos criminales. Esto es, la dogmática penal se enfrenta a claros y, hasta ahora desconocidos, horizontes.

67. FARIA, J.E., "Las metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo", en *JPD*, n° 38, noviembre 2000, p. 6.

68. RUIDIAZ GARCÍA, C., "Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social", en *CPC*, n° 62, 1997, p. 409.

69. MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, ob. cit., p. 113.

70. "El giro ha sido tal —escribe SILVA— que quienes en su día repudiaban al Derecho penal como brazo armado de las clases poderosas contra las «subalternas» ahora reclaman precocemente más Derecho penal contra las clases poderosas. Se produce, según se ha dicho, un fenómeno de fascinación de diversas organizaciones sociales por el Derecho penal, fascinación de la que carecen todos sus equivalentes funcionales". Véase, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal*, ob. cit., p. 49.

71. FARIA, J.E., "Las metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo", op. cit., p. 11.

72. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", ob. cit., p. 48.

73. CORTINA, A., "La innovación y los valores éticos", en AA.VV., *Innovación y cambio. Hacia una nueva sociedad*, (Vol. I), Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 58 y ss.

la influencia del urbanismo, la distribución de la riqueza, la falta de trabajo, la especulación del suelo u otras realidades sociales y económicas contribuyentes a la criminalidad—, y que se limitan a reprimir más y mejor⁷⁴. Esto es, se limitan a hacer de la criminalidad una causa en sí misma⁷⁵.

La moderna política criminal, por consiguiente, centra su respuesta en la utilización de la pena, como si no existieran otros mecanismos de control social más válidos, o al menos igualmente eficaces. Esto es, se sigue recurriendo a la receta de ayer (o anteayer) que las investigaciones de carácter criminológico o penológico ya han demostrado como poco eficaz: criminalizar más y encarcelar también más. Una creciente fe en la prisión ciertamente preocupante⁷⁶. La prisión está todavía, o de nuevo, de moda, y se asiste a un crecimiento de la población penitenciaria sin precedentes⁷⁷. Alguien dijo que las prisiones reflejan el estado de una sociedad; si es así, la situación sin duda es muy grave⁷⁸.

Habrà, por tanto, que comenzar por reducir la población penitenciaria, lo cual no será posible sin una transformación fundamental de la política criminal actual. La discusión, por ello, se centra en cómo conciliar el principio de intervención mínima con la eficaz protección de los bienes jurídicos surgidos en la nueva realidad; con la aparición de nuevas formas de criminalidad compleja, organizada, empresarial y transnacional; y con el hecho de que el derecho penal se haya asumido como el primer instrumento de tutela de los derechos de los ciudadanos⁷⁹.

La solución, ciertamente, no está en despenalizar todas las figuras contenedoras de riesgos sociales, pues la perspectiva del riesgo es un hecho de la naturaleza, real, e innegable. En lo que sí hay que trabajar es en el diseño de un sistema de imputación que, sin renegar de las garantías fundamentales, sea realmente eficaz en la función social del instrumento penal como contenedor de los riesgos. Y esa labor no puede encomendarse, en exclusiva, al derecho penal⁸⁰. Porque no debemos olvidar que el derecho penal tan solo es un instrumento de control social que, en la búsqueda del mantenimiento del orden social, únicamente pretende el acatamiento externo de las normas, sin aspirar a una adhesión interna moralmente valiosa⁸¹. Es más —estamos completamente de acuerdo con SUBIJANA—, no debemos nunca dejar de mirarlo con cierto recelo, pues muchas veces no es sino el medio empleado por el Estado como “política de transposición lineal al nivel normativo de postulados cimentados en razones de estricta política electoral”⁸².

2. Una visión multidisciplinar del problema

Es necesario, sin duda, coordinar políticas criminales integrales, donde los aportes de otras disciplinas deberán, inexorablemente, tenerse en cuenta. En ese programa político criminal solo las conductas más graves deben quedar en el vértice penal, y en la base diseñar una serie de políticas sociales, institucionales, económicas, educativas, públicas y privadas, para llevar a cabo una eficaz labor de dirección social y contención de los riesgos⁸³.

74. Para ilustrar como los políticos pasan por alto dichos datos, BARTSCH hace referencia a la declaración de un ministro del interior de un gran país occidental, que literalmente dijo: “la criminalidad sólo tiene una causa: el delincuente. Entonces tenemos que asegurar que los delincuentes sean suficientemente castigados”. Véase en BARTSCH, H.J., “Política criminal contemporánea perspectivas europeas”, *ob. cit.*, p. 145 y 15.

75. GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, *ob. cit.*, p. 361.

76. BARTSCH, H.J., “Política criminal contemporánea perspectivas europeas”, *ob. cit.*, p. 14.

77. Las estadísticas ofertadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias nos muestra un incremento sin precedentes de la población penitenciaria en nuestro país. Los últimos datos hablan de cifras superiores a los 52.000 internos, con un incremento anual de más de 2.000 presos, lo que implicaría la construcción de una macro cárcel más al año.

78. BARTSCH, H.J., “Política criminal contemporánea perspectivas europeas”, *ob. cit.*, p. 15.

79. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, *ob. cit.*, p. 272.

80. *Ibidem*.

81. DíEZ RIPOLLÉS, J.L., “Exigencias sociales y política criminal”, *ob. cit.*, p. 49.

82. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “La inmigración ilegal y el Código Penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual”, *ob. cit.*, p. 37.

83. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, *ob. cit.*, p. 272 y 273.

O lo que es lo mismo, se debe recurrir con preferencia a las demás instancias de control social, la mayoría de las veces más idóneas para hacer frente al problema que el Derecho penal⁸⁴(sic).

Porque una política criminal que respete el principio de intervención mínima, indefectiblemente, tiene que partir del principio de subsidiariedad. La respuesta al fenómeno criminal concreto deberá comenzar por un estudio científico del mismo, teniendo en cuenta sus variables⁸⁵, los factores que lo promueven, y donde en consecuencia la intervención exclusiva y excluyente del derecho penal se muestra como ilegítima. Porque la solución de los problemas sociales no se encuentra siempre, y no en primer término, en las normas y en la práctica jurídicas⁸⁶. El control racional de la criminalidad más bien requiere el previo desarrollo de una justa y eficaz política social que incida, a tiempo, en los factores que favorecen y configuran el crimen, y busque la instauración de una sociedad más sana. Una sociedad que al enfrentarse a sus conflictos y contradicciones eduque a sus miembros más en el respeto a los bienes jurídicos y la tolerancia de la desviación, que en el castigo, la intransigencia, la agresividad y el egoísmo. O lo que es lo mismo, y ahora en palabras de RUIDIAZ, "más en la razón que en la pasión, en la libertad que en la pena"⁸⁷.

Y es que, de acuerdo una vez más con ZÚÑIGA, "la complejidad de la sociedad, el desarrollo de las tecnologías, las comunicaciones de personas y del mercado en un mundo que va caer sus fronteras, imperiosamente ha hecho caer los dogmas de la panacea de soluciones simplistas. El reto actual de la Política criminal necesariamente importa la comunicación entre materias, el conocimiento interdisciplinar, el diálogo de equipos de trabajo, la confrontación con el Derecho comparado"⁸⁸. Porque ya no es

de recibo que una sociedad con tales características se limite a legislar penalmente a partir de iniciativas gubernamentales o parlamentarias coyunturales, cada vez más condicionadas por la rentabilidad electoral de determinados estados de opinión con frecuencia pasajeros⁸⁹.

3. El trasnochado concepto de territorialidad. La ineludible perspectiva internacional

La actual complejidad del fenómeno criminal, en definitiva, no puede ser atendida por conocimientos parcializados, como pueden ser disciplinas estancas. Solo integrando diversos saberes se puede llegar a entender un poco más racionalmente el delito, el delincuente y la sociedad que los crea. Pero aun hay más, el carácter globalizador de las sociedades actuales nos obliga a comprender los problemas en clave internacional. Porque los problemas, por domésticos que parezcan, son de carácter planetario y, por ende, requieren respuestas y soluciones igualmente globales⁹⁰. La necesidad de contrarrestar organizaciones criminales de signo transnacional y de dar una respuesta inmediata a sectores de opinión convulsos por el impacto derivado del conocimiento, a través de los medios de comunicación, de hechos delictivos de específica gravedad, está generando una legislación, de signo sustantivo y procesal que, cada vez de forma más expansiva, está cuestionando principios generales del derecho penal y procesal⁹¹.

Asistimos a una transformación paradigmática del derecho penal. Una transformación alimentada no solo por la expansión en progreso del crimen organizado, del terrorismo, del contrabando, del narcotráfico, de las operaciones de blanqueo de dinero ilícitamente obtenido, de los demás fraudes financieros y de las emigraciones ilegales, sino también por el carácter cada vez más

84. Por ejemplo, en la delincuencia de menores, es ciertamente difícil mantener la necesidad de pena de personas que aun no han completado su proceso de socialización y este normalmente se ha realizado en condiciones difíciles. En estos supuestos, las políticas sociales y los instrumentos informales, tales como la familia, la educación, etc., son los que necesariamente deben intervenir.

85. Entre las que DÍEZ RIPOLLÉS enumera: la información empírico-social sobre la realidad en la que se va a incidir; la configuración de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer y las consecuencias sociales previsibles de la intervención; los análisis fiables del estado de la opinión pública y de la actitud de los grupos de presión o representativos de intereses; las manifestaciones de afectados; el cálculo de costes económicos de la reforma legal; los pronósticos sobre las dificultades de su puesta en práctica, etc. Véase en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", *ob. cit.*, p. 50.

86. BUENO ARÚS, F., "La discriminación racial y el Código Penal español", en *Eguzkilon. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° extraordinario 11, 1997, p. 200.

87. RUIDIAZ GARCÍA, C., "Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social", *ob. cit.*, p. 410.

88. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, *ob. cit.*, p. 275.

89. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", *ob. cit.*, p. 49.

90. MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, *ob. cit.*, p. 135.

91. SUBJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "La inmigración ilegal y el Código Penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual", *ob. cit.*, p. 37.

transnacional de esos delitos, que constituyen sofisticadas redes de transgresión. Y con ello se relativiza uno de los, hasta ahora, más importantes principios dominantes en el derecho penal: el de territorialidad⁹².

El Estado-nación se está transformando ante nuestros ojos. A las naciones —escribe con razón GUIDDENS— no les queda otra salida que repensar sus identidades "ahora que las formas más antiguas de geopolítica se vuelven obsoletas"⁹³. Las naciones afrontan hoy riesgos y peligros en lugar de enemigos, y este es un cambio enorme en su propia naturaleza. Con el impacto de la globalización, la soberanía se ha vuelto borrosa. Las naciones y Estados-nación siguen siendo poderosos, pero se están abriendo grandes déficit democráticos entre ellas y las fuerzas globales que afectan a la vida de sus ciudadanos. Y es que los riesgos ecológicos, las fluctuaciones económicas en la economía mundial o el cambio tecnológico global no entienden de fronteras⁹⁴.

Esto es, paulatinamente se está tomando conciencia de que la configuración mundial de los problemas solo admite soluciones también mundiales⁹⁵. Porque —recordemos— no son sino los desequilibrios mundiales los verdaderos detonantes del libre mercado. De la imposibilidad de seguir esquilmando los recursos naturales. De mantener sociedades insolidarias cuyos valores máximos son el bienestar y la seguridad, dando la espalda a millones de seres humanos que viven en extrema pobreza en el mundo. Y la criminalidad organizada, fundada en esos desequilibrios sociales, es buena muestra de todo ello. El tráfico de menores, tráfico de órganos humanos, de mujeres, de mano de obra, dan cuenta de que no se puede luchar contra este tipo de criminalidad si se mantienen esas diferencias entre los distintos mundos. Porque "mientras haya personas que compren a otras personas y personas que se vendan por necesidades económicas, existirá este tipo de criminalidad"⁹⁶.

4. La lucha por la democracia y los derechos humanos

Porque la globalización está detrás de la expansión de la democracia. Tenemos, por tanto, que seguir democratizando las instituciones existentes y hacerlo de forma que respondan a las demandas de la era global. Se habla ya sin cortapisas de la necesidad apremiante de un nuevo orden internacional que reivindica bases distintas no solo en el ámbito económico, sino también en el social, en el político y en el cultural⁹⁷. Hay que recomponer el mundo y para ello hay que ser conscientes de que, como señala TORAINE, la democracia no es solo un lugar de negociación entre intereses opuestos, un mercado político; es ante todo un espacio público abierto en el que deben combinarse la memoria y el proyecto, la racionalidad instrumental y la herencia cultural⁹⁸.

Y es que estamos como en aquel momento de la humanidad en que se pensó que había que abolir la esclavitud, y debemos comenzar por abolir la pobreza si de verdad queremos construir un orden planetario que se pueda abrir camino en un posible desarrollo⁹⁹. Para ello quizá debamos resucitar el pensamiento de BECCARIA, cubriendo sus lagunas y corrigiendo algunas de sus premisas, de acuerdo con los conocimientos adquiridos desde la experiencia y las transformaciones sociales acontecidas. Probablemente —compartimos con RUIDIAZ— en la actualidad resulte difícil compartir aquella confianza en el triunfo de las ideas sobre la irracionalidad y el despotismo, tras las amargas experiencias históricas y algunas recientes, que muestran dramáticamente la dificultad y complejidad del avance de la humanidad y la fragilidad de las libertades. Pero precisamente es después de esos "súbitos retornos de barbarie que de cuando en cuando estallan en la historia de la civilización" cuando nos damos cuenta que Cesare Beccaria "no ha comenzado todavía a ser un antiguo" y que su voz resuena con renovada actualidad¹⁰⁰.

92. MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, ob. cit., p. 135.

93. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "La inmigración ilegal y el Código Penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual", ob. cit., p. 37.

94. FARIÁ, J.E., "Las metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo", ob. cit., p. 10.

95. Y el problema del medio ambiente es buena prueba de ello. Al respecto, el desastre ecológico ocasionado por el petrolero "Prestige" en nuestras costas del norte del país, es un buen ejemplo de la necesidad de lucha internacional contra la criminalidad.

96. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, ob. cit., p. 276.

97. MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, ob. cit., p. 131.

98. TORAINE, A., "¿Qué es la democracia?", en *Temas de hoy*, Madrid, 1994, p. 363. Véase en JAUREGUI, G., "¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del Siglo XXI", ob. cit., p. 245.

99. RUIZ TAGLE, A.M., "La necesidad de la cooperación internacional como instrumentos de desarrollo", en AA.VV., *Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional*, ob. cit., p. 163.

100. RUIDIAZ GARCÍA, C., "Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social", ob. cit., p. 410 y 411.

Esto es, la especie humana se enfrenta a uno de los dilemas más acuciantes de su propia existencia. Se trata de elegir entre su autodestrucción o la utilización de los fabulosos conocimientos logrados hasta la fecha en su propio bienestar: desterrar la pobreza, el hambre, la muerte y el subdesarrollo del vocabulario humano cotidiano¹⁰¹. "Porque la nueva sociedad internacional pacífica no será posible —escribe literalmente MESA— mientras no haya desaparecido la desigualdad y la injusticia entre los pueblos, en tanto no se suprima la opresión y hasta que cada individuo, cada ser humano, no conquiste sus derechos y sus libertades fundamentales, como hombre y como pueblo; es decir, su propia dignidad humana"¹⁰². Porque no hay rebelión más justiciera que la de los pobres¹⁰³. De modo que para poner remedio a su violencia es preciso poner remedio a su pobreza o, mejor dicho, a su exclusión social¹⁰⁴.

Porque ¿dónde han quedado los derechos humanos? Su unánime aceptación como condición *sine qua non* de legitimidad, que hace que ningún Estado pueda permitirse el lujo de aparentar ignorarlos —desde luego, formalmente—, viene acompañado hoy por la pérdida de su capacidad reivindicativa y crítica. Y, sin embargo, no podemos olvidarnos del desafío que plantean los flujos migratorios a su discurso y, por supuesto, a su actual institucionalización¹⁰⁵. Porque, hoy por hoy, no son sino los inmigrantes quienes representan ese nuevo sujeto universal, ese nuevo grupo de desposeídos de todo salvo de su condición de seres humanos, que les permite convertirse en agentes de la lucha por vencer frente a la penúltima barrera a la que se enfrenta el viejo ideal emancipador de los derechos humanos¹⁰⁶. Empecemos por aquí y más tarde nos encomendaremos a otras empresas más "¿cosmopolitas?". Y empecemos ya, porque, aunque ciertamente nunca seremos capaces de ser los amos de nuestra historia, sí "podemos y debemos encontrar maneras de controlar las riendas de nuestro mundo desbocado"¹⁰⁷.

Bibliografía

AA.VV., *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001.

AA.VV., *Innovación y cambio. Hacia una nueva sociedad*, (Vol. I), Universidad de Deusto, Bilbao, 1996.

AA.VV., *Las Naciones Unidas en la nueva sociedad internacional*, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1995.

BARTSCH, H.J., "Política criminal contemporánea perspectivas europeas", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 9, diciembre 1995, p. 9 y ss.

BUENO ARÚS, F., "La discriminación racial y el Código penal español", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° extraordinario 11, diciembre 1997, p. 193 y ss.

DE LUCAS, J., "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)", en *JPD*, n° 32, julio 1998, p. 3 y ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", en *Claves de razón práctica*, n° 85, 1998, p. 50 y ss.

FARIA, J.E., "Las metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo", en *JPD*, n° 39, noviembre 2000, p. 3 y ss.

FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 106.

GARAPÓN, *Juez y democracia*, Barcelona, 1997.

GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, "Libertad y seguridad en la crisis del bienestar", en *CPC*, n° 55, 1995, p. 329 y ss.

101. MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, ob. cit., p. 120.

102. *Ibidem*, p. 135 y 136.

103. *Ibidem*, p. 156.

104. GARCÍA INDA-SUSIN BETRAN, "Libertad y seguridad en la crisis del bienestar", ob. cit., p. 362.

105. DE LUCAS, J., "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)", ob. cit., p. 4.

106. *Ibidem*, p. 6.

107. GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, ob. cit., p. 17.

GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2001.

GURRUTXAGA ABAD, A., "Los nuevos retos de los Derechos Humanos", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº extraordinario 12, diciembre 1998, p. 229 y ss.

JÁUREGUI, G., "¿Uniformes o iguales? Pluralismo cultural y asimilación en los albores del Siglo XXI", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº extraordinario 11, diciembre 1997, p. 235 y ss.

MESA, R., *La nueva sociedad internacional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

PÉREZ ARROYO, M.R., "Derecho penal y diversidad cultural: el condicionamiento cultural en el derecho penal. Minorías étnico-culturales y derecho penal. Especial mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú", en *CPC*, nº 72, 2000, p. 743 y ss.

RUIDIAZ GARCÍA, C., "Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica de las transformaciones en la justicia social", en *CPC*, nº 62, 1997, p. 399 y ss.

SÁEZ VALCÁRCEL, *JPD*, nº 26, julio, 1994, p. 1 y ss.

SAN JUAN, C., "Control social y reacción social ante la criminalidad de los inmigrantes", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 13, diciembre 1999, p. 15 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "La inmigración ilegal y el Código Penal. En especial, el art. 188 del CP: Tráfico de personas para su explotación sexual", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 13, diciembre 1999, p. 25 y ss.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.



"Delfines". Acrílico de Gerardo González

LA ERA DEL CONTROL . INTRODUCCIÓN CRÍTICA AL DERECHO PENAL CIBERNÉTICO*

Tulio Lima Vianna**

1. Introducción

La palabra cibernética es utilizada de ordinario como sinónimo de informática o computarización, aun cuando tiene un sentido propio bien distinto. El término fue introducido en la lengua inglesa en 1948 por el matemático norteamericano Norbert Weiner (1894-1964) y tiene su origen en la palabra griega *kubernetes*, que podría ser traducida por "piloto", de la que también se deriva la palabra "gobernador".

Weiner señaló que existía una indisociable relación entre comunicación y control y propuso la creación de una ciencia general del control, dando a su libro el título de la nueva disciplina: cibernética¹. Según este autor, tanto el control de los seres humanos, como el de los animales e incluso el de los robots, tienen un elemento en común fundamental: una comunicación previa. La cibernética estudiaría, por tanto, lo que tienen en común los diferentes mecanismos de control. Las ideas de Weiner tuvieron una gran repercusión y numerosas ciencias nacieron o se dejaron influir por los conceptos de la cibernética, entre las que destacan la inteligencia artificial, la teoría de sistemas o la teoría de los juegos.

La influencia de la cibernética sobre el derecho —y más concretamente, sobre el derecho penal— fue tardía y

solo a finales del segundo milenio comenzó a ser efectiva, aun cuando la literatura y la cinematografía ya la habían puesto de manifiesto en obras tales como "1984"², "La Naranja Mecánica"³, "Matrix"⁴ o "Minority Report"⁵.

Un derecho penal cibernético estaría concebido, ante todo, como un instrumento preventivo de determinadas conductas sociales, contándose para ello con innumerables instrumentos tecnológicos hechos realidad recientemente por la ciencia de la computarización, entre los que destacan la vigilancia de locales públicos a través de cámaras de video, la identificación biométrica y la monitorización vía satélite de condenados en libertad condicional, entre otros.

En este trabajo nos limitaremos a analizar estos tres instrumentos tecnológicos y cuáles son sus repercusiones sociales y jurídicas.

2. Ojos electrónicos

La vigilancia electrónica de locales públicos, muy extendida en el Reino Unido⁶, ha sufrido un crecimiento significativo al inicio de este siglo, debido principalmente a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos de América. En Washington D.C., so

* Traducción de Baldomero Oliver. Publicado originalmente en "Revista Facultad de Derecho Univ. Gr.", 6, 2003, 487-497".

** Profesor de derecho penal de la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Brasil. <http://www.tullovianna.org>

1. Cfr. WEINER, 2000.

2. Cfr. ORWELL, 2000.

3. Cfr. La Naranja Mecánica, 1971.

4. Cfr. Matrix, 1999.

5. Cfr. DICK, 2002 y Minority Report, 2002.

6. En la pasada década el gobierno del Reino Unido instaló más de 1.5 millones de cámaras en respuesta a las bombas terroristas. Cfr. <http://www.epic.org/privacy/surveillance/>

pretexto de evitar nuevos ataques terroristas, el Gobierno ha instalado circuitos cerrados de televisión en innumerables locales de gran concurrencia, generando una gran indignación entre las entidades defensoras de los derechos civiles⁷.

En América Latina, los circuitos internos de TV, instalados hasta ahora solo en centros comerciales y metros, han comenzado a ser instalados en calles, plazas y autobuses, siguiendo una tendencia mundial.

El argumento central utilizado por los defensores del *longus oculus* estatal es la ausencia del derecho a la privacidad en locales públicos: si alguien puede ser observado por otras personas, pierde toda expectativa de privacidad. Evidentemente, se trata de un sofisma, ya que el grado de observación de un sistema de vigilancia electrónica es infinitamente superior a la visión del más observador de los transeúntes. No se puede comparar la visión humana con cámaras omnipresentes, en su mayoría ocultas en el paisaje urbano, que permiten a los policías ver sin ser vistos.

Si no fuera suficiente la visión privilegiada de las cámaras colocadas estratégicamente, las grabaciones permiten su reproducción con *zoom* y a cámara lenta en infinidad de ocasiones, incluso por otros sujetos.

La visión rápida, y muchas veces inhibida, de la chica guapa que se cruza en nuestro camino podría ser revisada infinitas veces con toda riqueza de detalles, para la felicidad de los policías *voyeurs* de servicio. Un simple tropiezo en la calle podría convertirse en una verdadera comedia al ser grabado y reproducido a cámara lenta. Y, por supuesto, los domingos, los mejores objetivos indiscretos de la semana podrían ser retransmitidos en la red nacional con el consentimiento bien remunerado de quien ya tuviera su tragedia personal grabada.

Se trata de un claro ejemplo de atentado al derecho de todo ciudadano a la privacidad que, en el ejemplo anterior, no pasa de una mera turbación, pero que podría derivar en aterradoras amenazas para los derechos civiles cuando aquellas grabaciones fuesen utilizadas con fines políticos.

Ciertamente, las cámaras no grabarían solamente crímenes o escenas cotidianas, sino huelgas, manifestacio-

nes políticas y una serie de amenazas a los intereses de quien, más tarde, tuviera la posesión de estas cintas y la capacidad de analizar y juzgar las conductas en ellas filmadas. De ahí al control ideológico y a la represión política so pretexto de reprimir la criminalidad no resta mucho.

Igual ocurre con el auge del establecimiento carcelario panóptico imaginado por el pensador inglés Jeremy Bentham (1748-1832), que lo concebía como una construcción radial, con pabellones a partir de un centro común que permite un máximo control sobre la actividad diaria del individuo con un mínimo esfuerzo. A partir del centro, un único guardián puede observar todos los pabellones con solo girar la cabeza⁸. *Mutatis mutandis* el sistema panóptico cibernético se presenta como una indiscutible amenaza para los derechos humanos, pues como recordara FOUCAULT:

"De ahí el efecto más importante del Panóptico: inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que asegura el funcionamiento automático del poder. Hacer que la vigilancia sea permanente en sus efectos, aun cuando sea discontinua en su acción; que con la perfección del poder se tome inútil la actualidad de su ejercicio; que ese aparato arquitectónico sea una máquina de crear y sustentar una relación de poder independientemente de quien la ejerza; en fin, que los detenidos se encuentren presos en una situación de poder en la que ellos mismos son el soporte." ⁹

Como se ve, el precio a pagar por la protección contra el crimen, en última instancia, es convertir las calles, plazas, autobuses y metros en gigantescas cárceles, donde todos serán sospechosos de crímenes que aun no han ocurrido y eternos vigías de sus pensamientos, palabras y acciones. Es más, nada garantiza que el uso de cámaras servirá efectivamente para disminuir los índices de criminalidad. Es probable que se produjera un mero desplazamiento de los focos de delincuencia hacia los barrios pobres, zona rural y, por supuesto, al interior de las residencias.

Se trata de un sistema elitista, ya que la vigilancia a través de cámaras se limitaría a las zonas residenciales y a las áreas comerciales de las ciudades, relegando a las zonas pobres al secular olvido que han sufrido los que

7. El sistema de vídeo vigilancia de Washington D.C. fue designado para el premio US Big Brother 2002, instituido por la organización Privacy Internacional, que elige a las empresas y sectores del gobierno que se destacan por la invasión de la privacidad. Cfr. <http://www.privacyinternacional.org/bigbrother/us2002/> y <http://www.observing-surveillance.org/>

8. Cfr. ZAFFARONI, p. 279.

9. Cfr. FOUCAULT, p. 166. También: <http://www.observing-surveillance.org/introduction.html>

poco o nada tienen que proteger. Por otra parte, el sistema es fácilmente corrompible por el aparato policial, al poder impedir este que las imágenes lleguen a los tribunales y a los medios de comunicación o —peor aun— al poder editarlas de tal forma que los homicidios parezcan legítimas defensas y “Juan parezca José”.

Una vez más, los principales objetivos de tales políticas represivas son los criminales pobres. Sin dinero, con hambre y sin perspectivas de mejorar socialmente continuarán hurtando, robando y traficando, con o sin cámaras. Y, por la noche, podrán ser exhibidos en TV como chivos expiatorios de gobiernos dictatoriales que, negando en la práctica la libertad de expresión, ofrecen la apariencia de garantizar a todos la tan deseada seguridad.

Paradójicamente, el terrorismo que justifica el incremento de este tipo de política de seguridad, se concreta básicamente a través de acciones suicidas y, lejos de prevenirlas, las cámaras constituyen un incentivo para realizar atentados más osados, que serán exhibidos durante semanas en el horario de máxima audiencia de TV.

Puede verse, pues, que el uso de las cámaras con el objetivo de reprimir la criminalidad tiene unos escasos efectos sobre la reducción de los delitos y constituye una efectiva lesión del derecho a la intimidad y de la libertad de expresión, ambos constitucionalmente garantizados en todas las democracias contemporáneas.

3. Identificación biométrica

La biométrica es un método automatizado de identificación, basado en las exclusivas características físicas de cada individuo. Las principales técnicas biométricas existentes se concretan en el reconocimiento del iris, en las impresiones digitales, de cara, de voz, entre otros. De entre estos sistemas biométricos, el reconocimiento del iris es el que, hoy por hoy, presenta una mejor relación coste-beneficio, al ofrecer un alto grado de precisión a un bajo precio:

“De acuerdo con datos facilitados por LG, el índice de error que se da en un sistema basado en la lectura del iris es de 0,0008%, en cuanto que la impresión digital alcanza un margen del 5% y el reconocimiento facial, del 5% al 10%. Para tener un término de comparación, el análisis del ADN,

que es bastante preciso, tiene un índice de error del 0,05%.¹⁰”

El reconocimiento del iris es utilizado actualmente en los aeropuertos de Amsterdam. El sistema —llamado Privium¹¹— permite la venta de pasajes aéreos vinculada a las características biométricas del iris del usuario, comprobadas en el momento de embarcar. El nuevo sistema es presentado como una comodidad para el cliente que evita aguardar en la fila de embarque con tan solo dirigirse a una entrada especial donde la geometría de su iris es comparada con los datos del billete. En este caso, el reconocimiento del iris es utilizado como un sistema de autenticación, es decir, su uso se limita a la comprobación de la identidad de una determinada persona. El pasajero se presenta como titular de un billete y el sistema verifica si es realmente quien dice ser.

La utilización de sistemas biométricos, como métodos de verificación de la identidad, podría sustituir en breve a las actuales firmas en los cheques bancarios o a cualquier otro sistema en el que sea necesario realizar una comprobación de identidad. La biométrica permite, no obstante, usos mucho más perversos, ya que la misma técnica que sirve para verificar la identidad de un individuo también puede servir para identificar una infinidad de características físicas, sociales y económicas relacionadas con él.

Alguien que ya hubiera cometido un crimen podría, por ejemplo, ser fácilmente identificado en un aeropuerto, si el sistema de reconocimiento del iris estuviera conectado con un banco de datos en el que constasen los registros de todos aquellos que ya hubieran sufrido una condena criminal. Se trata de una aplicación claramente estigmatizante que tiende a marginar aun más a los egresados del sistema penitenciario, lo que dificulta su reintegración en la sociedad.

Otras muchas características personales de los pasajeros pueden también constar en el banco de datos: nacionalidad, renta, estudios, religión, etc. Todas ellas fácilmente accesibles para las autoridades a través de un simple reconocimiento del iris.

Un sistema como este, aparentemente posible solo en gobiernos dictatoriales de películas de ciencia ficción, está siendo objeto de un serio desarrollo por el Gobierno de la autodenominada mayor democracia del planeta. Nos referimos al *Computer Assisted Passenger Screenig*

10. Cfr. <http://pcworld.terra.com.br/leste/tecnolhard/0025.html>

11. Cfr. http://www.schiphol.nl/schiphol/privium_home.jsp

Program del gobierno norteamericano¹², compuesto por un mecanismo de reconocimiento del iris conectado a un extenso banco de datos con las características de aquellos individuos considerados como sospechosos por el Gobierno federal.

No es difícil imaginar quiénes serán los principales blancos de los controles policiales: negros, árabes, ciudadanos del tercer mundo; en suma, aquellos que, aunque no lo sean, parezcan pobres y, por tanto, potencialmente delincuentes o, al menos, no bienvenidos. Es el auge de lo que podríamos denominar la estigmatización cibernética: pasajeros de primera, de segunda y de décima clase... todos ellos separados por lo que aparentan ser.

Evidentemente el sistema no se limitará a los aeropuertos y se diseminará por bancos, supermercados y centros de consumo en general, donde, con la ayuda de los "ojos electrónicos", se garantizará la seguridad de la población de clase media y alta, al tiempo que se ofrecen productos y servicios a través de campañas dirigidas a los hábitos de consumo de los clientes¹³.

4. Monitorización de los condenados vía satélite

La empresa norteamericana Veridian comercializa en la actualidad un producto llamado Veritrack, basado en la tecnología GPS —*Global Positioning System* (Sistema de Posicionamiento Global)— que está siendo utilizado en condenados que cumplen su pena en libertad en los Estados Unidos. Se trata de un sofisticado sistema cibernético compuesto por un dispositivo de rastreo vía satélite que se conecta a la pierna del condenado y envía una señal ininterrumpidamente a un banco de datos central de la policía local. El sistema consigue detectar con gran pre-

cisión el lugar donde se encuentra el condenado y permite el seguimiento de sus desplazamientos, por parte de la policía.

Este control permanente excluye la impunidad en el supuesto de cometer un nuevo delito o, al menos en teoría, genera una certeza de punición que inhibe la práctica de nuevas infracciones.

Por otro lado, la relación coste-beneficio de esta tecnología para el Estado es bastante atractiva, ya que con un único policía se puede vigilar gran cantidad de condenados a través de su seguimiento vía satélite. Un condenado en prisión en Estados Unidos cuesta aproximadamente 62 dólares por día a las arcas públicas norteamericanas, mientras que un condenado en vigilancia electrónica tiene un coste diario entre 9 y 13 dólares¹⁴.

Esta tecnología, que parece un innegable progreso en comparación con las cárceles, está siendo utilizada en Estado Unidos no como una medida sustitutiva de prisión, sino como un nuevo elemento represivo en su sistema de suspensión del proceso (*probation system*)¹⁵ y de la libertad condicional (*parol system*)¹⁶. Se trata de un claro retroceso, ya que la moderna criminología ha demostrado que uno de los principales inconvenientes de la pena de prisión es, justamente, que no fomenta el sentido de la autodisciplina y de la responsabilidad por parte del condenado.

Si en la suspensión condicional (del proceso o de la pena, según cada sistema) o en la libertad condicional, hasta ahora, la autodisciplina y responsabilidad de los condenados eran tomadas en cuenta como requisito final para la concesión de la libertad plena, en el nuevo sistema no se medirá la autodeterminación del condenado, ya que

12. El *Computer Assisted Passenger Screening Program* obtuvo el premio US Big Brother 2002, promovido por la organización Privacy Internacional, que exige a las empresas y sectores gubernamentales que más se han destacado por invadir la privacidad. Cfr. <http://www.privacyinternacional.org/bigbrother/us200>

13. Cynthia Semiramis Vianna, en una crítica a la película *Minority Report*, observa que "la diferencia social también se muestra como reflejo de la sociedad de consumo. Quien puede consumir trececientos bonitos shoppings, bien iluminados, con publicidad en todos los espacios posibles, y adecuadamente identificados por un recordador de iris en la entrada del local, siendo inducido a realizar sus compras. Quien no puede consumir es interceptado, en su casa, por robots en forma de araña que reconocen compulsivamente el iris de todos los que se encuentran en el edificio, quedando inermes a tal invasión", VIANNA, 2002, p. 6.

14. Cfr. <http://www.veridian.com/offers/suboffering.asp?offeringID=564>

15. "Sistema anglo-sajón (*probation system*): consiste en la suspensión de la acción penal durante un determinado tiempo (período de prueba), pudiendo ser aquella reiniciada o definitivamente extinguida. La extinción, por tanto, se encuentra condicionada por la buena conducta del delincuente, evaluada mediante el control de agentes estatales (*probation officers*). Sistema franco-belga (*survis*). De forma distinta al sistema anglo-sajón, para el sistema europeo continental la suspensión condicional de la pena está sujeción a la existencia de una sentencia penal condenatoria. La sanción penal impuesta —ajustada a los límites prefijados por la ley penal— podrá quedar suspendida, aún, durante un determinado lapso de tiempo, en el que el reo se ve sometido a período de prueba, sin ningún tipo de fiscalización" (sic) Cfr. PRADO, p. 478.

16. Trazando con precisión la distinción entre el modelo norteamericano y los sistemas europeos, señala Cuello Calón que "el *parol system* se aplica en sentencias indeterminadas en cuanto que en Europa se otorga a partir de penas fijas, y no posee el carácter de gracia o beneficio otorgado a los penados por su buena conducta, rasgo predominante en Europa, sino como una medida de protección social. En el *parol system*, la etapa de asistencia al liberado tiene mayor importancia y se aplica a través de procedimientos más eficaces, particularmente a través de la intervención de funcionarios profesionales, en cuanto que en la mayoría del resto de los países, en lo que a ese aspecto de la libertad condicional tiene se le presta poca atención, tal período constituye un régimen de prueba" (*La moderna penología*, p. 536) apud PRADO, p. 491.

este se verá sometido a una constante vigilancia que le impedirá cometer un nuevo delito, pero sin que ello implique tener la conciencia de seguir un deber jurídico.

De nada servirá este seguimiento si el Estado no posibilita a los condenados medios ciertos de reinserción social a través de un trabajo remunerado dignamente. Las penas de prestaciones de servicios a la comunidad son infinitamente superiores a cualquier sistema de rastreo, ya que el condenado se aprecia como ciudadano, dándole una oportunidad real de reinserción social. Por desgracia, no siempre es posible aplicar la prestación de servicios a la comunidad, en atención a la gravedad del crimen y, en estos casos, es innegable que la pena de "rastreo" constituye una alternativa infinitamente superior a la cárcel, pues permitiría al condenado mantener sus actividades cotidianas de trabajo y estudio, evitando un aislamiento social que ningún beneficio aporta a la ejecución penal.

Por otro lado, esta medida se muestra plenamente recomendable para las llamadas prisiones procesales en las que, a pesar de no existir una condena recaída en un juicio, por motivos de orden público, se recomienda mantener al reo bajo vigilancia estatal. En estos casos, el juez puede definir un área en la que el condenado podrá transitar libremente hasta que la causa sea finalmente juzgada.

Al igual que la prisión, el rastreo es una medida extrema, al limitar la privacidad y, en última instancia, al ser una forma indirecta de limitación de la libertad, siendo solo aplicable por decisión judicial fundamentada, ya sea como prisión preventiva, ya sea como pena definitiva.

Es importante, también, fijar los límites de su aplicación —preferiblemente en el nivel constitucional— pues un abuso de este tipo de penas podría generar una inaceptable población de hombres-robots. Es inadmisibles, por ejemplo, una pena de "rastreo perpetuo", so pena de consagrar una *capitis diminutio*, dando lugar a una categoría de "ciudadanos de segunda", absolutamente incompatible con un Estado democrático de derecho.

Por fin, es necesario resaltar que todo sistema computacional está sujeto a fraudes y, por tanto, es bastante probable que aparezcan métodos para burlar el sistema de rastreo.

5. Conclusión

La reciente popularización de instrumentos cibernéticos de control de la criminalidad no se ha visto acompañada de los respectivos estudios filosóficos, sociológicos y jurídicos referidos a su finalidad.

Antes de ser saludados como avances que podrían significar el final del Derecho Penal tal y como lo conocemos hoy, tales mecanismos cibernéticos deberían ser analizados como amenazadoras violaciones de los derechos fundamentales de las personas susceptibles de ser instrumentalizados por regímenes autoritarios.

La literatura y el cine, en incontables obras de ciencia-ficción, han profetizado dictaduras cibernéticas en las que, bajo el argumento de la seguridad pública, todo un aparato tecnológico es utilizado para restringir los derechos humanos y mantener a un grupo minoritario en el poder.

A pesar de la evidente amenaza que tales mecanismos de control del comportamiento humano representan para los sistemas de gobierno democráticos, gran parte de la población parece dispuesta a cambiar una parcela de su privacidad por un incremento de su seguridad.

Las amenazas terroristas en los Estados Unidos y en Europa y la endémica delincuencia contra el patrimonio en Latinoamérica, son factores que han contribuido en gran medida a incentivar el incremento de los mecanismos de seguridad pública.

Desgraciadamente, por tanto, la magnífica tecnología creada por la Ciencia de la Computerización no es capaz de solucionar los conflictos políticos, económicos y religiosos que generan los ataques terroristas y, mucho menos, las inmensas desigualdades sociales, que son la causa principal de la criminalidad patrimonial y del tráfico de drogas, en especial, en América Latina.

El Derecho Penal Cibernético no es, al contrario de lo que se pudiera pensar en primera instancia, un mecanismo profiláctico de la criminalidad, sino un verdadero instrumento de anticipación de la represión penal que se vuelve en contra de todos los ciudadanos que, a priori, son considerados sospechosos de ser potenciales criminales.

Una vez más, la lucha contra la criminalidad se limita a la prevención de sus consecuencias sin ofrecer medidas que atenúen las causas del problema.

Aun cuando haya centenares de cámaras de video vigilancia, aun cuando haya innumerables sistemas de identificación biométrica, aun cuando se haya instalado en el cuerpo de un condenado un sistema de rastreo vía satélite, de nada servirán estos mecanismos, si siguen existiendo personas dispuestas a sacrificar sus vidas por una causa y persistan las desigualdades económicas que asolan a la absoluta mayoría de la población del Tercer Mundo.

Resulta oportuno recordar la lección de Eduardo Galeano:

"La publicidad manda a consumir y la economía lo prohíbe. Las órdenes de consumo, obligatorias para todos, pero imposibles para la mayoría, son invitaciones al delito. Sobre las contradicciones de nuestro tiempo las páginas policiales de los diarios enseñan más que las páginas de información política o económica. Este mundo, que ofrece el banquete a todos y cierra la puerta en la nariz de tantos, es al mismo tiempo igualador y desigual: igualador en las ideas y en las costumbres que impone y desigual en las oportunidades que proporciona."¹⁷

En un Estado democrático de derecho lo que se debe buscar es la solución a la causa de los problemas y no instrumentos de represión que, tratando a todos los ciudadanos como sospechosos a priori, vienen a representar una aterradora amenaza para la democracia tan duramente conquistada en el pasado siglo.

La historia demuestra que los sistemas dictatoriales necesitan demonios para ser combatidos. Y la criminalidad parece ser la elegida como el demonio de este inicio del siglo XXI.

Persiste, entre tanto, una temible cuestión: si el Estado, con sus cámaras, identificadores biométricos y satélites rastreadores, vigila al ciudadano, ¿quién vigila al Estado y a los que ostentan el poder?

¿Quién controla al Estado cibernético, controlador de todo y de todos?

En la era del control, la duda de Juvenal se torna más actual que nunca:

Quis custodiet ipsos Custodes?¹⁸

6. Bibliografía

AMSTERDAM AIRPORT SCHIPHOL. *Privium: a select way to travel*. Disponible en: <http://www.schiphol.nl/schiphol/privium/privium/home.jsp>.

Con acceso el 24 de diciembre de 2002

DICK, Philip K. *Minority Report a nova lei*. Rio de Janeiro, Record, 2002, 368 pp.

DIGITAL ANGEL CORPORATION. *Digital Angel*. Disponible en: <http://www.digitalaneel.net>. Con acceso el 24 de diciembre de 2002.

ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER. *Video Surveillance*. Disponible en: <http://www.epic.org/privacy/surveillance/>. Con acceso el 24 de diciembre de 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. Nascimento da prisao*. 24 ed. Petrópolis, Vozes, 2001, 262 pp.

GALENO, Eduardo. *De pernas para o ar a estola do mundo ao avesso*. Porto Alegre, L&PM, 2001, 307 pp.

GOYA, Dense H. *Biometria: Esquela todas as suas senhas*. PC World on line. Disponible en: http://www.pcworld.terra.com.br/pcw/testes/tecno_hard/0025.html. Con acceso el 24 de diciembre de 2002.

HOBBSBAWN, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2ª ed. Sao Paulo, Companhia das Letras, 1995, 598 pp.

La Naranja Mecánica. Dirección, Producción y Guión: Stanley Kubrick. Intérpretes: Patrick Magee; Adrienne Corrí; Miriam Karlan; Malcolm McDowell y otros. Warner Home Video, 1971. Una cinta de video (138 m.), VHS, son., color. Basada en el libro de Anthony Burgess.

Matrix. Dirección: Andy Wachowski. Intérpretes: Keanu Reeves; Laurence Fishburne; CarrieAnne Moss; Hugo Weaving; Gloria Foster y otros. Warner Home Video, 1999. Un DVD (136 m.) DVD, son., color.

Minority Report. Dirección: Steven Spielberg. Intérpretes: Tom Cruise; Colin Farrell; Max Von Sydow; Samantha Morton y otros. Fox, 2002. Un DVD (148 m.), DVD, son., color. Basado en el relato corto de Philip K. Dick.

OBSERVING SURVEILLANCE. *Introduction*. Disponible en: <http://www.observingsurveillance.org/introduction.html>. Con acceso el 24 de diciembre de 2002.

17. GALEANO, 2001, p. 25.

18. "Quis custodiet ipsos / custodes?" (¿Quién vigilará a los vigilantes?) - "Juvenal enunció este problema en relación con las personas encargadas de hacerse cargo de la virtud de las mujeres: De hecho, la mujer lasciva comenzará exactamente con los encargados de su vigilancia" Cfr. TOSI, p. 476. Cfr. también: <http://www.observingsurveillance.org/introduction.html>

ORWELL, George. 1984. 24 ed. Sao Paulo, Companhia Editorial Nacional, 2000, 277 pp. PRADO, Luis Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2ª ed. rev., actual. y ampl. Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, 632 pp.

PRIVACY INTERNATIONAL. *The 2002 US Big Brother Awards*. Disponible en: <http://www.privacyinternational.org/biebrother/us2002>. Con acceso el 24 de diciembre de 2002.

TOSI, Renzo. *Dicionário de sentenças latinas e gregas*. Sao Paulo, Martins Fontes, 1996, 904 pp.

VERIDIAN CORPORATION. *Veritracks product*. Disponible en: <http://www.veridian.com/offering/subofferiniazsp9offerinID=472>. Con acceso el 24 de diciembre de 2002.

VIANNA, Tulio Lima. *Fundamentos de Direito Penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, 170 pp.

VIANNA, Tulio Lima / MATTOS, Virgilio de. *Minority Report: uma nova lei, velhos paradigmas*. Justilex, Brasília, a.l, nº 9, pp. 30-31, septiembre de 2002. Disponible en: <http://www.tuliovianna.org>. Con acceso el 24 de diciembre de 2002.

WEINER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. 7ª ed. Sao Paulo, Cultrix, 2000, 190 pp.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2ª ed. rev. e atual. Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, 888 pp.



"Tortugas". Acrílico de Gerardo González

EL NUEVO PROCESO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

*Lorenzo M. Bujosa Vadell**

La reforma procesal penal de octubre de 2002 (Ley 38/2002 y LO 8/2002) ha pretendido, conforme a su exposición de motivos, superar la impresión generalizada de aparente impunidad y de inseguridad ciudadana procurando inmediatez y aceleración en la respuesta estatal ante la delincuencia. Con este fin se crea un proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, conocido habitualmente como "juicio rápido", cuya regulación se encuentra en los artículos 795 a 803 de la LECrim.

Son características destacadas de este procedimiento el gran incremento de las funciones de la policía judicial, así como las diligencias urgentes que se desarrollan ante el Juzgado de Guardia. Las normas relativas al procedimiento abreviado se aplicarán supletoriamente, y en ausencia de éstas, las del procedimiento común.

Ámbito de aplicación

De acuerdo con el artículo 795 de la LECrim, este procedimiento se aplica cuando concurren simultáneamente tres criterios básicos:

- **La gravedad de la pena.** Se aplica a la investigación y enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía.
- **La iniciación del procedimiento.** Debe incoarse el proceso penal en virtud de un atestado policial. Si se ha detenido a una persona, la policía la debe haber puesto a disposición del Juzgado de Guardia y, si no ha habido detención, ha de haberla citado para que comparezca como denunciado ante ese juzgado.

- **La concurrencia de circunstancias específicas.** Además de lo anterior, es necesario que las características del hecho punible sirvan también como indicios de que será posible en la práctica una rápida tramitación del proceso. La ley recoge las siguientes circunstancias:

- **Delitos flagrantes.** Es decir, los que se estuviesen cometiendo o se acabaren de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto, y se entenderá **sorprendido en el acto** el delincuente que sea detenido en el momento de la comisión del delito y también el que haya sido detenido o perseguido después de cometerlo, si la persecución dura o no se suspende mientras el delincuente no se ponga fuera del alcance inmediato de los que le persiguen.

También será flagrante el delito si se sorprende al imputado inmediatamente después de la comisión con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

• **Delitos enumerados en el artículo 795.1.2:**

- Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del C.P.
- Delitos de hurto
- Delitos de robo
- Delitos de robo y hurto de uso de vehículos
- Delitos contra la seguridad del tráfico

- Delitos de daños del artículo 263 del C.P.
- Delitos contra la salud pública del artículo 368.2 del C.P.
- Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e Industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del C.P.

En cualquier caso, no se aplicará este procedimiento cuando alguno de estos delitos fuera conexo con otro no enumerado en esta relación, y tampoco cuando sea procedente acordar el secreto de las actuaciones.

- **Facilidad en la investigación.** Cuando se trate de delitos en los que, aunque no concurren las circunstancias anteriores, pueda presumirse que su investigación será sencilla.

Actuaciones de la policía judicial

La fase de investigación de este procedimiento se divide en dos etapas, una atribuida a la policía judicial, que ve acrecentadas sus funciones al tener que practicar en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante la detención, una serie de diligencias de información y de investigación; y otra etapa ya claramente judicial, atribuida al juez de instrucción de guardia para que lleve a cabo también una serie de diligencias con carácter urgente.

Si nos fijamos en las diligencias policiales, el artículo 796 de la LECrim enumera las siguientes:

1.ª Solicitará al facultativo o personal sanitario que atienda al ofendido copia del informe relativo a la asistencia. Igualmente solicitará la presencia del médico forense cuando la persona no reconocida no pueda desplazarse al Juzgado de Instrucción mientras dure su guardia.

2.ª Informará a la persona a la que se atribuya el hecho del derecho a comparecer ante el juzgado asistido de abogado.

3.ª Citará a la persona denunciada en el atestado para comparecer en el día y hora que se señale ante el juzgado, si no se ha procedido a su detención.

4.ª Citará, asimismo, a los testigos, para que comparezcan en el día y hora que se señale ante el juzgado. No será necesaria la citación de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad que hubiesen intervenido en el atestado si su declaración consta en el mismo.

5.ª Citará también para el mismo acto a las entidades aseguradoras que hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias en los términos del artículo 117 del C.P.

6.ª Remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resultare pertinente.

7.ª Practicará los exámenes de alcoholemia, de acuerdo con la legislación de seguridad vial.

8.ª En los casos en que no pueda remitirse al Juzgado de Guardia algún objeto que debiera ser tasado, se solicitará la presencia del perito o servicio correspondiente para su examen e informe.

Diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia

Una vez recibido el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y fuentes de prueba que, en su caso, lo acompañen, el juez de instrucción que esté de guardia incoará, si procede legalmente, diligencias urgentes. Tales diligencias deben llevarse a cabo durante el servicio de guardia de este juzgado, aunque en los partidos judiciales en que el servicio de guardia no sea permanente y tenga una duración superior a veinticuatro horas, podrá prorrogarse el plazo conforme al artículo 799.2.

Cuando las considere pertinentes, el Juzgado de Guardia llevará a cabo diversas diligencias, con la participación activa del Ministerio Fiscal; entre ellas estarían las enumeradas en el artículo 797:

1.ª Recabar por el medio más rápido los antecedentes penales del imputado.

2.ª Si es necesario para calificar jurídicamente los hechos;

- Recabará los informes periciales solicitados por la policía.

- Ordenará, en su caso, que el médico forense examine a las personas que hayan comparecido y emita informe pericial.

- Ordenará la tasación de bienes y objetos aprehendidos e intervenidos, si no se hubiera hecho antes.

3.ª Tomará declaración al detenido o al imputado

que haya comparecido, informándoles de los hechos que se les imputan, conforme al artículo 775 de la LECrim.

4.ª Tomará declaración a los testigos.

5.ª Conforme al artículo 776, el secretario judicial informará, en su caso, al ofendido y al perjudicado de sus derechos.

6.ª Practicará el reconocimiento en rueda del imputado.

7.ª Ordenará, en su caso, los careos que considere necesarios.

8.ª Ordenará la citación, incluso verbal, de las personas cuya comparecencia considere necesaria, salvo los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad cuya presencia no sea imprescindible.

9.ª Ordenará la práctica de cualquier otra diligencia que sea pertinente y pueda llevarse a cabo en el acto o dentro del plazo del artículo 799.

Se establece, asimismo, la posibilidad de practicar prueba anticipada, cuando, por razón del lugar de residencia del testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral. Se establece la documentación de esta diligencia a través de medios audiovisuales o por medio de acta autorizada por el secretario.

A continuación, el juez oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, que podrán alegar acerca del contenido que deba tener la resolución del órgano jurisdiccional que cierre las diligencias urgentes. Podrán, asimismo, solicitar medidas cautelares frente al imputado y, en su caso, frente al responsable civil.

Seguidamente el juez puede adoptar alguna de las siguientes decisiones (art. 798.2 de la LECrim):

a) Si considera suficientes las diligencias practicadas, podrá optar por una de estas posibilidades:

-En caso de estimar que el hecho no constituye infracción penal o no aparezca suficientemente acreditada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda.

-En caso de entender que el hecho constituye falta, procederá a su enjuiciamiento inmediato conforme al artículo 963 de la LECrim.

-En caso de que el hecho esté atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente; y en caso de que todos los imputados sean menores de edad penal se trasladará lo actuado al fiscal de menores.

-En caso de que entienda que debe proseguirse el procedimiento para enjuiciamiento rápido, lo ordenará mediante un auto en forma oral.

b) Si considera que las diligencias practicadas no son suficientes, ordenará que el procedimiento continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado, señalando aquellas diligencias cuya práctica resulta necesaria.

Preparación del juicio oral

Una vez adoptada oralmente la decisión de continuar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido, en el mismo acto deberá oír al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas para que se pronuncien sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, conforme a los artículos 637 ó 641 de la LECrim. En su caso, también podrán solicitar medidas cautelares contra el imputado o ratificarse en las ya solicitadas.

Si tanto el Ministerio Fiscal como el acusador particular solicitan el sobreseimiento el juez lo acordará, salvo que concurran los supuestos de los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20 del C.P., en cuyo caso deberá devolver las actuaciones a las partes para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la pretensión civil de resarcimiento.

Si el Ministerio Fiscal o la acusación particular solicitan la apertura del juicio oral, deberá acordarlo, salvo que entienda que el hecho no sea constitutivo de delito o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado. La decisión de apertura del juicio oral se acordará mediante auto en forma oral y, por supuesto, motivada.

Una vez abierto el juicio oral, el artículo 800 de la LECrim distingue dos supuestos:

a) **Cuando no se ha constituido acusación particular.**

El Ministerio Fiscal presentará de inmediato su escrito de acusación o la formulará oralmente. Si no lo hace, se requerirá a su superior jerárquico para que en dos días presente el escrito que proceda. Si tampoco lo hace, entonces el legislador sobreentiende que no se pide la apertura del juicio oral y que se

considera procedente el sobreseimiento libre, lo cual por un lado es absurdo, porque el juicio oral ya estaba abierto anteriormente, y por otro lado es una solución demasiado drástica porque la acumulación de trabajo en las fiscalías dará lugar a impunidades injustificadas.

Si el Ministerio Fiscal ha formulado su acusación, por escrito u oralmente, el acusado podrá prestar su conformidad a la vista de esa acusación formulada. Si no lo hace podrá presentar inmediatamente su escrito de defensa o la formulará oralmente, aunque puede solicitar la concesión de un plazo breve (máximo cinco días) para preparar su escrito, en cuyo caso deberá presentarlo ante el Juzgado de lo Penal dentro del plazo concedido.

Se citará a las partes para la celebración del juicio oral en la fecha más próxima posible y siempre dentro de los quince días siguientes.

b) Cuando se ha constituido acusación particular.

Si la acusación particular ha solicitado la apertura del juicio oral y así lo ha acordado el juez de guardia, emplazará a la misma y al Ministerio Fiscal para que presenten sus escritos en un plazo no superior a dos días. Si no el Ministerio Fiscal los presenta se adoptará la solución criticable que hemos expuesto en el punto anterior.

Una vez presentados dichos escritos se citará a las partes para la celebración del juicio oral, como en el caso anterior, y se emplazará al acusado y, en su caso, al responsable civil, para que presenten sus escritos ante el órgano competente para el enjuiciamiento.

En cualquier caso, una vez recibido el escrito de defensa, o precluido el plazo para su presentación, el órgano jurisdiccional procederá al examen de las pruebas propuestas admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás. Las partes podrán haber solicitado al juez de guardia la citación de testigos y peritos que tengan la intención de proponer para el acto del juicio.

La LO 8/2002, de 24 de octubre, introdujo en la LECrim, entre otros, una nueva redacción del artículo 801, relativo a la prestación de la conformidad por el acusado ante el Juzgado de Guardia, que podrá dar lugar a que este órgano dicte una sentencia de conformidad.

Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, relativo a las conformidades en el procedimiento abreviado, el acusado podrá prestar su conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia y

podrá dictar esta sentencia de conformidad, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquel hubiere presentado en el acto escrito de acusación.

2. Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años.

3. Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

En caso de que se hubiera constituido acusador particular, también podrá el acusado, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones.

En todo caso, el Juzgado de Guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 de la LECrim. y dictará, en su caso, sentencia de conformidad, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, y si la pena impuesta fuera privativa de libertad resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución, conforme a las normas del C.P.

Juicio oral y sentencia

El juicio oral se desarrollará conforme a la regulación del procedimiento abreviado (arts. 786 a 788 de la LECrim). Aunque, en el caso de que, por motivo justo, no pueda celebrarse el juicio oral en el día señalado o que no pueda concluirse en un solo acto, el juez señalará para su celebración o continuación el día más inmediato posible y, en todo caso, dentro de los quince días siguientes.

La sentencia se dictará dentro de los tres días siguientes a la conclusión de la vista, en los términos del artículo 789. Se permite al juez de lo penal dictar sentencias de forma oral, sin perjuicio de que deban documentarse en el acta por el secretario judicial.

Impugnación de la sentencia

Contra la sentencia que dicte el Juzgado de lo Penal podrá interponerse recurso de apelación, que se sustanciará conforme a las normas del procedimiento abreviado, con algunas especialidades:

- Se reduce el plazo para presentar el escrito de formalización a cinco días.

- Las demás partes tendrán también cinco días para presentar alegaciones.

- Se reducen también los plazos para dictar la sentencia de apelación.

- La tramitación y resolución de estos recursos tendrá un carácter preferente.

Se aplica también a este procedimiento el llamado "recurso de anulación" contra sentencias dictadas en ausencia, que en realidad es un medio de rescisión de sentencias firmes. Se trata de establecer la garantía adecuada para que quien no haya comparecido en el proceso, de manera involuntaria, justificada o contraria a la ley, pueda ser oído ante el órgano jurisdiccional. Por tanto, se pretende asegurar que la ausencia de los acusados en el juicio oral, aunque se encuentre dentro de los límites legales, sea verdaderamente voluntaria, y por tanto implique, en realidad, una verdadera renuncia —aunque solo parcial— a su derecho de defensa.

Bibliografía

DELGADO MARTÍN, J., (Coord.), Los juicios rápidos. Análisis de la nueva ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas, Madrid, 2002.

ESCOBAR JIMÉNEZ, R.; MORENO VERDEJO, J.; MORAL GARCÍA, A. del, Juicios rápidos. Estudio práctico del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, Granada, 2003.

GIMENO SENDRA, V.; LÓPEZ COIG, J., Los nuevos juicios rápidos y de faltas, con doctrina, jurisprudencia y formularios, Madrid, 2003.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. (Coord.), Las reformas del procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas, Granada, 2003.

SÁNCHEZ MELGAR, J., (Coord.), Práctica procesal de los juicios rápidos, Madrid, 2003.

SOSPEDRA NAVAS, F.J., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2002. Los juicios rápidos. El juicio de faltas, Madrid, 2002.

TÉLLEZ AGUILERA, A., Los juicios rápidos e inmediatos, Madrid, 2002.



"En movimiento". Acrílico de Gerardo González

Doctrina Nacional

LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL EN AMÉRICA LATINA.

*Enrique Castillo Barrantes**

Introducción

La cooperación penal internacional se presenta, en América Latina, como una materia con desarrollos de siguales. Por un lado, hay una multiplicidad de instrumentos internacionales que le dan cuerpo, pero, por el otro, suelen faltar los organismos que faciliten su ejecución práctica. Al mismo tiempo, algunas áreas regionales tienen un nivel de cooperación más intenso, como es el caso de América Central, al que dedicaremos un apartado especial.

La cooperación penal internacional supone la existencia de una red de relaciones políticas internacionales construida alrededor de ideas, ideales, necesidades y propuestas compartidas. En toda gestión de ayuda subyace una cuestión de voluntad política. Si no hay buena disposición, la cooperación no es viable.

En el pasado, el subcontinente latinoamericano, pese a las similitudes históricas y culturales que enlazan grupos enteros de países —si no a toda la región—, ha constituido un agregado de países muy dispares en su organización y en sus orientaciones ideológicas, y las divergencias y los conflictos no han sido escasos, lo que ha dificultado la cooperación penal. La coexistencia de regímenes de derecha y de izquierda, autárquicos y populistas, civiles y militares, no propiciaba un entendimiento básico para una fluida cooperación penal.

Hoy, el panorama ha cambiado sustancialmente y puede afirmarse que, salvo poquísimas excepciones, América Latina es políticamente homogénea, hay coincidencias extendidas acerca de la manera de encarar los desafíos penales y de política criminal, en el contexto de una tendencia general a la integración regional y subregional. Además, las nuevas formas de comunicación facilitan el surgimiento de relaciones de ayuda práctica. Sobre esa base, se ha ido formando una trama de acuerdos y de instrumentos bilaterales y multilaterales que concretan las formas de cooperación.

Buena parte de esos instrumentos se ha dado en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), pero de ellos no nos ocuparemos en este trabajo por trascender el ámbito regional; nos vamos a concentrar en los instrumentos específicamente interamericanos o latinoamericanos, la mayoría de los cuales han sido adoptados en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA). También dejaremos de lado los acuerdos bilaterales porque su número y variedad resultarían excesivos para ser tratados aquí.

I. Instrumentos interamericanos

A-) Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional.

Este instrumento fue adoptado en Washington, Estados Unidos de América, en el marco del tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 2 de febrero de 1971, época en la cual, en el contexto de la guerra fría, algunas modalidades de terrorismo tenían trascendencia internacional y se practicaban con marcada frecuencia, como el secuestro de aeronaves, aunque las formas más violentas y frecuentes seguían siendo internas de algunos países que todavía sufrían el conflicto entre movimientos guerrilleros y ejércitos regulares. Esta convención puso énfasis en los procedimientos de extradición y el intercambio de información como medios de la cooperación penal para combatir el terrorismo, particularmente en sus modalidades de secuestro, homicidio y demás atentados contra la integridad física y la vida de las personas.

B-) Convención interamericana sobre extradición.

En realidad, desde 1879, cuando se firmó en Lima, Perú, el primer convenio, se han adoptado diversos tratados regionales o continentales sobre la extradición. Esta,

vigente, fue adoptada en Caracas en la actualidad, Venezuela, el 25 de febrero de 1981.

Establece, para los estados partes, la obligación de extraditar, a solicitud de otro estado parte, a las personas requeridas judicialmente para procesarlas, a las procesadas, a las declaradas culpables o las condenadas a cumplir una pena privativa de libertad. Sigue los lineamientos usuales del derecho internacional en materia de extradición. Así, exige que el delito se haya cometido en territorio del estado requirente o que este tenga jurisdicción para juzgarlo y dictar el fallo. El Estado requerido podrá, no obstante, denegar la extradición si estima que también es competente para juzgar ese delito, en cuyo caso deberá poner el asunto en conocimiento de las autoridades que corresponda y comunicar la decisión al Estado requirente.

Para que la extradición sea procedente debe darse la doble incriminación, es decir, que la acción que se persigue ha de estar tipificada en ambos países, sancionable con pena privativa de libertad de por lo menos dos años y, si se trata de una persona condenada, es necesario que la parte de la pena que le resta por cumplir sea de seis meses como mínimo.

No es procedente la extradición cuando el sujeto haya cumplido la pena, cuando se haya beneficiado con alguna gracia como la amnistía o el indulto, o cuando haya sido absuelto o sobreseído definitivamente, todo en aplicación del principio *non bis in idem*.

Tampoco es procedente cuando la acción penal o la pena estén prescritas, ni cuando se haya sometido o se vaya a someter al extraditable a un tribunal especial o ad hoc, ni cuando el delito por el que se le persigue sea político, conexo con político o, aunque común, perseguido por una finalidad política, racial, religiosa o de nacionalidad, a juicio del Estado requerido.

Si el delito está sancionado en el Estado requirente con pena de muerte, con pena privativa de libertad de por vida o con penas infamantes, el Estado requerido debe denegar la extradición, a menos que el requirente dé, por la vía diplomática, seguridades suficientes de que no impondrá esas penas a la persona reclamada o de que no serán ejecutadas.

La convención, como instrumento multilateral, deja a salvo lo que las partes hayan convenido en tratados bilaterales que tengan por objeto prevenir o reprimir una categoría específica de delitos.

Contiene dos innovaciones: excluye la posibilidad de que se pueda denegar la extradición invocando la nacionalidad del reclamado, con lo que obliga a la extradición de nacionales, aunque la innovación sea de relativa efec-

tividad porque está condicionada: *salvo que la legislación del Estado requerido establezca lo contrario*, algo que, ciertamente, es la regla en las leyes nacionales de extradición. La otra novedad deriva de que, como es usual en casi todas las legislaciones locales y en los instrumentos internacionales, si el Estado requerido deniega la extradición, se obliga a juzgar al sujeto reclamado. La novedad está en que las normas usuales supeditan esa obligación a que el estado requerido sea competente por materia y territorio para llevar a cabo el proceso, mientras que la convención deja establecida la jurisdicción de forma abierta al decir, en su artículo 8, que si el estado requerido no entrega a la persona reclamada, *queda obligado, cuando su legislación u otros tratados se lo permitan, a juzgarla por el delito que se le impute, de igual manera que si este hubiera sido cometido en su territorio...* (subrayado no es del original). Es decir, que la convención hace operar una prórroga de jurisdicción en caso de ser rechazada la petición de extradición.

La solicitud deberá acompañarse de copias certificadas, con sus respectivas traducciones, si es necesario, de las piezas judiciales y de las pruebas suficientes para aprehender y enjuiciar al reclamado, según la legislación del requirente, o certificación literal de la sentencia condenatoria ejecutoriada; también deben agregarse textos de la legislación que tipifican y sancionan el delito, así como de las reglas referentes a la prescripción de la acción y de la pena, con sus traducciones, más una serie de datos que permitan identificar al sujeto reclamado.

Otras normas de la convención fijan el principio de especialidad y sus excepciones, o sea, el de que el Estado requirente se compromete a no juzgar al extraditado por delito distinto anterior al de la solicitud de extradición; la regulación de la detención provisional y medidas cautelares; la concurrencia de varias solicitudes hechas por más de un Estado; los derechos de defensa; la prohibición de solicitar de nuevo la extradición que fue denegada por el mismo delito; lo relativo a la entrega de la persona reclamada y sus objetos; la postergación de la extradición si la persona estuviera sometida a juicio o cumpliendo condena por delito distinto al que motiva la petición de extradición, y demás aspectos como plazo de recepción del extraditado, su custodia y tránsito, y gastos.

C-) Convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal.

Como lo indica su nombre, esta convención constituye el meollo de la cooperación en materia penal, objeto de este ensayo. Fue adoptada en Nassau, Bahamas, el 23 de mayo de 1992 y recoge las experiencias de los países de la región recabadas, a lo largo de los años, mediante tratados bilaterales y el derecho comparado internacional. El compromiso básico que adquieren los Estados partes es el de la cooperación recíproca, que ha de concretarse,

caso por caso, mediante la formulación de solicitudes escritas a ser ejecutadas por los órganos de investigación o por los tribunales del país requerido. La gama de ayudas es amplia, desde la notificación de actuaciones judiciales, toma de pruebas como la testimonial, inmovilización, embargo y secuestro de bienes, inspecciones e incautaciones, examen de objetos y lugares, transmisión de informaciones y pruebas, traslado de detenidos, siempre y cuando se trate de delitos sancionados con pena de prisión de más de un año (lo que excluye la ayuda en delincuencia de bagatela), que sean de competencia del Estado requirente, aunque no sean delito en el Estado requerido.

La asistencia recíproca tiene, a tenor de lo dispuesto por el artículo 9 de la convención, prácticamente las mismas restricciones y limitaciones que tiene la extradición en su respectiva convención interamericana: el principio de non bis in ídem si ya la persona fue juzgada por el mismo hecho impide la ayuda; también queda excluida si la persecución se basa en motivos de sexo, raza, religión, condición social, nacionalidad, ideología, en delito político o conexo con político, y procede igualmente rechazarla si la solicitud proviene de tribunal especial o ad hoc.

Es importante anotar que, entre las restricciones del texto de la convención, se halla la de prestar la ayuda para delitos fiscales; sin embargo, mediante un protocolo adoptado en Managua, Nicaragua, el 11 de junio de 1993, se invirtió esa norma y se dejó establecido que el Estado requerido "no denegará la asistencia que requiera la adopción de las medidas a las que se refiere el artículo 5 de la Convención (embargo, secuestro de bienes, inspecciones e incautaciones), en el caso en el que el acto especificado en la solicitud corresponda a un delito tributario de igual índole al tipificado en la legislación del estado requerido" (Etcheberry, Alfredo, pág. 1040).

D-) Tratado constitutivo de la Conferencia de Ministros de Justicia de los países iberoamericanos.

Suscrito en Madrid el 7 de junio de 1992, este tratado no tiene relación directa o inmediata con la ayuda mutua penal internacional, pero ofrece el marco de trasfondo para ella, ya que la Conferencia "tiene por objeto el estudio y promoción de formas de cooperación jurídica entre los Estados miembros" (artículo 3). En esa medida, condiciona a los ministros de justicia a contribuir con el fortalecimiento los lazos de cooperación, entre ellos los de la cooperación penal, tanto más cuanto que con mucha frecuencia las gestiones de ayuda penal internacional deben tramitarse por medio de los ministerios de justicia. Aunque trasciende lo interamericano, por la participación de España y Portugal, no hay duda de que tiene relevancia para la cooperación latinoamericana.

E-) Convención interamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero.

La permanencia de ciudadanos de países vecinos en las prisiones de otros países de la región causa una serie de dificultades, tanto para los países receptores como para las personas privadas de libertad. Para estas, el desarraigo que significa estar prisioneras en un medio cultural extraño, alejadas del apoyo de amigos y familiares, conlleva una carga adicional a la pena misma. Para los Estados, especialmente cuando el número de extranjeros en prisión es grande, se plantean dificultades de administración, de tratamiento y de seguridad, sobre todo cuando la ejecución de las penas privativas de libertad admite fases realizables en medio semiabierto o abierto en modalidades llamadas "de confianza". Por todo ello, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), reunidos en Managua, Nicaragua, adoptaron esta convención el 9 de junio de 1993, "animados por el deseo de cooperar para asegurar una mejor administración de justicia mediante la rehabilitación social de la persona condenada".

La idea que inspira la convención es la de que los Estados se comprometen a brindarse la más amplia cooperación con respecto a la transferencia de personas condenadas para que estas puedan cumplir sus condenas en los Estados de los cuales son nacionales. Por consiguiente, la transferencia a terceros países está descartada. Además de la nacionalidad del sujeto correspondiente al estado receptor, otros requisitos son el de que haya sentencia condenatoria firme y definitiva, que exista doble incriminación, que la pena por cumplir no sea de muerte y que el tiempo que resta al momento de la solicitud sea de por lo menos seis meses, pero el requisito más importante es el del consentimiento de la persona sentenciada, habiendo sido informada previamente de las consecuencias legales del traslado. Adicionalmente, la convención obliga al Estado sentenciador a informar a toda persona susceptible de beneficiarse con ella, del contenido de la convención y, una vez hecha la solicitud, a mantenerla informada del curso del trámite.

Por otra parte, la convención regula los pasos del procedimiento para el traslado, el que admite que el trámite pueda ser promovido por cualquiera de los dos Estados, el sentenciador o el receptor. Para tomar la decisión ambos países deberán considerar, entre otros factores, la posibilidad de contribuir a la rehabilitación social de la persona, la gravedad del delito, sus antecedentes penales, su estado de salud, los vínculos familiares, sociales o de otra índole que tuviere en esos países.

La convención contiene disposiciones para garantizar los derechos de la persona trasladada. Una de ellas es la

de que no puede ser juzgada de nuevo en el país receptor por el mismo delito que origina el traslado, así como que no se le puede ejecutar la pena por un tiempo más largo del que le impuso el Estado sentenciador; pero, en todo lo demás, la pena será ejecutada según la normativa del Estado receptor, incluidas las disposiciones sobre reducción de períodos de encarcelamiento o de cumplimiento alternativo de las condenas (medidas alternativas a la prisión), según lo establece el artículo VII. No obstante, el Estado sentenciador conservará su plena jurisdicción para revisar las sentencias dictadas por sus tribunales y otorgar indulto, amnistía o gracia al sentenciado.

Si mediare autorización de la persona facultada para otorgar el consentimiento, la convención puede aplicarse en beneficio de menores infractores y de inimputables.

F-) Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Este ha sido un tema doloroso en la historia de América Latina, aun de la más reciente, y la desaparición forzada de personas ha revestido, incluso, la forma de una manifestación del terrorismo de Estado; pero esta convención marca un giro en la voluntad jurídica y política de los miembros del sistema interamericano. Desde el punto de vista de la cooperación penal internacional, su texto es relevante porque, tras de comprometerse los signatarios a "no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales" y a "sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo" (artículo I, incisos a) y b)), expresamente se comprometen a "cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas" (art. I, inc. c)).

Por el artículo V, se introducen varias regulaciones que tienden a asegurar que la extradición sea siempre posible en estos casos, especialmente el principio de que "...la desaparición forzada se considerará incluida entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre las partes" y, aun a falta de tratado, el Estado requerido "podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición..."

La convención establece también la obligación de ayuda recíproca cuando se trate de la desaparición de menores: "Los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en este, como consecuencia de la

desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores" (artículo XII).

Es interesante señalar que la mayor parte de los instrumentos jurídicos que establecen modalidades de ayuda penal internacional en el contexto interamericano, omiten la definición de órganos regionales para coordinar y canalizar dicha ayuda, la que queda supeditada a los canales bilaterales; en cambio, esta convención sobre desaparición forzada de personas, aprovechando que se trata de una conducta violatoria de derechos humanos, pone en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano de la OEA, la tarea de tramitar e investigar las peticiones o quejas sobre casos de desaparición.

G-) Convención interamericana contra la corrupción.

Esta convención, adoptada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996, es uno de los mejores ejemplos de un instrumento concebido desde la perspectiva de la ayuda recíproca. Desde el preámbulo encontramos varios postulados que lo ponen en esa dirección. De este modo, los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos manifiestan: "CONVENCIDOS de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema...", "RECONOCIENDO que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente. CONVENCIDOS de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas...TENIENDO PRESENTE que para combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad y que la cooperación entre ellos es necesaria para que su acción en este campo sea efectiva..." Son manifestaciones que subrayan el carácter regional del fenómeno y de la lucha para combatirlo, así como la necesidad imperiosa de la ayuda internacional.

Es digna de destacarse la tipificación, en el artículo VIII, del soborno internacional. Mas, en lo que se refiere a la cooperación recíproca, son fundamentales el artículo XIII, sobre extradición, que contiene normas muy similares a las vistas en la Convención sobre desaparición forzada de personas, mencionadas supra, y el artículo XIV, sobre asistencia y cooperación, mediante el cual los Estados se comprometen a prestarse "la más amplia asistencia recíproca, de conformidad con sus leyes y los tratados aplicables" para efectos de la investigación y juzgamiento de esos hechos, lo mismo que a prestarse "la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas de prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción..."

H-) Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados.

Suscrita en Washington D.C., Estados Unidos de América, el 14 de noviembre de 1997, define como parte de su propósito, en el artículo II, "promover y facilitar entre los Estados Partes la cooperación y el intercambio de información y de experiencias para impedir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados".

Entre las muchas disposiciones que contiene la convención, destacan las que ponen en relación dos o más Estados, como los artículos IX y X, que regulan la exportación, la importación y el tránsito de esos materiales, así como las que se refieren a la información (artículos X y XI) y su intercambio como medio de cooperación internacional (artículo XIII). Esta ayuda comprende el rastreo común de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados que pudieran haber sido fabricados o traficados ilícitamente, y una amplia cooperación en materia de extradición por estos hechos.

Una particularidad de esta convención es que establece un órgano de coordinación de la ayuda, denominado Comité Consultivo e integrado por un representante de cada Estado parte.

II. Instrumentos centroamericanos

Históricamente, se conoce como América Central o Centroamérica el conjunto de cinco países constituido por Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica, porque desde tiempos de la colonia española formaron una unidad territorial y administrativa que, aun después de la independencia en 1821, siguió marcando en ellos una vocación de unidad que se concretó en varios intentos de federación en el siglo XIX, y en organismos como la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), la Secretaría General de Integración Económica (SIECA), sustituida por el SICA, Sistema de Integración Centroamericana, y el Mercado Común Centroamericano de las décadas de 1960 y 1970.

Hay dos países vecinos que, por ubicación geográfica, se acercan a Centroamérica y han suscrito con ella convenios de distinta naturaleza, además suelen participar en foros centroamericanos. Son Panamá, desprendido de Colombia a principios del siglo XX, como resultado de las maniobras políticas de los Estados Unidos de América en su camino hacia la construcción del canal interoceánico, y Belice, territorio británico que recibió su independencia del Reino Unido hace apenas pocas décadas. Panamá, por provenir del área de colonización española, tiene mayores

semejanzas culturales con Centroamérica y una relación con ella más antigua que Belice. A Panamá se le encuentra como suscriptor de algunos convenios, los cuales examinaremos a continuación.

La historia común de los países centroamericanos —uno de cuyos hitos es el Plan de Paz para Centroamérica y los acuerdos que de él se derivaron en la década de los años ochenta y que pusieron término a una serie de conflictos internos e internacionales en casi todos los países de esta subregión latinoamericana—, puede, entonces, explicar la sucesión de instrumentos que han suscrito en los últimos diez años, en materia de cooperación en general y de cooperación penal en particular. Un nuevo espíritu de cooperación inspira a estos países que, como bloque regional, tienden vínculos hacia el entorno: veremos acuerdos con la Unión Europea y República Dominicana.

A-) Acuerdo de cooperación entre Centroamérica (y Panamá) y la Comunidad Europea.

En ese contexto internacional, los países de Centroamérica y Panamá suscribieron con la Comunidad Económica Europea el mencionado acuerdo, en San Salvador, El Salvador, el 22 de febrero de 1993. Se trata de un acuerdo general de cooperación que abarca múltiples dominios como el económico, el comercial, el industrial, el financiero, el científico y tecnológico, entre otros. Uno de ellos, de relevancia penal, es el de la cooperación en la lucha contra la droga (artículo 25), por el que las partes "se comprometerán, de conformidad con sus competencias respectivas, a coordinar e intensificar los esfuerzos para la prevención, reducción y erradicación de la producción, la distribución y el consumo ilícito de drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, tomando en consideración los trabajos realizados por los organismos regionales e internacionales. Esta cooperación, apoyándose en los organismos competentes en este ámbito, incluirá...el intercambio de información pertinente, incluidas las medidas en materia de blanqueo de dinero; programas de control del comercio de precursores, productos químicos y sustancias psicotrópicas", materias ambas que suelen estar acompañadas de sanciones penales.

B-) Tratado centroamericano de asistencia legal mutua en asuntos penales.

Adoptado en Guatemala, el 29 de octubre de 1993, por las repúblicas centroamericanas y Panamá. Establece la asistencia legal entre las partes contratantes, pero requiere la doble incriminación. La asistencia incluye la recepción de declaraciones testimoniales, la obtención y ejecución de medios de prueba, la notificación de resoluciones judiciales y otros documentos emanados de autoridad competente, la ejecución de medidas cautelares, la

localización de personas y cualquier otra forma de cooperación que las partes acuerden.

Las exclusiones (artículo 2, inc. 3) son interesantes: asuntos fiscales, detención de extraditables ni solicitudes de extradición, transferencia de procesos penales, transferencia de reos para el cumplimiento de sentencias, solicitudes de particulares o de terceros Estados. Como se ve, algunos de esos puntos están resueltos por otros instrumentos de alcance interamericano. Además de las exclusiones hay una serie de causales previstas en el artículo 6 que justifican la denegación de la ayuda, como cuando el Estado requerido estime que la solicitud se refiere a un delito político, o sea motivada por razones de raza, sexo, religión, nacionalidad u opiniones políticas; cuando no haya doble incriminación.

En el artículo 3 cada uno de los Estados partes designa una autoridad central encargada de atender las solicitudes de ayuda; en varios de ellos es la Corte Suprema de Justicia.

El resto del articulado define los casos particulares de asistencia, previstos en el artículo 2.

C-) Convenio comisión centroamericana sobre uso ilícito de psicotrópicos.

En forma consecutiva a una serie de declaraciones conjuntas hechas en diferentes reuniones regionales centroamericanas, el 29 de octubre de 1993 se acordó la creación de la "Comisión Centroamericana Permanente para la Erradicación de la Producción, Tráfico, Consumo y Uso Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, como entidad del Sistema de Integración Centroamericana, en calidad de Organismo Especializado, técnico y asesor, para atender de manera institucional, permanente e integral, los diferentes aspectos relacionados con el narcotráfico y sus consecuencias en la región centroamericana" (art. 1). Esa Comisión es identificable por las siglas CCP o, simplemente, por "La Comisión".

No tiene, propiamente, funciones de cooperación penal, pero es un instrumento de intercambio de información y de promoción de medidas nacionales y regionales que complementa la labor de los organismos encargados de las funciones penales, como los distintos cuerpos de policía y los tribunales de los países de la región.

D-) Tratado centroamericano sobre recuperación de vehículos desaparecidos.

Mal casi universal de la vida moderna, el robo y el hurto de vehículos, y el subsiguiente comercio, a menudo internacional, ha motivado a los países centroamericanos

y Panamá a encararlo, como un problema regional mediante este tratado adoptado en Copán, Honduras, el 14 de diciembre de 1995.

Las autoridades centrales que los países han designado para encargarse de la atención de peticiones de ayuda son, en su mayoría, los ministerios que contienen los cuerpos de policía o de seguridad pública pues se trata, en efecto, de una cuestión que conlleva, sobre todo, cooperación policial.

Es un tratado que, por la materia que regula, no contiene grandes formulaciones de principios sino disposiciones procesales, desde la definición del caso en que la cooperación puede ser pedida y acordada, pasando por todos los pasos de la ubicación, incautación y devolución del vehículo, y define todos los trámites policiales y aduaneros involucrados, hasta la restitución del vehículo a su legítimo propietario o poseedor.

E-) Tratado marco de seguridad democrática en Centroamérica.

Firmado en San Pedro Sula, Honduras, el 15 de diciembre de 1995, este tratado es un ambicioso programa integral, cual es complejo porque abarca distintas especies de seguridad. En lo que se refiere a la cooperación penal internacional, contiene varias cláusulas declarativas de importancia, como el reconocimiento que hacen las partes de la importancia del Tratado Centroamericano de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales (art. 9), y la formulación de los siguientes tres objetivos, consignados en los siguientes incisos del artículo 11:

"b) Establecer o fortalecer los mecanismos de coordinación operativa de las instituciones competentes, para hacer más efectiva la lucha, a nivel nacional y regional, contra la delincuencia y todas las amenazas a la seguridad democrática que requieran el uso de fuerzas militares, de seguridad o de policía civil, tales como el terrorismo, el tráfico ilícito de armas, la narcoactividad y el crimen organizado;

c) Fortalecer la cooperación, coordinación, armonización y convergencia de las políticas de seguridad de las personas...;

d) Promover la cooperación entre los Estados para garantizar la seguridad jurídica de los bienes de las personas."

En el artículo 17 las partes se comprometen a promover la cooperación contra todo lo relativo al tráfico de drogas, y en el artículo 18 "se comprometen a prevenir y combatir todo tipo de actividades delictivas con repercusión regional o internacional, sin ninguna excepción, tales como el terrorismo, sabotaje, el crimen organizado, e

impedir por todos los medios dentro de su territorio, la planificación, preparación y realización de las mismas."

Otras normas dirigidas a la cooperación se encuentran en el artículo 20, contra las bandas organizadas que se dedican al tráfico de personas; en el artículo 25 que se contempla la cooperación para combatir las formas de delincuencia que utilizan las fronteras, puertos, aeropuertos, espacio aéreo y mar territorial, artículo que termina con el propósito de "propiciar la cooperación y coordinación entre los órganos jurisdiccionales y los ministerios públicos de Las Partes con miras a agilizar sus acciones encaminadas a fortalecer la lucha contra la delincuencia."

Para poner en práctica lo que el tratado llama el "Modelo Centroamericano de Seguridad Democrática", se establecen los siguientes órganos: la Reunión de Presidentes, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de Seguridad, órgano ejecutivo.

F-) Convenio centroamericano y República Dominicana sobre drogas y lavado, prevención y represión de los delitos de lavado de dinero y activos, con tráfico ilícito de drogas y delitos conexos.

Adoptado en Santo Domingo, República Dominicana, el 6 de noviembre de 1997, este convenio establece una serie de reglas para controlar y supervisar las actividades relacionadas con el tráfico de drogas y el lavado de dinero y de bienes, con destino a ser adoptadas por los regímenes jurídicos internos de los países partes, sin una perspectiva de cooperación penal entre Estados, salvo un extenso artículo 18 que establece la cooperación entre los tribunales o las autoridades competentes de los Estados partes. Establece el procedimiento, por la vía escrita y diplomática, "para identificar, detectar, embargar o decomisar bienes, productos o instrumentos relacionados con delitos de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas y delitos conexos...", y el tribunal o autoridad competente podrán atender, siempre por la vía diplomática, solicitudes de un tribunal o autoridad competente de otro Estado parte, "para prestar asistencia, sobre una investigación de carácter civil, penal o administrativo, según corresponda, referente a delitos de lavado de dinero provenientes del tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, o a violaciones de este Convenio", y se detallan algunas modalidades concretas de asistencia como la obtención de documentos y testimonios.

III. Valoración global

Los instrumentos interamericanos y centroamericanos en materia de ayuda penal internacional, con ser numero-

sos y regular muchos aspectos, no alcanzan a dar forma a un verdadero sistema de ayuda recíproca porque hay una marcada ausencia de órganos multilaterales de coordinación y de ejecución. Comparada con la evolución de la Unión Europea en esta materia, América Latina muestra un claro rezago. No se ven aquí los esfuerzos colectivos de cooperación policial y judicial que se han emprendido en Europa (Bole, Pierre-Henri, 2000; Lazergues, Christine, 2002), que atribuyen nuevos papeles a Europol, los cuales conformaron la Red Judicial Europea (RJE) y Eurojust (Fontanaud, D., 2001), la unidad especial anti-fraude UCLAF, sustituida por la Oficina de Lucha Antifraude (OLAF) (Vervaele J.A.E., 1999; De Gouttes, Régis, 2000). Aunque en América Latina algunas pocas convenciones establecen tímidamente un órgano de coordinación, no tiene esta la proyección ejecutiva que tienen los organismos europeos. Por eso, la cooperación penal internacional sigue siendo, en América Latina, fragmentaria y acentuadamente bilateral.

Bibliografía

Bole, Pierre-Henri, "La coopération internationale en matière pénale. Trafic de drogue et blanchiment d'argent", Annales internationales de criminologie, année 2000, vol. 38-1/2, pag. 97 y ss., SIC, Paris.

De Gouttes, Régis, "Droit pénal et droits de l'homme", Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n° 1, janvier-mars 2000, pag. 133 y ss., Dalloz, Paris.

Etcheberry, Alfredo, "Chcnique d'Amérique latine", Revue Internationale de Droit Pénal. Le XVIIe. Congrès international de droit pénal, èrés, pág. 1035 y ss., Ramonville Sainte Agne, 2002.

Fontanaud, D., "La criminalité financière. Le rôle de la Justice: coopération, entraide judiciaire", Annales internationales de criminologie, année 2001, vol. 39-1/2, pag. 61 y ss., SIC, Paris.

Lazergues, Christine, "Les enjeux d'une nouvelle politique criminelle en matière de lutte contre l'esclavage", Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n° 1, janvier-mars 2002, pag. 169 y ss., Dalloz, Paris.

Vervaele, J.A.E., "Compétences communautaires normatives et opérationnelles en matière d'enquête d'enquête administrative et judiciaire", Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n° 3, juillet-septembre 1999, pág. 473 y ss., Dalloz, Paris.

LA EXCLUSIÓN DOLOSA DE LA TIPICIDAD Y LA ANALOGÍA *IN MALAM PARTEM*. EL CASO DEL BANCO ANGLO COSTARRICENSE

Francisco Castillo González*

I. Introducción

1.- Los comportamientos en fraude de la ley (*Gesetzesumgehung*) tienen su fuente histórica en un conocido párrafo de Paulus, en el Digesto (Dig. 1. 3. 1. 30), conforme al cual actúa "*in fraudem legis*" quien, sin violar el texto escrito de la ley, viola, con su conducta, su espíritu¹.

Considerar que las conductas caen dentro del ámbito de la norma si el agente quiso escamotearla, es un problema o de derecho positivo o de interpretación de la ley. En materia civil hay una norma expresa que regula el fraude de la ley²; del mismo modo, en el derecho tributario existe norma que autoriza al intérprete a prescindir de la forma que asume el hecho generador de la obligación tributaria, y a definirlo conforme a la realidad que ella asumió³.

El legislador costarricense sigue el llamado *principio de equiparación*⁴, tanto en el derecho civil como en el derecho tributario. Según este principio, la actuación "*in fraudem legis*" es tratada, legalmente, como la actuación "*contra legem*". La consecuencia de la actuación dirigida a evadir la ley es que el resultado que el derecho quería lograr y que el agente evitó por medio de la acción evasiva se produce de todos modos⁵.

2.- En materia penal un análisis del problema requiere algunas consideraciones. Para analizar si una conducta constituye un delito, el intérprete debe examinar primero su tipicidad; establecida esta, debe determinar si ella es antijurídica (es decir, si no está amparada por una causa de justificación); una vez establecido que la conducta es típica y antijurídica, el intérprete debe decidir si es culpable y, por último, determinadas las tres anteriores características de la acción, ha de analizarse su punibilidad. *Se trata de la aplicación de un método analítico de la conducta punible de acuerdo con el cual el intérprete la examina conforme a los niveles de la teoría del delito*. Pero, desde el punto de vista de la existencia del delito, la punibilidad de una conducta es la consecuencia de que ella sea, *al mismo tiempo*, típica, antijurídica y culpable. Desde el punto de vista de la existencia real del delito, en consecuencia, *el método de análisis de la conducta que el intérprete debe aplicar es sintético*.

3.- Cuando el agente, dolosamente⁶, excluye uno de los elementos del delito, las consecuencias difieren según el elemento del delito que haya excluido.

Si el agente excluye la existencia del presupuesto fáctico de la culpabilidad, que es la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de comportarse

* Profesor de derecho penal y abogado litigante.

1. Así, Dig. 1. 3. 1. 29: "*contra legem facit, quid id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, quid salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*".

2. Así, art. 20 del Cód. Civil: "Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

3. Art. 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios: "Interpretación de la norma que regula el hecho generador de la obligación tributaria. Párrafo II y III: "Las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes no obligan al intérprete, quien puede atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde a los hechos, cuando la ley tributaria surja que el hecho generador de la respectiva obligación fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica. Cuando las formas jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la ley tributaria se debe aplicar prescindiendo de tales formas" (sic).

4. Así, Vetsch, "Die Umgehung des Gesetzes", Zürich, 1917, pág. 281.

5. Así, Barthelmeß, "Das Handeln in fraudem legis", Diss., Berlín, 1889, pág. 23; Römer, "Gesetzesumgehung in deutschen Internationalen Privatrecht", Berlín, 1955, pág. 50; Stöckel, "Gesetzesumgehung und Umgehungsgesetze im Strafrecht", Neuwied, 1966, pág. 31.

6. Restringire mi investigación en este artículo a la exclusión dolosa de la culpabilidad, de la antijuridicidad y de la tipicidad, sin ignorar que la doctrina moderna plantea el problema de la exclusión culposa, al menos de la culpabilidad y de la antijuridicidad.

conforme a esa comprensión (imputabilidad), el resultado es que responde del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado y aun podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiera sido facilitar su realización o procurarse una excusa (art. 44 del Cód. Pen.). El artículo 44 del Cód. Pen. cubre no solamente los casos de incapacidad provocada para realizar un delito de acción (*actio libera in causa*), sino también los casos de incapacidad provocada para realizar un delito de omisión (*omissio libera in causa*). La producción dolosa de una causa de exculpación tiene igualmente la consecuencia de una equiparación entre la actuación *in fraudem legis* con la actuación *contra legem*.

En efecto, las causas de exculpación en sentido estricto tienen en nuestro derecho un elemento valorativo que el juez debe apreciar para establecerlas. Estas valoraciones no puede evadir las el agente normalmente, por ejemplo, en el error de prohibición, la creencia de que el hecho no está sujeto a pena y el carácter vencible o invencible del error (art. 35 del Cód. Pen.); en la obediencia jerárquica, los requisitos que establece la ley (art. 36 del Cód. Pen.); en la coacción o amenaza, la circunstancia de que al agente no pueda exigírsele una conducta diversa de la que tuvo (art. 38 del Cód. Pen.); en el estado de necesidad exculpante, el hecho de que el agente se encuentre en la necesidad de lesionar un bien jurídico de igual jerarquía al valor del bien salvado, *de un peligro no provocado por él* (art. 27 del Cód. Pen., a contrario).

En las causas de justificación, el comportamiento precedente elusivo de la norma tiene como consecuencia la exclusión de la justificante. Así ocurre en el estado de necesidad justificante, que se excluye si el agente ha provocado voluntariamente el peligro (art. 27 del Cód. Pen.). La legítima defensa es excluida por la provocación dolosa que realiza el provocador, con el objeto de poder realizar una legítima defensa "fabricada" y herir o matar al provocado. En estos casos, según algunos, la legítima defensa se excluye por la *actio illicita in causa*; otros manifiestan que por la existencia de un abuso del derecho y según otros, por el acto precedente (*injerencia*). Lo mismo ocurre con las otras causas de justificación; por ejemplo, un engaño esencial del agente, utilizado para obtener el

consentimiento del derecho habiente, excluye la causa de justificación e implica que ese individuo responde como autor mediato del delito causado.

Las conductas dirigidas a eludir dolosamente los presupuestos fácticos y jurídicos de una causa de exculpación o de justificación tienen la consecuencia de una equiparación entre la actuación *in fraudem legis* con la actuación *contra legem*. Respecto de esas conductas, tendientes a procurarse una causa de exculpación o de justificación, nuestro derecho sigue el principio de equiparación entre la actuación en fraude de la ley y la actuación contra la ley, igual que lo hacen el derecho civil y el derecho tributario.

II.- La exclusión dolosa de un elemento del tipo objetivo

1.- Cuando el agente excluye dolosamente un elemento de la tipicidad, por un acto precedente suyo, su acción afecta el tipo prohibitivo. Esto es lo mismo que el delito-tipo (*Deliktstatbestand*). El delito-tipo es la parte del tipo total que contiene las notas descriptivas del contenido injusto y culpable del hecho punible, con exclusión de los elementos exteriores al tipo, como son las causas de justificación y de exculpación⁷. El delito-tipo es el hecho concreto descrito en la ley penal, sin considerar si es antijurídico y culpable. Precisamente, es en el delito-tipo donde se da la *función de garantía del derecho penal*, pues el ciudadano solamente puede ser sancionado si su conducta está definida *por una ley en sentido formal*.

2.- Para la existencia de una conducta evasiva de la tipicidad se requieren dos elementos:

Por un lado, debe existir una conducta dirigida a evadir la aplicación de la ley penal. El agente debe haber creado "une situation conforme à la loi", de manera artificial. Este primer aspecto es el elemento objetivo de la actuación en fraude de la ley. Un comportamiento realizado en fraude de la ley es objetivamente cualquier actuación de un agente que choque contra el sentido de una norma penal, pero cuyo tipo penal (legal) él evada artificialmente⁸.

7. Así, Jascheck, "Lehrbuch des Strafrechts", "Allgemeiner Teil", 3. Aufl., Berlin, 1978, pág. 222; Schönke/Schröder/Lenckner, "Strafgesetzbuch" "Kommentar", 26. Aufl., München, 2001, §§ 13 ff., Rdn. 44.

8. Así, Stöckel, pág. 14; Taichmann, "Die Gesetzesumgehung", Göttingen, 1962, pág. 49; Römer, pág. 14.

Por otro lado, en materia penal se requiere un *momento subjetivo* para la existencia del fraude de la ley. Este momento subjetivo lo designa Von. Weber como intención de actuar en fraude de la ley⁹. En materia penal la regla general (y salvo excepciones) es que la punición de una conducta solamente es posible si el autor realiza el elemento objetivo con conocimiento y voluntad de realizarlo. En efecto, "*fraude à la loi sans fraude*" sería una contradicción en sí misma¹⁰. Sin embargo, para la existencia del elemento subjetivo de la "*fraude à la loi*" no se requiere una intención en sentido estricto de evadir la ley, basta con el conocimiento de la situación objetiva de evasión a la ley y la voluntad de realizarla¹¹.

3.- ¿Cómo regula la materia penal el caso de que el agente, por un acto precedente, excluya dolosamente un elemento del tipo objetivo, de tal modo que cuando él actúa, en virtud de esta conducta previa, su conducta no cae bajo el tipo penal (legal)?

Hay disposiciones legales que consideran algunas conductas evasivas como delitos particulares, y como no ocurridas jurídicamente (puede hacerse aplicación en tales casos del principio "*el derecho no necesita ceder a lo injusto*"). Tal es el caso del fraude de simulación (art. 218 del Cód. Pen.), que castiga al que, en perjuicio de otro y para obtener cualquier beneficio indebido, "... hiciere un contrato, un acto, gestión o escrito judicial simulados, o extendiere falsos recibos o se constituyere en fiador de una deuda y previamente se hubiere hecho embargar, con el fin de eludir el pago de la fianza". Lo mismo ocurre con la estafa de seguro (art. 220 del Cód. Pen.), que castiga a quien, para lograr para sí o para otro el cobro de un seguro u otro provecho ilegal, destruyere, dañare o hiciere desaparecer la cosa asegurada, o se produjere una lesión o agravare las consecuencias producidas por un infortunio. Igual cosa pasa con el agiotaje (art. 238 del Cód. Pen.), que castiga al que para obtener un lucro inmoderado para sí o para un tercero, "tratase de hacer alzar o bajar el precio de mercaderías, valores o tarifas mediante negociaciones fingidas, noticias falsas, acaparamiento, destrucción de productos o mediante convenios con productores, tenedores o empresarios". Un caso particular de actuación punible en fraude de la ley es el delito de legitimación de

capitales (lavado de dinero), previsto en el artículo 69 incisos a) y b) de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas.

En todos estos casos, se castiga la actividad tendente a evadir la ley, mediante actos que tienen la apariencia de legales. La sanción castiga directamente la simulación; es decir, la fabricación de una situación antijurídica, que el derecho desconoce, pues parte de la realidad del acto realizado.

Pero fuera de estos casos expresamente establecidos, si el agente excluye, por un acto previo, un elemento del tipo objetivo, no se puede equiparar la evasión de la ley con su violación. Lo anterior por dos razones: primera, por el carácter formal que tiene el principio de legalidad en materia penal, que prohíbe la analogía *in malam partem*, y segunda, por el carácter fragmentario del derecho penal, que impide que, con el pretexto de una más completa protección del bien jurídico concernido por el tipo penal, se extiendan los límites de la tipicidad prefijados por el legislador¹².

A.- La analogía *in malam partem*

a) En Francia siempre se respetó el principio de legalidad y la prohibición de la analogía *in malam partem*¹³.

En Alemania, durante la vigencia del derecho penal liberal, antes de la época nazi, había dicho el Reichsgericht, en sentencia de 21. 1. 1918¹⁴ lo siguiente sobre la exclusión de un elemento del tipo objetivo: "Sin embargo esto es jurídicamente erróneo y no conclusivo. Quien elude una ley penal (*ein Strafgesetz umgeht*) no puede ser castigado conforme a esa ley penal, incluso en el caso de que persiga la finalidad de realizar un hecho contra (la finalidad) de la ley" (sic).

El Reichsgericht dijo que la exclusión dolosa del tipo penal es impune por ser atípica. Köhler, quien comenta esa sentencia del RG, la aprueba¹⁵, y agrega el argumento de la falta de dolo de quien así actúa, dado que este debe referirse a los elementos de hecho del tipo

9. Así, Von Weber, "Die Strafbarkeit der zu Umgehung des Gesetzes im Ausland begangenen Tat", GS114, pág. 274.

10. Así, Würdinger, "Besprechung von Ligeropoulos, Le problème de la fraude à la loi", en *Kristische Vierteljahresschrift (Schweiz)* 62, pág. 273.

11. Así, *Fiancava/Musco*, "Diritto Penale", "Parte Generale", 3. ed. (Ristampa), Bologna, 2002, pág. 94.

12. Así, por todos, *Desportes/Le Gumehec*, "Droit Pénal Général", 86. Ed., Paris, 2001, pág. 159 y ss.

13. Así, JW 1918, pág. 451.

14. Así, Köhler, Anmerkung zu RG JW 1918, S. 451, JW 1918, pág. 451.

15. Así, Köhler, Anmerkung zu RG JW 1918, S. 451, JW 1918, pág. 451.

penal, los cuales no existen en el caso concreto al momento de la acción u omisión (principio de simultaneidad entre acción y dolo, véase art. 34 del Cód. Pen.).

La situación cambió cuando el legislador nazi modificó el artículo 2 del Código Penal para permitir la analogía *in malam partem* si el comportamiento chocaba con el sano sentimiento del pueblo alemán. De esta época es la llamada "*Blutschutzgesetz*" (Ley de Protección de la Sangre) de 1935, que prohibía el matrimonio entre judíos y ciudadanos alemanes, declaraba nulos los matrimonios realizados en el extranjero *en fraude de la ley* y castigaba con penas de prisión al que violara esa prohibición¹⁶. Con la derrota de la Alemania nazi, los aliados derogaron no solo el § 2 del Código Penal que permitía la analogía *in malam partem*, sino también las leyes racistas del régimen nazi.

A partir del momento en que se excluye la permisón de la analogía *in malam partem*, se considera en el derecho penal alemán que una condenatoria, en el caso de la exclusión dolosa de la tipicidad, viola el principio de legalidad, por violación a la prohibición de la analogía *in malam partem*¹⁷. Tampoco los autores alemanes tratan específicamente el problema en sus manuales, pues lo consideran incluido en la prohibición de la analogía *in malam partem*.

b) ¿Por qué hay una interpretación analógica en perjuicio del reo en el caso de conductas en fraude de la ley? Para su interpretación, la norma penal da tres puntos de apoyo que debe considerar el intérprete *al mismo tiempo*: el texto de la norma, el sentido de la norma, y la historia de su nacimiento. Un límite de la interpretación es el sentido de la norma, porque la interpretación termina donde finaliza el sentido de la norma¹⁸. Pero el otro límite exterior de la interpretación es el significado posible de las palabras contenidas en la norma, porque el sentido de la norma solamente puede expresarse en palabras. Las

palabras son la materia prima de la interpretación¹⁹. Los límites de una interpretación permitida son, de manera positiva, el sentido de la ley y, de manera negativa, el posible significado del texto. Más allá de estos límites, el juez realiza una interpretación analógica, que es prohibida, si crea delitos o extiende los límites de la ley penal en perjuicio del reo o si crea penas o eleva las ya existentes.

Si el agente excluyó dolosamente, mediante una acción precedente, un elemento del tipo objetivo, ese comportamiento en fraude de la ley cabe dentro del sentido de la norma. Pero ateniéndonos al texto de la norma, la norma evadida no puede cobijar la conducta realizada en fraude de la ley. El comportamiento realizado en fraude de la ley y la norma cuya aplicación evadió el agente son conceptos contradictorios. Para aplicar la norma evadida a ese comportamiento es necesario superar el sentido posible de las palabras contenidas en el texto legal, lo cual significa una aplicación analógica prohibida²⁰.

La analogía es un procedimiento de integración del ordenamiento jurídico cuyo presupuesto es la identidad de la *ratio*, que está en la base del caso regulado y del caso no regulado (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*) y que llena las lagunas legales, contrarias al plan del ordenamiento jurídico²¹. Ella se permite cuando es en favor del reo (analogía *in bonam partem*) pero se prohíbe cuando es en su contra, sobre todo cuando el juez crea un nuevo tipo penal o agrava las consecuencias jurídicas dispuestas en la ley.

Existen dos tipos de analogía: la analogía legal, en la cual el juez aplica la solución dada para casos similares a una situación no regulada, y la analogía jurídica, en la cual el juez aplica principios inmanentes del orden jurídico a casos no regulados y crea así un nuevo instituto²². En el caso de los comportamientos en fraude de la ley, el juez aplica los principios generales del ordenamiento al caso no previsto en la norma evadida. Hay, sin embargo, una

16. Así, Stöckel, pág. 63.

17. Así, por todos, Jescheck/Weigend, "Lehrbuch des Strafrechts" "Allgemeiner Teil", Berlín, 1996, § 15, II, 3.

18. Así, entre otros, Hensel, "Zur Dogmatik des Begriffs 'Steuerumgehung'", en Festgabe für Zitelmann, Bonn, 1923, pág. 245 y 261; Desbois, "La notion de la fraude à la loi et la Jurisprudence Française", Thèse, Paris, 1927, pág. 89; Ligaropoulos, "Le Problème de la fraude à la loi", Thèse, Aix-Marseille, 1928, pág. 337; Stöckel, pág. 64; Maday "Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht", Bern, 1941, pág. 85; Bruns, "Venire contra factum proprium im Strafrecht?", JZ 1950, pág. 147y ss.

19. Así, Sax, "Das strafrechtliche Analogieverbot", Göttingen, 1953, pág. 79.

20. Así, entre otros, Jescheck/Weigend, AT, § 17, IV, 5; Krahl, "Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht", Berlín, 186, pág. 220 y ss.; Tröndle, LK, 10. Aufl., Berlín/New York, 1978, § 1, Rdn. 42.

21. Así, Stöckel, pág. 90.

22. Hay lagunas legales que corresponden al plan del ordenamiento jurídico. Se trata del silencio elocuente del legislador (así, Rütters, "Rechtstheorie", München, 1999, pág. 465). En materia penal, es silencio elocuente lo no regulado en el tipo legal.

23. En tal sentido, Mantovani, "Diritto Penale", "Parte Generale", Padova, 2001, pág. 74; Rütters, pág. 480.

diferencia entre la analogía común y la analogía que ocurre en el fraude de la ley. En la analogía común solamente se ven las similitudes entre las dos situaciones (la regulada y la no regulada) y la *ratio* de ambas²⁴. Pero en la situación del comportamiento realizado en fraude de la ley, el juez ve también la causación subjetiva de las similitudes entre ambas situaciones. *El criterio distintivo es, en consecuencia, la voluntad del agente de excluir dolosamente el tipo penal*²⁵. Esta diferencia no evita que, en el caso del comportamiento en fraude de la ley, el juez aplique la analogía *in malam partem* como medio para lograr la punición de la conducta.

B.- La prohibición de la analogía *in malam partem* en nuestro derecho penal

a) El artículo 39 de la Constitución Política establece que: *"A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasi-delito o falta, sancionados por ley anterior..."*. De acuerdo con este artículo, es presupuesto para la aplicación de una pena la existencia de una ley formal, anterior al hecho punible, que defina el delito y establezca la pena.

Una de las consecuencias de este artículo, que define el principio de legalidad en materia penal, se refiere a la interpretación de las disposiciones penales. De acuerdo con el artículo 39 de la Constitución Política, *la analogía está prohibida* como método para lograr la creación de nuevos delitos o para extender los límites, en perjuicio del reo, de tipos penales ya existentes y como método para lograr la creación o la agravación de las penas o de las medidas de seguridad. La prohibición de la analogía *in malam partem* tiene su fundamento en que solamente el legislador, por disposición constitucional, puede crear delitos y penas²⁶. *Hay, pues, en esa materia, una estricta reserva de ley*. La analogía *in malam partem* implica que el juez, en libre creación del derecho, y mediante la exploración del sentido de la norma, la extiende o la crea mediante la interpretación. Si existe una laguna legal, que solamente puede llenarse mediante interpretación analógica, puede llenarse si favorece al reo; si la interpretación trata de llenar una laguna legal en contra del reo el juez no puede llenarla porque se lo impide el artículo 39 de la Constitución.

Los artículos 1 y 2 del Código Penal reiteran tanto el principio de legalidad como la prohibición de la analogía, ya

previstos en el artículo 39 de la Constitución Política. Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el principio de legalidad criminal en su artículo 9, *como un derecho humano fundamental*.

El juez que aplique por analogía in malam partem la ley penal, viola directamente, con su sentencia, el artículo 39 de la Constitución Política, el artículo 9 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, los artículos 1 y 2 del Código Penal, y el tipo penal que fue evadido por el agente, el cual se aplica a una situación diferente a la prevista en él.

C.- Aplicación de la analogía *in malam partem* en el caso del Banco Anglo

a) Uno de los elementos del tipo objetivo del peculado (art. 354 del Cód. Pen.) es que el funcionario público tenga bajo su custodia, percepción o administración, el dinero o bienes que le han sido confiados en razón de su cargo. El peculado se consuma cuando el agente sustrae o distrae el dinero o bienes que tenía bajo su custodia; el acto de consumación ocurre cuando el dinero o los bienes salen de la esfera de custodia administrativa en que se encontraban²⁷. El dinero o los bienes en poder del funcionario, en virtud de su cargo, *es el objeto material de la acción* en que consiste el peculado. Para que exista este delito es necesario que previamente a la acción de distracción o sustracción se encuentre el dinero o los bienes bajo la esfera de custodia administrativa, asignada por el ordenamiento jurídico.

¿Qué ocurre si el dinero o el bien, objeto material de la acción del delito de peculado, había salido previamente a la acción, *por un acto doloso precedente*?

Evidentemente estaríamos en presencia de una acción realizada en fraude de la ley, que evade la existencia del tipo penal. No podría aplicarse el tipo penal del artículo 354 del Cód. Pen., porque este artículo supone la existencia de dinero o bienes en poder del funcionario y dentro de la esfera de custodia administrativa. De modo, entonces, que si por un acto precedente el agente había sacado de la esfera de custodia administrativa el dinero o cosas en el momento de la acción, no se dan los presupuestos establecidos por el tipo legal del artículo 354 del Cód. Pen. Aplicar dicho artículo a una situación tal, viola,

24. Así, Schneider, "Logik für Juristen", 2. Aufl., München, 1972, pág. 168.

25. Así, Stöckel, pág. 100.

26. Así, Jeschok/Weigend, AT, § 15, III, 2.

27. Así, entre otros, Creus, "Derecho Penal", "Parte Especial", Buenos Aires, 1983, tomo II, pág. 236. Soler, "Derecho Penal Argentino", Buenos Aires, 1951, págs. 205; Fontán Balestra/Ledezma, "Derecho Penal", "Parte Especial", 13ª Ed., Buenos Aires, 1991, pág. 878.

por aplicación analógica de la ley penal, el artículo 39 de la Constitución Política, el artículo 9 de la Convención sobre Derechos Humanos, los artículos 1 y 2 del Código Penal y, desde luego, el artículo 354 del mismo Código.

b) La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia dictó la sentencia N° 2003-00822 en la causa N° 94-001127-0202-PE, conocida como causa del Banco Anglo Costarricense, al resolver los recursos de casación interpuestos por las partes, dada la condenatoria de los imputados por varios peculados. Fui abogado de algunos de los imputados e interpusé recurso de casación, con el argumento de que tanto en la compra de AVC como en las negociaciones de deuda externa (bonos), imputaciones por las cuales los imputados fueron condenados por el Tribunal de Juicio por peculado, *había atipicidad*, porque los mencionados bonos nunca estuvieron en la esfera de custodia administrativa del Banco Anglo Costarricense, sino que habían permanecido en poder y propiedad de ATF, empresa privada cuyos personeros también estaban acusados. *Si los bonos habían estado desde que fueron comprados en poder y en propiedad de un particular, nunca estuvieron bajo la custodia administrativa de ningún funcionario del Banco Anglo. Por consiguiente, nunca existió el objetivo material de la acción; es decir, nunca hubo bonos en una esfera administrativa del Banco Anglo sobre los cuales pudiera recaer la acción de sustracción o distracción de bienes o dineros en que consiste el peculado. Por ello, faltó siempre un elemento del tipo objetivo del peculado, que es el objeto material de la acción.*

La Sala Tercera rechazó el recurso, empleando la conocida muletilla de que el recurrente "se aparta sustancialmente del cuadro fáctico acreditado" (como si el asunto fuera una cuestión de hecho y no de derecho) y confirma la condenatoria por varios delitos de peculado, considerando lo siguiente:

(1) Que no puede aislarse la compra de AVC ni la negociación con los bonos "de los hechos que la antecedieron y que constituyen las denominadas compras al contado de bonos de deuda externa" .

(2) Que es parte de la conducta dolosa acreditada por el Tribunal (de instancia) permitir que los bonos adquiridos permanecieran en disposición de ATF y no del BAC²⁸.

(3) Que aunque los directores del BAC no fueron acusa-

dos por tales compras, fueron ellos quienes autorizaron a C. H. R. "tácitamente" a realizarlas.

(4) Que "resulta inaceptable que los acusados se prevalezcan del despliegue delictivo de sus acciones para venir a alegar en su favor precisamente la falta de disponibilidad para el Banco sobre los títulos valores adquiridos que ellos mismos contribuyeron a causar".

No hace falta mucho esfuerzo intelectual para entender que la Sala Tercera establece la situación objetiva de la actuación en fraude de la ley (compra de bonos en deuda externa que quedan en poder del vendedor y no dentro de la esfera administrativa del Banco), y la situación subjetiva del fraude de la ley, cual es el conocimiento de la situación objetiva y la voluntad de violar la ley, amparándose en su letra (es parte de la conducta dolosa acreditada por el Tribunal de instancia dejar los bonos en propiedad y posesión de terceros).

La exclusión del recurso ocurre además, según esta sentencia, por aplicación del principio, propio del viejo derecho común europeo (siglos XV, XVI y XVII), "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*"²⁹. Sin embargo, *la inmoralidad de la parte no puede convertir en típicos los comportamientos que no lo son, conforme al tipo previsto en la ley.*

Lo cierto es que la Sala Tercera utiliza un acto precedente de los imputados a la acción constitutiva de peculado, al cual atribuye un carácter doloso—estos son los su-puestos de la actuación en fraude de la ley—para ver en los hechos la existencia de peculados, *cuyos tipos legales no existen*. En efecto, ¿cómo puede existir un peculado si en el momento de la acción falta el dinero o los bienes bajo custodia administrativa del funcionario, elemento material de la acción de ese delito que es requerido para la existencia del tipo objetivo? *Es en el momento del hecho punible, en el momento de la acción, cuando deben darse todos los elementos de la tipicidad legal, según la definición del tipo legal, como lo establece el artículo 39 de la Constitución Política.* La Sala Tercera aplica la ley penal por analogía *in malam partem*. Con semejante sentencia la Sala Tercera viola ostensiblemente el artículo 39 de la Constitución Política, el artículo 9 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y los artículos 1, 2 y 354 del Código Penal.

28. Como exdefensor de los imputados, acepto esta afirmación de la sentencia, con fines de discusión únicamente. En todo caso, si esa conducta hubiera sido dolosa, en nada modifica el problema planteado en este artículo.

29. Dice la sentencia: "... resulta inaceptable que los acusados se prevalezcan del despliegue de sus acciones para venir a alegar en su favor ...".

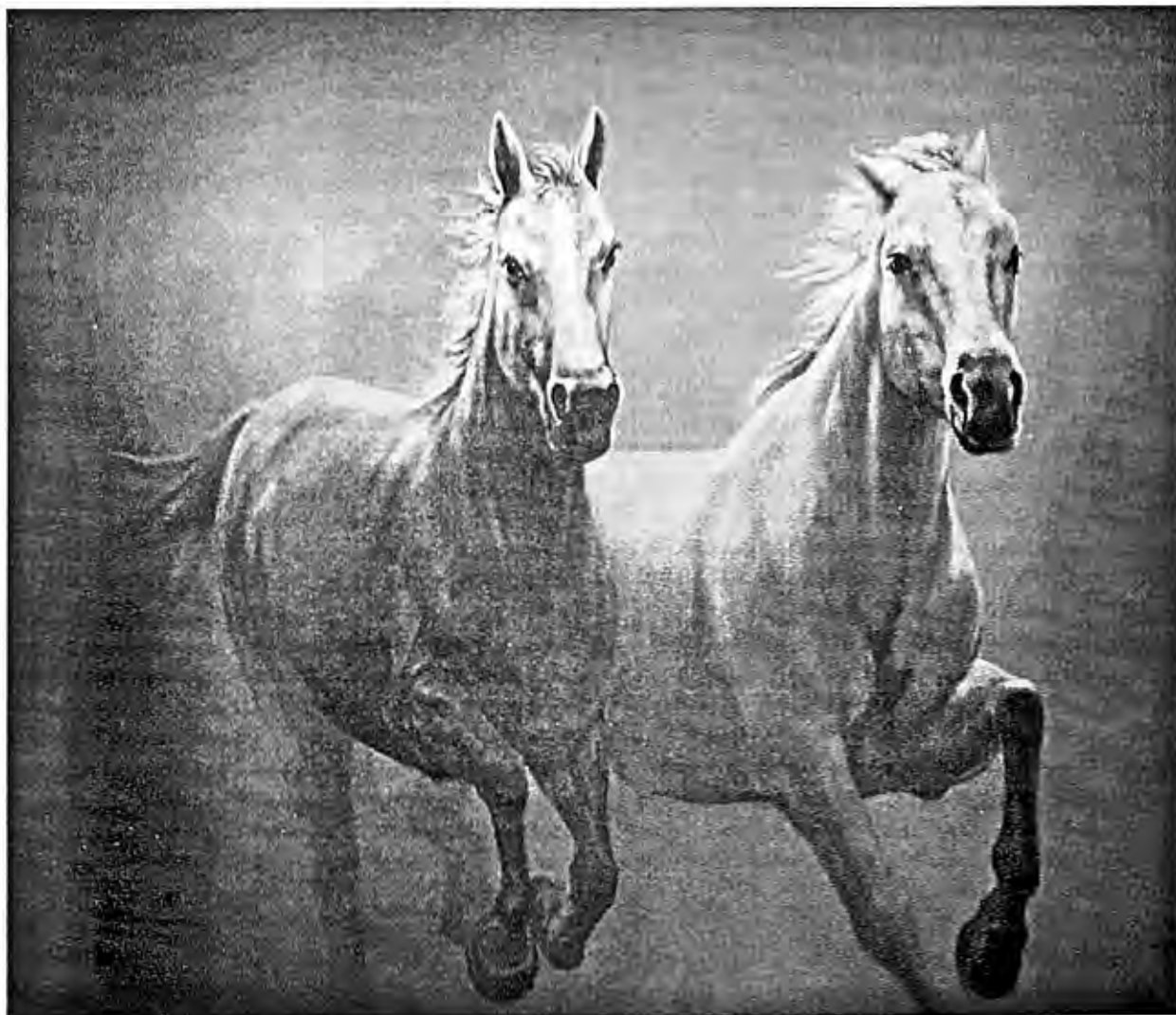
III.- CONCLUSIONES

El fenómeno de la actuación en fraude de la ley tiene consecuencias diferentes según el elemento del delito que afecte. Cuando la actuación en fraude de la ley afecta una causa de justificación o de exculpación, nuestro legislador sigue *el principio de equiparación entre la actuación en fraude de la ley y la actuación contra la ley*, igual que el derecho civil y el derecho tributario.

Cuando la actuación en fraude de la ley afecta la exclusión dolosa de la tipicidad, de tal modo que en el momento de la acción el agente evada la aplicación del tipo penal prohibitivo, *la consecuencia es la impunidad, a menos que se aplique la analogía in malam partem, prohibida por el ordenamiento jurídico.*

En el caso del Banco Anglo la Sala Tercera aplica la ley penal analógicamente en perjuicio del reo. Por ello, la sentencia de esta Sala lesiona el orden jurídico, visto en su conjunto. El precedente sentado por la Sala Tercera es funesto, si nos atenemos a la labor de guardiana de la interpretación de la ley, que ella cumple. Desde este punto de vista, es necesario denunciar lo ocurrido, pues es labor de la dogmática penal oponerse e impedir la arbitrariedad tanto del legislador como de los operadores del derecho³⁰.

Pero la sentencia de la Sala Tercera también implica que las personas condenadas, día a tras día, soporten en sus cuerpos y en sus almas, el peso de una condena ilegal. Como exdefensor de algunos de los condenados por ella estoy legitimado para denunciarla.



"Galope". Acrílico de Gerardo González

30. Así, *Gimbernat Ordeig* "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?", en *ZStW* Bd. 82 (1970), pág. 379 y ss. (405).

EL PERITAJE PSICOLÓGICO EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL

José Ramón González Magdalena¹

María Matamoros Peralta²

Introducción

Para responder adecuadamente a las complejidades de los aspectos materiales y sociales de la vida humana, el derecho requiere necesariamente de conocimiento generado desde criterios científicos y de la cooperación activa de profesionales de otras disciplinas. En los tribunales de justicia, a menudo, se ventilan asuntos que rebasan la capacidad de los jueces para discernir con conocimiento experto sobre asuntos no jurídicos. Además de los médicos y psiquiatras forenses, los psicólogos forenses constituyen un importante núcleo de profesionales que con frecuencia gravitan de manera decisiva en los procesos penales y en las decisiones de los juzgadores. Nuestro sistema judicial frecuentemente requiere la participación de dichos profesionales en una diversidad de tareas de peritaje forense. La presente investigación constituye un primer intento por dilucidar el papel del peritaje psicológico y de los peritos forenses, que normalmente los realizan³, en las causas donde comparecen personas menores en calidad de ofendidos o testigos presenciales.

Planteamiento del problema

Las exigencias y prescripciones del Código Procesal Penal (C.P.P.)

Nuestro joven C.P.P. introdujo una serie de cambios que tienen implicaciones muy importantes para el manejo y valoración del testimonio de personas menores, especialmente en aquellas situaciones en que las decisiones

del tribunal dependan para su valoración de la credibilidad del testimonio no corroborado de una persona menor ofendida. Por una parte, el C.P.P. contiene exigencias de calidad muy fuerte en torno a la valoración de la prueba y la fundamentación de sentencias y autos. Por otra parte, el C.P.P. redefine el papel del tribunal en el juicio en términos de regulador del debate y valorador de la información que le presentan las partes en disputa. En el caso de los delitos sexuales, la información que el tribunal necesita para efectuar sus valoraciones y fundamentar sus decisiones será frecuentemente provista por peritos y consultores técnicos a la guisa de testimonio experto o peritaje forense. Así las cosas, surge la pregunta ¿hasta qué punto jueces, fiscales y defensores están preparados para valorar la calidad de la información que reciben de peritos y consultores forenses?

Criterios en torno a la valoración de la prueba y la fundamentación de sentencias y autos.

El artículo 184 del C.P.P. 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 además especifica que el tribunal "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 del C.P.P., relativo a las normas para la deliberación y la votación, se reitera 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 del C.P.P., acerca de los vicios de la sentencia que justifican la

1. Doctor en psicología. Profesor Asociado de la Universidad de Costa Rica y psicoterapeuta en práctica privada. Dirección electrónica: jrgonzal@carari.ucr.ac.cr

2. Licenciada en derecho en práctica privada. Toda correspondencia relacionada con este artículo deberá enviarse a: María Matamoros, apartado 606-1100, San José o a la dirección electrónica: matamorosp@yahoo.com.

3. Como se verá más adelante, los expertos forenses de la Corte Suprema de Justicia son los profesionales que realizan la mayoría de tales peritajes. Sin embargo, el Código Procesal Penal permite la participación experta de profesionales contratados por las partes en disputa, lo cual posiblemente generará mayor controversia en un futuro cercano.

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".

Los artículos supracitados dejan claro que sobre el tribunal pende la difícil tarea de fundamentar adecuadamente sus decisiones, tanto en el sentido cuantitativo de suficiencia como en el cualitativo implicado por la noción de sana crítica. Por su parte, la noción de sana crítica conlleva una exigencia de lógica, sistematicidad y cientificidad.

El papel del tribunal.

En la estructura procesal del nuevo C.P.P., los jueces del tribunal pasaron a ser observadores y moderadores de las partes en disputa⁴. La base fáctica y racional para sus valoraciones y fundamentaciones será provista, principalmente, por dichas partes. 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 supone conocedores de otras disciplinas que vienen al auxilio del derecho. ¿Cómo hará un tribunal para determinar el valor probatorio de cada pieza de información que las partes le presentan? Evidentemente, para evitar incurrir en una conducta de simple deferencia a la autoridad de los expertos, los jueces no deben conformarse con sus títulos profesionales como garantía de opiniones científicamente fundamentadas, pues aun los expertos contribuyen, a veces, a la diseminación de mitos y creencias sesgadas. ¿Cómo, pues, puede un tribunal 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 atrincherado en una serie de hipótesis que le comunica al tribunal como si se tratase del conocimiento oficial de una comunidad científica?

Allen y Miller (1995: 324) 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 fre-

cuentemente traídos a colocación (sic) por las disputas legales, sin la asistencia de expertos en dichos campos". Obviamente, mientras los jueces carezcan de suficiente conocimiento para evaluar críticamente las contribuciones de los expertos, tanto la valoración de la prueba como la fundamentación de las sentencias serán a menudo defectuosas.

Las dimensiones psicológicas del problema.

El testimonio de personas menores posee varias particularidades que requieren, generalmente, la contribución del testimonio experto de peritos y consultores técnicos. Dichas particularidades se originan, primero, en el hecho de que la participación de personas menores como testigos muchas veces se da en el contexto de delitos sexuales, para los que no existe otra evidencia que la declaración de la persona presuntamente ofendida. En segundo lugar, históricamente el testimonio de personas menores ha sido visto con desconfianza, por la posibilidad de las distorsiones que pudiesen ser introducidas vía sugestibilidad y por las limitaciones lingüísticas y cognoscitivas propias de un desarrollo incompleto (ver revisión histórica en Goodman, 1984).

Particularidades del delito de abuso sexual.

Algunos delitos sexuales, como la violación, dejan huellas fácilmente apreciables que permiten la constatación del hecho. Sin embargo, en los abusos sexuales, el tipo de delito sexual por el cual las personas menores comparecen, en calidad de personas ofendidas o testigos presenciales, con más frecuencia ante los tribunales costarricenses, la mayor parte de las veces no deja rastros que permitan su corroboración independiente de la palabra de la persona menor.

Si bien el delito de abusos deshonestos está tipificado en el Código Penal y sus efectos negativos han sido científicamente documentados (ver revisiones en Berliner & Conte, 1993 y en Kendall-Tackett, Williams & Filkerhor, 1993), su diagnóstico certero, tanto en el plano jurídico como en el psicológico, resulta de muy difícil determinación y, por lo tanto, polémico. El abuso sexual constituye un delito para el que muchas veces no hay otro testigo que no sea la víctima misma y a menudo no hay evidencia médica para corroborar la versión de la persona menor o las sospechas de los adultos. El hecho de que no exista ningún síndrome o constelación de síntomas (ej.:

4. Aunque no existen sistemas puros, el nuevo C.P.P. da un giro hacia un sistema de corte más acusatorio, a la usanza de los sistemas del derecho común. Como lo plantea Spencer (1998), los papeles de los expertos varía de un sistema civil de corte inquisitorial a un sistema adversario (acusatorio) que predomina en los sistemas regidos por el derecho común y, nosotros en Costa Rica, podríamos convertirnos en herederos de los defectos que aquejan la participación de expertos en los sistemas adversarios, a saber: "incompetencia al estimular la utilización de expertos con escasas destrezas técnicas; puntos de vista tendenciosos al procurar contratar expertos cuyas opiniones coinciden, deliberadamente o por otras razones, con los intereses de la parte que paga; inequidad, debido a que en la práctica, o aún en teoría, un lado puede pagar mejores expertos que el otro; y (d) ineptitud, al causar una "batalla de expertos" que genera más calor y arroja poca luz" (p. 40).

ansiedad, depresión, pesadillas e irritabilidad) que sea exclusiva de todos o al menos de la mayoría de los casos de abuso sexual (Kendall-Tackett, et al., 1993) no facilita la situación. Sin embargo, lo que más complica las cosas es que el abuso sexual en ocasiones es perpetrado contra personas de muy corta edad, las cuales aun carecen de las destrezas cognoscitivas y lingüísticas necesarias para comprender y reportar adecuadamente este tipo de acontecimientos (ver capítulos 2 y 5 de Poole & Lamb, 1998) o para resistir los efectos potencialmente sugestivos de los interrogatorios de los adultos (ver revisiones sobre sugestionabilidad en Ceci & Bruck, 1993 y en Bruck & Ceci, 1995).

Propósito de la investigación.

Este trabajo presenta los resultados de una investigación sobre el papel del peritaje psicológico⁵ en las causas penales donde participan personas menores en calidad de ofendidas o de testigos presenciales. La investigación se realizó desde la óptica de tres fuentes de información⁶.

El estudio 1 utilizó el material relevante contenido en una muestra aleatoria de expedientes judiciales. En dichos expedientes se investigó el tipo de casos en los que jueces de instrucción solicitan la participación de psicólogos o psiquiatras forenses, la frecuencia con que intervienen dichos peritos y las tareas que son llamados a desempeñar.

El estudio 2 se basó en las opiniones de una muestra de peritos forenses (psicólogos, psiquiatras y trabajadora social). A los peritos forenses se les pidió su opinión en torno a ciertos asuntos de especial interés en los procesos por el delito de abusos deshonestos: el uso diagnóstico de modelos anatómicamente detallados (MADs)⁷ y su visión acerca de la sintomatología psicológica propia del abuso sexual.

El estudio 3 se basó en las opiniones de una muestra compuesta por jueces superiores penales⁸, fiscales de juicio y defensores públicos. En dicha encuesta se investigaron aspectos tales como receptividad general de los encuestados al peritaje psicológico, la credibilidad que

otorgan a las determinaciones de abusos deshonestos basadas en la utilización diagnóstica de los MADs y su interpretación de los informes forenses que incorporan en la prueba.

Estudio 1: análisis de expedientes

El primer estudio consistió en el análisis de una muestra aleatoria de expedientes de causas elevadas a juicio durante 1994 en los tres Tribunales Superiores Penales de San José, existentes en ese momento. En los 180 expedientes seleccionados al azar⁹ se encontró un total de 35 causas en las cuales testificaron 45 personas menores en calidad de ofendidos o testigos simples. En el total de las 35 causas, los menores participaron en 25 (71.4%) de ellas como ofendidos o testigos, y en 10 (28.6%) exclusivamente como testigos. Del total de los 45 menores de la muestra, 25 (55.6%) participaron en causas por delitos sexuales, 21 (84%) lo hicieron en calidad de ofendidos y 4 (16%) como testigos. Entre los menores que participaron en causas por delitos sexuales, 18 (72%) eran mujeres y 7 (28%) hombres. Entre los menores que se vieron envueltos en causas por delitos sexuales, el 44.4% participó en causas por abusos deshonestos.

Casos en que el juez de instrucción solicita la participación de psicólogos o psiquiatras.

La revisión de las causas por delitos sexuales de los 180 expedientes, seleccionados al azar, entre la totalidad de las causas elevadas a juicio durante 1994 en los tres Tribunales Superiores Penales de San José, arrojó los siguientes resultados. Psiquiatras y psicólogos participan en proporciones relativamente pequeñas y exclusivamente en causas por delitos sexuales. Los psicólogos fueron llamados a participar en 7 (33.3%) y los psiquiatras en 5 (23.8%) de las 21 causas por delitos sexuales que aparecieron en la muestra. Sin embargo, de esos 21 menores ofendidos sexualmente, 2 (9.5%) fueron evaluados exclusivamente por psiquiatras, 4 (19.0%) exclusivamente por psicólogos y 3 (14.3%) por ambos profesionales. Llaman la atención que 12 de los 21 menores ofendidos sexualmente (57.1%) del todo no tuvieron contacto con psicólogos forenses.

5. Cuando nos referimos al concepto de "peritaje psicológico" no nos referimos únicamente a la labor pericial del psicólogo, pues el psiquiatra, como se verá más adelante, muchas veces realiza las mismas tareas, conjuntamente con un psicólogo o individualmente.

6. Los datos de la presente investigación fueron generados en trabajo de campo de la tesis de Matamoros (1977). Aquí se utilizan los datos concernientes al peritaje psicológico.

7. En la literatura psicológica los MADs son conocidos como "muñecos anatómicamente detallados" o simplemente como "muñecos anatómicos". En este trabajo nos referimos a ellos con el nombre de modelos (humanos) anatómicamente detallados o MADs, en breve, para resaltar su valor simbólico o de representación de figuras humanas.

8. En el Código Procesal Penal actual, que entró en vigencia a partir del 1º de enero de 1998, desaparece la distinción entre juez penal y juez superior penal, y desaparece la figura de juez de instrucción.

9. Ver Matamoros (1977) para más detalles del proceso de selección de expedientes.

Los criterios que utilizaron los entonces jueces de instrucción para determinar cuándo solicitar la intervención de uno u otro o de ambos profesionales, no se pueden deducir de los expedientes. Casi todas las intervenciones de psicólogos y psiquiatras se realizan en causas sobre abusos deshonestos y ambos profesionales participan conjuntamente en un tercio de dichas evaluaciones. Comparado con el psiquiatra, el psicólogo parece tener participación en una variedad más amplia de delitos sexuales, pero la muestra es muy pequeña como para hacer afirmaciones categóricas al respecto.

Los expedientes dejan claro que existe un énfasis en solicitar la participación de psicólogos y psiquiatras en estos casos. A primera vista, podría pensarse que la sobreconcentración de evaluaciones en los casos de abusos deshonestos podría ser simplemente el resultado de las prioridades que solían establecer los jueces de instrucción ante la escasez de recursos humanos para evaluar a la totalidad de la población de menores. Si esta explicación fuese correcta, las solicitudes de evaluaciones psicológicas estarían distribuidas equitativamente entre todos los tipos de delito en los cuales participan personas menores en calidad de ofendidas o testigos presenciales. Sin embargo, los resultados de la presente investigación demuestran que tales solicitudes solo se orientan hacia los delitos sexuales y, dentro de ellos, especialmente hacia el delito de abusos deshonestos. Posiblemente, debido a que en estas causas a menudo no existe otra evidencia que el testimonio mismo de la persona menor ofendida, los jueces buscan incrementar la credibilidad del testimonio de la persona menor validando (¿corroborando?) sus palabras mediante el peritaje psicológico o psiquiátrico.

Existe la posibilidad de que los jueces superiores penales hayan sido de algún modo "educados" en la problemática del abuso sexual y en la noción de la naturaleza intrínsecamente privada del delito de abusos deshonestos¹⁰. Es quizá por esta razón que los ellos casi siempre justifican la credibilidad otorgada a la persona menor mediante el argumento de que dicho delito es "por naturaleza" privado". Se dice "justifican" porque en la mayoría de las sentencias ambas ideas aparecen conceptualmente ligadas en el mismo párrafo. Argumentan los juzgadores que, a diferencia de otros tipos de delitos, en el delito de abusos deshonestos la palabra de la persona menor ofendida constituye, a menudo, la única huella mediante

la cual se puede establecer la responsabilidad de la persona imputada (ver Matamoros, 2000). Así las cosas, los jueces se sienten compelidos a utilizar reglas de evidencia diferentes para valorar la credibilidad del testigo menor que se presume sexualmente ofendido. En la práctica, los jueces parten de que la persona menor ha sido *realmente* ofendida, mientras no aparezca evidencia contundente en contrario. El trato especial que se le da a la persona menor sexualmente ofendida está motivado posiblemente por el deseo de evitarles una nueva victimización, pero esta vez proveniente de un sistema de justicia que no les cree ni defiende.

Contenido de las solicitudes que hacen los jueces de instrucción a los psicólogos y psiquiatras.

Del análisis de expedientes de casos elevados a juicio durante 1994, se desprende que en las causas por abusos deshonestos, los jueces de instrucción requieren de los psicólogos y psiquiatras para las siguientes cinco tareas: (1) determinar la existencia de síntomas psicológicos o secuelas del delito sexual, (2) establecer la competencia de la persona menor para declarar, (3) valorar la sugestibilidad de la persona menor, (4) valorar la credibilidad de las declaraciones de la persona menor y (5) valorar el papel de la fantasía y la imaginación en las declaraciones de la persona menor.

A continuación presentamos algunos ejemplos de solicitudes extraídas de expedientes de causas por abusos deshonestos y luego procederemos a comentar críticamente cada una de estas tareas:

"Reconocimiento psicológico de la ofendida a efectos de establecer si presenta síntomas de abuso sexual y si es fantasiosa."

"Se solicita examen psicológico y psiquiátrico sobre la capacidad de la menor para declarar (6 años de edad), estado emocional, posibles secuelas producto del hecho denunciado, dudas en torno a la veracidad de la declaración de la menor."

"Se solicita cita con el psiquiatra para indicar qué tipo de secuelas pueden quedarle al ofendido por parte del delito al que fue expuesto y si éste le repercutirá en su vida diaria. Además determinar si el menor es fantasioso o imaginativo, favor ampliar el informe lo más que pueda."

10. De hecho muchos jueces han recibido cursos o talleres de parte de organizaciones no gubernamentales tales como las fundaciones "Parlamos" y "Ser y Crecer".
11. Este argumento no resiste ningún ataque lógico: en general, todo delito, y no sólo el de abusos deshonestos, por constituir una transgresión punible de la ley, conlleva la necesidad de alguna forma de ocultamiento o disimulo. Existen casos de robo agravado en perjuicio de personas menores, cometidos en condiciones similares a las de los abusos deshonestos, es decir, afectando física y psicológicamente a la víctima y sin que exista ningún otro testigo más que la persona menor ofendida, en los que no se solicita el dictamen pericial de psicólogos o psiquiatras. ¿Por qué razón no se investiga si este tipo de experiencias traumática deja secuelas emocionales en la víctima, afecta la fluidez de su testimonio o explica algunas recantaciones? ¿Podría (o estaría dispuesto a) un tribunal penal condenar por robo agravado a un apersona adulta sobre la base del testimonio no corroborado de una persona menor? Y si la persona menor presentase síntomas del síndrome de estrés posttraumático, una hipótesis plausible, ¿podría un perito argumentar que dichos síntomas son compatibles con una historia de robo agravado?

"Favor dar cita a la ofendida (nombre) para que se valore su personalidad, si es compatible con su edad la historia denunciada o si la niña es fácilmente manipulable."

En algunas circunstancias, los jueces también solicitan la evaluación psicológica o psiquiátrica de la persona adulta imputada.

Los expedientes muestran una causa por corrupción agravada, en la que el juez de instrucción solicita la evaluación del imputado por recomendación e iniciativa del psicólogo forense asignado al caso.

Acerca del contenido de los peritajes psicológicos de los psicólogos forenses.

Los comentarios que siguen están basados en los informes remitidos por los peritos forenses de la Corte Suprema de Justicia, mayoritariamente emitidos por psicólogos o psiquiatras forenses, encontrados en los respectivos expedientes de los casos en los cuales se ventilaron agresiones sexuales contra personas menores de edad y que fueron elevados a juicio durante el año 1994.

Estructura del informe.

Aunque no todo informe pericial es redactado de la misma manera, en general, el informe psicológico estándar sigue el siguiente patrón: primero, se presentan los datos sociodemográficos que identifican a la persona, causa y fecha de la evaluación forense.

En segundo lugar se hace referencia a la metodología empleada en la evaluación. Aquí lo que se hace es listar los nombres completos o abreviados (las iniciales) de las pruebas psicológicas utilizadas en la evaluación. La metodología menciona siempre el uso de la "entrevista clínico forense" y la "observación conductual", sin más explicación o elaboración al respecto.

Las pruebas psicológicas que se utilizan no son siempre las mismas. Algunas de ellas son pruebas tradicionales tales como el Bender Gestalt, para evaluar daño cerebral, una versión abreviada del Inventario Multifásico de la Personalidad de Minnesota (MMPI), pruebas proyectivas de personalidad tales como el test de Rorschach y el test de frases incompletas, y los tests de inteligencia (Ej.: el test de matrices progresivas de Raven). Otras pruebas se utilizan de manera específica para determinar evidencia psicológica de abuso sexual, sería el caso de la técnica de muñecos anatómicos, la técnica del dibujo libre o el dibujo de la figura humana y la sesión diagnóstica con juguetes.

En tercer lugar, se presenta un resumen de los resultados de la entrevista forense y la observación de la conducta. Los informes no dejan ver con claridad si la entrevista de la persona menor se hace, parcial o totalmente, en presencia de la persona adulta que la acompaña y si esta es la misma persona que presentó los cargos. En la mayoría de los casos, la persona acompañante es la madre¹².

En los informes aparecen referencias sobre la apariencia de la persona menor, su actitud ante la entrevista (ej.: grado de cooperación), su estilo de comunicación (ej.: fluidez, naturalidad, coherencia), y algunos aspectos de su desarrollo, así como algunas observaciones acerca del desenvolvimiento del núcleo familiar. Esta sección generalmente culmina con una descripción o cita textual de lo que dijo la persona menor acerca de los hechos en disputa y, en algunas ocasiones, con algún comentario breve que la persona que entrevista introduce acerca de la impresión que le merece el relato de la persona menor presuntamente ofendida (ej.: "Su relato tiende a ser algo confuso e inconsistente").

En cuarto lugar, se presentan los resultados de las pruebas psicológicas. En este apartado primeramente se mencionan las determinaciones de organicidad y nivel intelectual y luego los resultados relacionados con la sintomatología (estado emocional) de la persona menor. Finalmente, se presentan las conclusiones del caso, a la guisa de síntesis diagnóstica, donde se describe en forma somera el estado psicológico de la persona menor y se hace alguna afirmación sobre los asuntos jurídicos relevantes para los que fue solicitada la evaluación (ej.: secuelas psicológicas, credibilidad del relato, tendencias hacia la fantasía, etc.). En la mayoría de los casos, el informe forense cierra con alguna afirmación, generalmente poco elaborada, acerca de la compatibilidad o consistencia de los síntomas encontrados (cuando los hay) con los hechos en disputa.

La estructura del informe psiquiátrico es la siguiente: primero, se identifica a la persona evaluada, la fecha de la entrevista y la causa de que se trata; en segundo, se describen los hechos en disputa, sintetizando lo dicho por la persona menor y citando literalmente algunas de sus expresiones; en tercero, se reportan los antecedentes personales patológicos (enfermedades, traumatismos, hospitalizaciones, cirugías, etc.) que recuerde o sea capaz de informar la persona menor o la persona adulta que la acompaña, que generalmente es la madre; cuarto, se ofrece una síntesis de algunos aspectos de la historia personal y del grupo familiar de la persona menor. En esta parte también aparece información aportada por la persona adulta que acompaña a la persona menor

12. Suponemos que, en ciertos tramos de la entrevista, como por ejemplo, durante una sesión con modelos anatómicamente detallados, la persona menor es entrevistada a sola, pero de los informes no se desprende que así se procede.

presuntamente ofendida. En la historia personal se destacan algunos aspectos del desarrollo físico y socioemocional de la persona menor y en la historia familiar se trata de describir aspectos interpersonales, presentes y pasados, del ambiente familiar. En quinto lugar, se reportan los resultados del examen mental, entrevista de corte médico cuyo propósito es valorar el funcionamiento actual de la persona menor (ej.: comportamiento, apariencia, lenguaje, afecto, juicio, pensamiento, inteligencia, memoria, atención, orientación en espacio y tiempo, aspectos sensorceptivos, etc.). En el contexto médico, el examen mental es un instrumento para el diagnóstico diferencial de desórdenes o enfermedades mentales. En sexto lugar, se ofrece una "impresión diagnóstica" acuñada en categorías nosológicas psiquiátricas convencionales (ej.: "reacción mixta de ansiedad y depresiva" o "reacción de ajuste a la adolescencia"). Finalmente, el informe psiquiátrico termina con una breve opinión de lo que la persona entrevistadora cree que la persona menor ha experimentado o actualmente experimenta y cierra con una afirmación acerca de si la información así recolectada puede interpretarse como secuelas de los hechos en disputa.

Observaciones.

Desde la perspectiva de los jueces, que son en última instancia los responsables de utilizar adecuadamente la información que contienen las evaluaciones forenses, la información que reciben de los psicólogos forenses tiene varios inconvenientes.

En primer lugar, dicha información es casi siempre acuñada con un lenguaje muy especializado, incomprendible para juzgadores que carezcan de formación en materia de psicodiagnóstico.

En segundo lugar, los informes forenses casi nunca hacen explícitas las conexiones entre las conclusiones que ofrece el perito y las observaciones de donde proceden dichas conclusiones. Por ejemplo, el psicólogo hace afirmaciones tales como que el relato del menor le merece credibilidad o que en relación con los hechos la menor manifestó tal o cual cosa y que no hay indicios que le resten credibilidad a dicho relato, pero en ningún momento el perito explica de dónde proceden sus conclusiones.

En tercer lugar, en casos de abusos deshonestos con mucha frecuencia el informe consiste en señalar una serie de síntomas emocionales y conductas que se le presentan al juzgador como reacciones compatibles con una historia de abuso sexual. Uno de los principales problemas que adolece dicha práctica es que rara vez el perito considera explícitamente otros posibles orígenes para los mismos síntomas y conductas, de manera que al razonar el juzgador retrospectivamente de los efectos a las causas putativas y al no tener a su disposición causas alternativas que expliquen dichos efectos, infiere erróneamente que si

los efectos (del abuso sexual) están presentes en la persona menor, las causas también estuvieron presentes, es decir, el abuso verdaderamente existió. Como veremos más adelante, los estudios sistemáticos sobre los efectos del abuso sexual no sugieren que exista algún síntoma o constelación de síntomas que puedan considerarse propios o exclusivos del abuso sexual (Kendall-Tackett et al., 1993). Finalmente, no obstante que en los informes forenses se habla de una "entrevista clínica-forense", en ninguna parte hay una referencia al protocolo de entrevista de investigación utilizado. En consecuencia, para el consumidor de la información que contienen los informes forenses no es posible valorar la relación entre información obtenida e información reportada, ni la relación entre la información obtenida y la forma como se generó dicha información (la dinámica de la entrevista). Los estudiosos del testimonio de menores consideran que la confiabilidad de las declaraciones de una persona menor dependen más de la calidad de la entrevista y de la habilidad del entrevistador que de las limitaciones cognoscitivas y lingüísticas de la persona menor como ser en desarrollo (Poole & Lamb, 1998).

En algunas ocasiones, en los expedientes aparecen dictámenes periciales sobre la persona imputada. En los expedientes investigados aparecen dos casos en los que la persona imputada fue evaluada. Las solicitudes de evaluación generalmente tienen el doble propósito de valorar si la persona imputada es capaz de "reconocer el carácter de sus actos" y determinar su "perfil mental". Debido a los pocos casos disponibles, de los expedientes no es posible inferir de manera inequívoca las características de los casos en los que se requiere este tipo de información. Como hipótesis tentativa, da la impresión de que se trata de casos en los que existe controversia aguda.

En uno de los casos la persona ofendida era de muy corta edad (3 años), uno de los miembros de la pareja parental (la madre de la persona menor) acusa al otro (el padre de la persona menor) de abuso sexual, en el contexto de mucho conflicto de pareja y una disputa abierta por la custodia de la persona menor. En estos casos surgen dudas acerca de la compatibilidad de los hechos en disputa con la edad de la persona menor ofendida y la facilidad con que dicha persona podría ser objeto de manipulación social (sugestionabilidad).

En otro caso la persona ofendida era una menor de 12 años quien, por iniciativa de su madre, acusa a su padre de conductas sexuales que califican como corrupción agravada. El caso es denunciado un año después de ocurridos, y conocidos por la madre, los hechos en disputa. Dos meses después de la denuncia la menor se retracta de los hechos previamente denunciados. Dada la rapidez con que la menor se retracta y la familia se reconcilia, el agente fiscal infiere que la persona menor cedió a la presión de sus padres y entró en colusión con los mismos

para bloquear el proceso que se le seguía a su padre. A partir de ese momento se dicta un auto de falta de mérito y prosigue la investigación, lo que permite la ejecución de los exámenes periciales. El examen psicológico del imputado se hizo por recomendación del psicólogo de la Medicatura Forense asignado al caso. Lo controvertido del caso se refleja en el hecho de que el mismo requirió de la participación separada de un psiquiatra, un psicólogo, una tabajadora social y una psicóloga del Patronato Nacional de la Infancia y además, en una ocasión, se solicitó mayor elaboración de un dictamen psiquiátrico. El papel procesal de los peritos forenses se pone en evidencia cuando el agente fiscal, después de una extensa instrucción, solicita que se prorrogue el auto de falta de mérito por un año, basándose principalmente, pero no exclusivamente, en "los abundantes exámenes psicológicos".

Las secuelas emocionales del abuso sexual.

Debido a que en la generalidad de las causas por abusos deshonestos no hay testigos presenciales del delito ni otro tipo de evidencia física que lo confirme, en casi la totalidad de los casos en los que el entonces juez de instrucción recurre a la opinión experta de psicólogos o psiquiatras, solicita una determinación sobre la existencia de síntomas o secuelas emocionales que corroboren la hipótesis de que la persona menor fue efectivamente ofendida. La respuesta del experto sirve una función de reducción de la incerteza en la que se encuentra el juez de instrucción¹³ o el tribunal de juicio al valorar una causa por abuso sexual. En otras palabras, la existencia de síntomas psicológicos atribuibles a abuso sexual, según opinión experta, se constituye en prueba de la existencia del delito de abusos deshonestos. Se trata de un razonamiento causal, del efecto a su probable causa. Si la existencia del delito se da por probada, lo que resta es la determinación de la responsabilidad de la persona imputada en los hechos.

Los peritajes psicológicos o psiquiátricos sobre las repercusiones psicológicas del abuso sexual serían realmente informativos en la medida en que: (a) los menores sexualmente abusados *necesariamente* presentasen derivaciones patológicas causadas por dicho abuso; (b) dichas derivaciones constituyesen un efecto *propio o exclusivo* de dicho tipo de evento y (c) además existiesen manifestaciones psicológicas cuya presencia fuese *incompatible* con la hipótesis del abuso sexual.

En la medida en que los jueces presupongan que el fenómeno del abuso sexual cumple con estos requisitos de certeza informativa, estarían cayendo en una sobrevaloración del poder de los psicólogos o psiquiatras para diagnosticar la existencia de abuso sexual. En efecto, en una revisión exhaustiva y rigurosa de la literatura sobre los efectos psicológicos del abuso sexual en personas menores, Kendall-Tackett et al. (1993) encontraron que: (a) existe un alto porcentaje (del 21% al 49%) de niños sexualmente abusados *asintomáticos*, una fracción de los cuales (del 10% al 24%) desarrollan síntomas con el transcurso del tiempo (de 12 a 18 meses después); (b) los niños abusados presentan más síntomas que los no abusados, pero menos síntomas que los niños en tratamiento por otro tipo de trastornos psicológicos; (c) los niños abusados presentan un amplio espectro de síntomas que traslapa con los síntomas que presentan los niños que padecen otras condiciones, de manera que no existen síntomas propios o exclusivos del abuso sexual; (d) no existe tampoco ninguna configuración o constelación de síntomas que pudiera identificarse como un síndrome del niño sexualmente abusado.

Estudio 2: Opinión de peritos forenses

El estudio 2 consistió en el análisis de las opiniones de una muestra de 7 peritos forenses (4 psicólogos, 2 psiquiatras y un trabajador social), todos miembros del cuerpo de peritos forenses de la Corte Suprema de Justicia. En este caso se investigaron sus opiniones en torno a ciertos asuntos de especial interés en los procesos por el delito de abusos deshonestos. Para ello se les administró un cuestionario con preguntas estructuradas que cubrían una diversidad de temas, los cuales actualmente se investigan y debaten en la literatura psicológica, sobre testimonio de personas menores¹⁴. En este trabajo solo comentaremos las respuestas de los peritos forenses a ciertos asuntos de interés en las causas de abusos deshonestos: el uso diagnóstico de modelos anatómicamente detallados (MADs) y su visión acerca de la sintomatología psicológica propia del abuso sexual.

Los MADs

Existe evidencia de que los profesionales en salud mental muchas veces se contradicen unos a otros cuando brindan testimonio experto acerca de las conductas del

13. En la actualidad, el Código Procesal Penal asigna esta responsabilidad a los fiscales, quienes tienen a su cargo la realización de la investigación de base necesaria para valorar la acusación.

14. El cuestionario administrado a los peritos contenía las mismas preguntas, sobre testimonio de menores, que se les formuló a los participantes del estudio 3 (ver adelante), más algunas preguntas específicas propias de cada una de las profesiones que dichos peritos representaban.

juego con MADs indicadoras de abuso sexual. Por ejemplo, mientras algunos profesionales asumen que conductas tales como evitar los MADs y mostrar tensión cuando son desvestidos son indicadores de abuso sexual, otros, contrariamente, asumen que lo que sugiere abuso sexual es un interés o preocupación inusual por sus genitales (Mason, 1991).

El uso de MADs forma parte del arsenal de instrumentos para el diagnóstico de abuso sexual de todos los peritos encuestados. Excepto un psiquiatra, los demás peritos manifestaron (a) conocer "un poco" o "mucho" sobre el uso de los MADs para evaluar abuso sexual; (b) utilizarlos "a menudo" o "muy a menudo" en tales evaluaciones y (c) asignarles una certeza diagnóstica "alta" o "muy alta". Como medio para establecer si un menor ha sido abusado sexualmente, los psicólogos opinaron que los MADs son una técnica "buena" o "muy buena". A la luz de la literatura científica sobre el uso de MADs para el diagnóstico de abuso sexual, la confianza puesta en ellos no parece justificada. Los MADs podrían ser útiles como un medio para que el menor demuestre *cómo* fue abusado, cuando el abuso ha sido ya establecido por otros medios, pero no son recomendables para diagnosticar si un menor *fue o no fue* abusado, por su potencial sugestivo (Bruck, Ceci, Francouer & Renick, 1995; Boat & Everson, 1993; Everson & Boat, 1994).

Síntomas de abuso sexual

Todos los peritos estuvieron "de acuerdo" o "muy de acuerdo" en que existen síntomas propios del abuso sexual, es decir, síntomas o comportamientos típicos de la mayoría de los casos que han sido sexualmente abusados y causados por la vía del abuso. Los siguientes fueron los síntomas de abuso sexual mencionados por los diversos peritos forenses:

- agresividad
- ansiedad
- trastornos o alteraciones del sueño
- alteraciones del apetito
- depresión, desde leve a severa
- irritabilidad
- culpa
- rebeldía para llamar la atención
- trastornos de esfínteres
- microfagia

- trastornos de aprendizaje
- problemas escolares, alteración en el rendimiento académico
- trastornos o problemas de atención y concentración
- trastornos de conducta
- conducta retraída, dispersa, indisciplinada
- datos sugestivos en la figura humana
- síndrome de estrés postraumático
- precocidad: comportamiento sexual no adecuado a la edad; erotización previa y no acorde a la edad
- preocupaciones sexuales y conductas sexuales compulsivas o aversiones
- signos de paralización
- aislamiento de sus mejores actividades
- conductas autodestructivas; conductas de enojo y auto-destrucción
- trastornos de adaptación: fobias y otros; temores generales o específicos
- fugas del hogar
- vulnerabilidad a otro abuso sexual
- dificultad en las relaciones interpersonales

La diversidad de síntomas y conductas mencionadas pone en evidencia lo que ya se dijo acerca de los efectos psicológicos del abuso sexual. El espectro de posibles alteraciones es muy amplio y ninguna de ellas es característica de todos o de al menos la mayoría de los menores sexualmente abusados (Kendall-Tackett et al., 1993). Más aun, los diferentes profesionales no mencionan los mismos síntomas, lo cual significa que sus valoraciones son un tanto sui generis.

Estudio 3: Opinión de jueces, fiscales y defensores

El estudio 3 consistió en el análisis de las opiniones de una muestra de 35 funcionarios judiciales: 15 jueces superiores penales (8 hombres y 7 mujeres), 10 fiscales de juicio (5 hombres y 5 mujeres) y 10 defensores públicos (5 hombres y 5 mujeres). Para ello se les administró un cuestionario con preguntas estructuradas que cubrían una diversidad de temas que actualmente se investigan y

debaten en la literatura psicológica sobre testimonio de personas menores. En este trabajo comentaremos las respuestas de los funcionarios relacionadas con: (a) la percepción que tienen de la cantidad de conocimiento que poseen sobre los MADs, (b) el valor probatorio que le otorgan a los MADs, (c) el grado de confianza que depositan en los informes de los psicólogos forenses y (d) su interpretación de los informes forenses en los cuales el psicólogo forense evalúa sintomatología de abuso sexual.

El Cuadro 1 muestra que el conocimiento acerca de los MADs no estaba bien generalizado entre los funcionarios. En efecto, la mitad de los funcionarios manifestó conocer "muy poco" o "nada" del tema. De la mitad restante, el 40% dijo conocer "un poco" y solamente un exiguo 8.6%

Resultados.

Los MADs son frecuentemente utilizados para valorar menores de quienes se sospecha haber sido objeto de abuso sexual. En Costa Rica, los MADs están siendo usados rutinariamente tanto por peritos forenses como por psicólogos y otros profesionales de la salud mental fuera del Poder Judicial.

afirmó conocer "mucho". Esta falta de conocimiento acerca de los MADs resulta sorprendente, pues los peritos forenses los utilizan rutinariamente para evaluar a menores sexualmente agredidos.

Cuadro 1. Conocimiento de los funcionarios acerca de los MADs.

Por experiencia directa en juicios o por algún otro medio: ¿Cuánto conoce usted acerca del uso en la entrevista forense con muñecas anatómicamente correctas o detalladas para evaluar si un niño ha sido sexualmente abusado?

Categoría de respuesta	Frecuencia		
	Absoluta	Relativa	Acumulada
No conozco nada	10	28.6	28.6
Conozco muy poco	8	22.9	51.4
Conozco un poco	14	40.0	91.4
Conozco mucho	3	8.6	100.0
	-----	-----	
Total	35	100.0	

El Cuadro 2 muestra que, a pesar del poco conocimiento que admiten tener los funcionarios acerca de los MADs, el 77.3% de los funcionarios que manifestaron conocer "un poco" o "mucho" sobre el tema, estuvieron "de acuerdo" o "muy de acuerdo" en admitir como prueba de la existencia de abuso sexual un diagnóstico hecho por un psicólogo mediante MADs.

La aparente incongruencia antes descrita solo se puede explicar a la luz de la confianza, *bona fide*, que los funcionarios depositan en los informes de los psicólogos forenses.

Cuadro 2. Admisibilidad, como prueba de abuso sexual, del diagnóstico mediante MADs.

Suponiendo que no haya más pruebas que el relato del niño y la evaluación psicológica del psicólogo: ¿Estaría usted de acuerdo en admitir como prueba de que un abuso sexual efectivamente ocurrió, un diagnóstico hecho por un psicólogo mediante una o varias entrevistas con muñecas anatómicamente correctas?

Categoría de respuesta	Frecuencia			
	Absoluta	Relativa	Válida	Acumulada
Muy en desacuerdo	1	2.9	4.5	4.5
En desacuerdo	4	11.4	18.2	22.7
De acuerdo	15	42.9	68.2	90.9
Muy de acuerdo	2	5.7	9.1	100.0
	13	37.1	Ausentes	
Total	35	100.0	100.0	

Cuadro 3. Confianza depositada por los funcionarios en los reportes psicológicos sobre la veracidad de una ofensa contra un menor.

¿Qué confianza le merecen a usted los reportes psicológicos sobre los niños supuestamente ofendidos que usualmente se utilizan en los juicios como prueba de la veracidad de la ofensa?

Categoría de respuesta	Frecuencia		
	Absoluta	Relativa	Acumulada
Muy baja	1	2.9	2.9
Baja	2	5.7	8.6
Mediana	9	25.7	34.3
Alta	15	42.7	77.1
Muy alta	8	22.9	100.0
Total	35	100.0	

Pero, ¿cómo interpretan los funcionarios el lenguaje que utilizan los psicólogos forenses en sus evaluaciones de abuso sexual? Para dicho efecto se hizo una pregunta citando un párrafo textual de un informe típico y verdadero, con cinco opciones de respuesta, cada una de las cuales representa una posible interpretación del mismo. Lo primero que salta a la vista en el Cuadro 4, es que los funcionarios interpretaron el párrafo de diversas maneras. Esta hete-

rogeneidad es en sí misma problemática, pues implica que decisiones importantes se basan en interpretaciones disímiles, algunas drásticamente alejadas del conocimiento científico actual de dicha materia.

En segundo lugar, llama la atención que las interpretaciones tendieron a conglomerarse alrededor de la segunda y tercera opciones. La segunda opción podría ser

científicamente correcta si se asume que los funcionarios tomaron como referencia el contraste entre personas menores abusadas sexualmente frente a personas menores sin historia conocida de abuso sexual, que además nunca han sido referidas a tratamiento psicológico por otras razones. La tercera opción es la más conservadora y aproximada al conocimiento científico actual sobre la sintomatología de las personas menores que han sido sexualmente abusadas.

Lo positivo de este hallazgo es que los funcionarios demuestran que tienen la noción (científicamente correcta) de que dichos síntomas no son exclusivos de las personas menores que han sido sexualmente abusadas. Finalmente, otro aspecto positivo es que muy pocos funcionarios asociaron el citado párrafo con la noción científicamente incorrecta de síndrome o constelación de síntomas propios del abuso sexual (primera opción).

Cuadro 4. Comprensión del funcionario de la noción de compatibilidad entre síntomas psicológicos e historia putativa de abusos deshonestos.

Cuando usted lee en un informe psicológico forense que la ofendida "presenta trastornos emocionales y de conducta, tales como enuresis, ansiedad, falta de atención, agresividad, depresión, inhibición, compatibles con un posible abuso sexual", ¿cuál de las siguientes interpretaciones de dicho párrafo coincide mejor con su interpretación del mismo?

1 Que todos esos síntomas y conductas forman un conjunto o **CONSTELACIÓN** de manifestaciones típicas de los niños que han sido sexualmente abusados.

2 Que si bien esos síntomas y conductas no son exclusivos de los niños que han sido sexualmente abusados, sí se presentan **CON MAYOR FRECUENCIA** en los niños sexualmente abusados.

3 Que esos síntomas y conductas no son exclusivos de los niños que han sido sexualmente abusados, pero que los niños sexualmente abusados los manifiestan **CON UNA ALTA FRECUENCIA**.

4 Que existen otros síntomas y conductas, no incluidos en dicho párrafo, que si se manifestaran en un niño uno **DESCARTARÍA** con seguridad la idea de que dicho niño ha sido sexualmente abusado.

5 Que existen otros síntomas y conductas, no incluidos en dicho párrafo, que si se manifestaran en un niño uno **tendría MAYOR SEGURIDAD** de que dicho niño ha sido sexualmente abusado.

Categoría de respuesta	Frecuencia			
	Absoluta	Relativa	Válida	Acumulada
1 Constelación	6	17.1	17.6	17.6
2 Mayor frecuencia	11	31.4	32.4	50.0
3 Alta frecuencia	13	37.1	38.2	88.2
4 Descartaría	2	5.7	5.9	94.1
5 Confirmaría	2	5.7	5.9	100.0
	1	2.9	Ausentes	
Total	35	100.0	100.0	

En síntesis, los resultados que se acaban de comentar contienen fundamentalmente dos paradojas. La primera de ellas consiste en que a pesar del pobre conocimiento que admiten los funcionarios sobre el tema de los MADs, un contingente considerable de ellos (más de 3/4 partes) le otorgan un gran valor probatorio a los diagnósticos de abuso sexual basados en los MADs. Esta contradicción aparente se explica por una fuerte tendencia a depositar mucha confianza en los reportes de los psicólogos que corroboran la existencia de abuso sexual en el menor. Nuevamente, de manera paradójica, la confianza depositada en los informes psicológicos parece ser un tanto ciega puesto que los funcionarios mostraron una confusa interpretación del concepto "compatibilidad" utilizado por los psicólogos cuando afirman que un determinado síntoma o grupo de ellos es compatible con una historia putativa del abuso sexual.

Conclusiones generales

De la investigación de expedientes (Estudio 1) se desprenden varias cosas importantes. Resulta evidente que el peritaje psicológico forense viene a compensar un vacío de evidencia en los casos de abusos deshonestos sin corroboración, lo que provee información independiente de la palabra de la persona menor. Lo preocupante no es precisamente la función de corroboración del testimonio, per se, que desempeña el peritaje psicológico, sino más bien la manera cómo los peritos forenses asumen dicha función, por una parte, y el modo como los juzgadores utilizan la información que reciben de los peritos, por otra. Los peritos forenses redactan sus informes de manera lo cual poco útil para el juzgador, utilizando vocabulario especializada, deja una gran brecha entre sus inferencias y la base de información de la cual proceden, abusando de la lógica de la noción de compatibilidad entre síntomas e historia de abuso sexual y omitiendo mencionar el protocolo de entrevista de investigación usado para generar la información jurídicamente relevante.

De las respuestas de los peritos forenses (Estudio 2) puede colegirse, por una parte, que aun persisten en la utilización de técnicas altamente sugestivas y científicamente cuestionadas como los MADs (Bruck et al., 1995; Boat & Everson, 1993; Everson & Boat, 1994) y, por otra, que manejan teorías acerca de los efectos (síntomas y conductas) propios del abuso sexual para las cuales no hay evidencia científica sólida (ver Berliner & Conte, 1993 y Kendall-Tackett et al., 1993).

Finalmente, la encuesta a jueces, fiscales y defensores (Estudio 3) puso en evidencia, por una parte, la confianza ciega que depositan los juzgadores en los informes forenses de los psicólogos. Esta confianza excesiva se ve reflejada en el hecho de que a pesar de admitir poco conoci-

miento sobre los MADs, los funcionarios se manifestaron anuentes a admitir diagnósticos de abuso sexual mediante sesiones con MADs.

Por otra parte, los funcionarios mostraron una confusa interpretación del concepto de "compatibilidad" utilizado por los psicólogos cuando afirman que un determinado síntoma o grupo de ellos es compatible con una historia putativa del abuso sexual. A pesar de la diversidad de interpretaciones que los juzgadores le dan a la noción de compatibilidad, y posiblemente también a otros aspectos del informe forense, están siempre dispuestos a incorporar dicha información a sus sentencias, citando a menudo textual y *acrífcamente* párrafos escritos en forma original por los psicólogos.

Todo este proceso podría verse como una dinámica colusiva en la cual el juzgador, por la presión que implica este tipo de decisiones y por su escasa formación en psicología, defiere ante el perito forense en detrimento de la sana crítica y una adecuada fundamentación de las sentencias. El perito psicólogo forense debe ser un educador de la racionalidad del juzgador (Allen & Miller, 1995), brindándole información acuñada en términos que le permitan a este razonar de manera independiente.

Referencias

- 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, 323-338.
- Berliner, L. & Conte, J. R. (1993). Sexual abuse evaluations: Conceptual and empirical obstacles. *Child Abuse & Neglect*, 17, 111-125.
- Bruck, M. & Ceci, S. J. (1995). Brief on behalf of amicus developmental, social, and psychological researchers, social scientists, and scholars. *Psychology, Public Policy, and Law*, 1, 1-51.
- Bruck, M.; Ceci, S. J.; Francoeur, E. & Renick, A. (1995). Anatomically detailed dolls do not facilitate preschoolers' reports of a pediatric examination involving genital touching. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 1, 95-109.
- Ceci, S. J. & Bruck M. (1993). The suggestibility of the child witness: A historical review and synthesis. *Psychological Bulletin*, 113, 403-439.
- Goodman, G. S. (1984). Children's testimony in historical perspective. *Journal of Social Issues*, 40, 1-32.
- Kendall-Tackett, K. A.; Williams, L. M. & Finkelhor, D.

(1993). Impact of sexual abuse on children: A review and synthesis of recent empirical studies. *Psychological Bulletin*, 113, 164-180.

Manson, M. A. (1991). A judicial dilemma: Expert testimony in child sex abuse cases. *Journal of Psychiatry and the Law*, 1, 185-219.

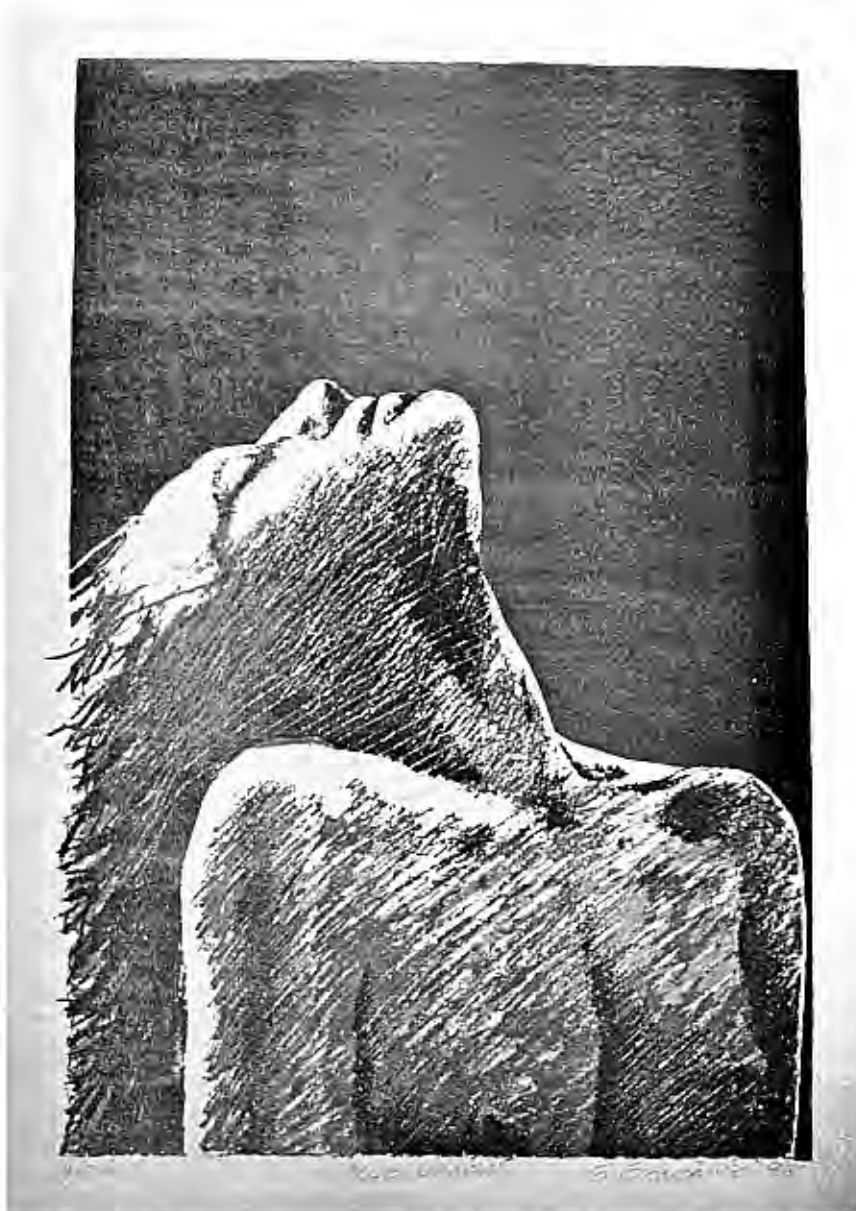
Matamoros, M. (1997). *El testimonio de personas menores. ofendido y testigo: análisis desde la psicología cognoscitiva y la pragmática lingüística*. Universidad Internacional de las Américas: tesis de licenciatura.

Matamoros, M. (2000). *El problema psicológico del testimonio no corroborado*. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 92, 39-62.

Poole, D. A. & Lamb, M. E. (1998). *Investigative Interviews of Children: A guide for Helping Professionals*. Washington, D C: American Psychological Association.

Spencer, J. R. (1998). The role of experts in the common law and the civilian law: A comparison. En S. J. Ceci & H.

Hembrooke (Eds.), *Expert Witnesses in Child Abuse Cases* (pp. 29-58). Washington, D C: American Psychological Association.



MODELOS DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DEL DELITO Y EL SISTEMA COSTARRICENSE

*Jeannette Arias Meza**

Sección I: Víctimas del delito: conceptualización y aspectos generales

A pesar del gran avance durante las últimas dos décadas en lo que a asistencia a víctimas de delitos se ha logrado a nivel mundial y nacional, todavía queda un gran camino por recorrer. La víctima dentro del proceso penal aun nos resulta tediosa, extraña y hasta molesta. Todavía muchos añoran la antigua legislación procesal penal que no le otorgaba "tantos derechos" a la víctima.

Lejos de continuar con una actitud que intente relegar a la víctima, los operadores del sistema —jueces, fiscales, defensores, policías, auxiliares— debemos plantearnos la importancia que esta ocupa dentro de la averiguación de la verdad real como fuente de prueba y de nuestra obligación legal de hacer efectivos sus derechos, así como del compromiso ético que asumimos desde nuestros puestos para contribuir a la solución del problema social que se nos plantea con cada investigación penal¹.

Lo anterior nos dará como resultado la posibilidad de efectuar un proceso más humano, para ver más allá del expediente, proveer a la víctima de justicia pronta y cumplida, y sino, también, aliviar su sufrimiento en un momento de especial vulnerabilidad.

Con adecuada capacitación y sensibilización en el abordaje de la víctima, es posible minimizar su revictimización, por supuesto, en la medida en que nos

visualicemos como agentes de cambio, como sujetos estratégicamente ubicados dentro de la estructura procesal.

A) El estatus de víctima a nivel jurídico penal

Tradicionalmente la criminología estudió el delito desde el punto de vista del ofensor y dejó de lado las consideraciones respecto de la víctima. Han sido elaboradas teorías sobre las causas que llevan a delinquir, se han efectuado interpretaciones sociales y psicológicas de la violencia, pero en la gran mayoría de los estudios, la víctima ha sido ignorada². La victimología no positivista es una disciplina que surge en años recientes y plantea otro aspecto del difícil problema de la violencia, el referido a las personas sobre quienes recae la conducta delictiva.

"Podemos por consiguiente aventurar que lo que se vislumbra en la década de los ochenta es el resurgir de una (nueva) victimología que se diferencia de la anterior, fundamentalmente, en su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima y en su sensibilidad por no contraponer los derechos de la víctima a los derechos del delincuente."³

Si bien es cierto, dentro del término víctima podemos englobar a cualquier persona que sufre las consecuencias de un hecho dañoso, v. gr. proveniente de la conducta de otro ser humano, o de la naturaleza misma, de las relaciones entre clases sociales, entre otros; desde el

* Fiscal del Ministerio Público, jefa de la Oficina de Atención a la Víctima, Ministerio Público

1. La legislación procesal penal obliga al operador, hasta donde le sea posible, a buscar una solución al conflicto social que subyace a cada caso en investigación.

2. "La primera cuestión que puede sorprender es la atención a las víctimas después de que estas permanecieron olvidadas tanto tiempo. Este olvido era doble: por un lado, en un plano teórico existía por parte de la criminología una preocupación por entender la etiología del delito y por buscar otros métodos de respuesta al delincuente; estos podían consistir en métodos de tratamiento en el mismo ámbito de la cárcel, o últimamente en la búsqueda de alternativas a la cárcel, pero parece cierto que la criminología, a pesar de su declaración de que el delito es una relación social, había prestado poca atención a las víctimas."

Elena Larrauri "Victimología: quiénes son las víctimas, cuáles son sus derechos, cuáles son sus necesidades? En Víctima y Proceso Penal Costarricense, Antología de Henry Issa El Khoury, pág. 69

3. Elena Larrauri, ob. cit. Pág. 71

punto de vista jurídico penal, debemos limitar este concepto, única y exclusivamente a la persona física o jurídica que sufre un perjuicio o daño como consecuencia de un hecho delictuoso⁴.

Las Naciones Unidas en su declaración de 1985, resolución 40/34 estableció que por víctimas se debían entender a las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente de un país.

Además indicó que podrá considerarse víctima a una persona independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador. Dispuso también que en la expresión víctima se incluye a los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización⁵.

La víctima también ha sido objeto de diversos instrumentos jurídicos internacionales, que buscan reconocer sus derechos, en su artículo "Cómo enfrenta el sistema de justicia penal costarricense la tutela de los derechos de las víctimas de delitos", la Licda. Milena Conejo, señala, entre otros, los siguientes⁶:

1. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas conocidas como Reglas de Mallorca de 1992.

2. La declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Resolución 40-34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1985.

3. El Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos. Consejo de Europa, 1983.

4. Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷.

Esta declaración contiene una serie de derechos entre ellos el derecho al acceso a la vía judicial, derecho al proceso público, derecho a un proceso justo, de manera que se escuchan las razones y alegaciones de las partes, y el derecho a una sentencia justa. La imparcialidad del juzgador está contenida en la justicia, lo mismo que las condiciones de plena igualdad. El derecho a ser oído no significa solo el derecho a que en el proceso se oigan las razones de las partes sino a la acción y a ser llamado a juicio.

5. Convención Americana de los Derechos del Hombre (Pacto de San José).

Lo anterior conforma un bloque de tutela jurídica efectiva que se resume en el acceso a la investigación y a la jurisdicción, en el derecho de defensa y en la efectividad de las resoluciones jurisdiccionales, principalmente de la sentencia.

Cada vez se avanza en la comprensión de que la víctima no es un obstáculo para la investigación; sino más bien una de sus principales fuentes de información. Por ello, los operadores del sistema penal deben abordarla para determinar cuáles son sus intereses y necesidades, lo que les permitirá mayores elementos de juicio en la toma de sus decisiones respecto al ejercicio de la acción penal pública.

La legislación procesal penal costarricense hace eco de las definiciones que a nivel internacional han sido establecidas, el artículo 70 del Código Procesal Penal

4. Cuando se trata de una persona física, quien padece la violencia que se genera en el comportamiento del ofensor, esta sufre física, psicológica y socialmente a consecuencia de dicha agresión, produciéndose una disminución del sentimiento de seguridad individual y colectivo, porque el delito afecta profundamente no solo a la víctima, sino también a su familia y a su comunidad.

5. Esta definición lato sensu dada por las Naciones Unidas es sumamente importante ya que su amplitud permite definir como víctima a una persona a través de los diferentes estadios del proceso, incluso antes de iniciarse este. De ahí que sea esta definición la aplicada en la Oficina de Atención a la Víctima del Ministerio Público, la cual no requiere de denuncia previa establecida por la víctima para que sea beneficiaria de los servicios que provee.

6. CONEJO, Milena: "Cómo enfrenta el sistema de justicia penal costarricense la tutela de los derechos de las víctimas de delitos" artículo que tomó como base el Módulo elaborado con el Programa de Cooperación PNUD— Escuela Judicial, con participación de los docentes nacionales: Carlos Ma. Jiménez, Mayra Campos, Alberto Alpizar, Fernando Cubero, Teresita Rodríguez y Milena Conejo, así como el consultor español: Francisco de Jorge Mesas.

7. Además, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". Por su parte, el artículo 10 de esa misma declaración, establece: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal."

costarricense (C.P.P.)⁸ expresamente señala como víctima al ofendido directo del delito⁹. En los delitos de resultado de muerte del ofendido, al cónyuge o conviviente, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad y heredero declarado judicialmente¹⁰; y a socios, miembros de asociación ofendida y asociaciones en casos de interés colectivo o difusos¹¹.

B) Consideraciones éticas en el abordaje y atención a víctimas

Una vez definida quién es víctima en el proceso penal, es necesario abordar el tópico de los razonamientos éticos que deben guiar el trato por parte del operador del sistema (policía, fiscal, juez) hacia ese sujeto del proceso.

Primeramente, los operadores del sistema deben actuar con objetividad cuando aborden la investigación y juzgamiento del caso concreto. No deben tomar partido, mostrar favoritismo, permitir que los prejuicios personales afecten su análisis o que sus emociones nublen sus razonamientos, deben someterse a un verdadero proceso de desmitificación¹².

De ahí que uno de los mayores, quizás el mayor, problema ético de la victimología es el problema de la selectividad, discriminación y trato desigual hacia las víctimas, ello a pesar de que el principio de igualdad ante la ley, como deber ser, queda plasmado en las disposiciones de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, 40-34, ya referida, la cual establece que esta será aplicable a todas las personas, sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social o impedimento físico.

El sistema tiende a darle mayor importancia a cierto

tipo de víctimas ignorando el dolor intenso que pueden sufrir otras, no se respeta a cabalidad el principio de igualdad que es un principio básico de democracia y justicia.

Todas las víctimas deben recibir un trato igualitario, únicamente se hace una diferenciación en cuanto a los mecanismos de abordaje, para satisfacer sus diferentes necesidades¹³.

C) Derechos de las víctimas contemplados en la legislación costarricense¹⁴

El renacimiento de la víctima, en el caso costarricense, ya no es solo un tímido aspecto doctrinario. Nuestra más nueva legislación la incorpora en sus formulaciones e, incluso, en algunos casos gira en torno a ella, por ejemplo la Ley Contra la Violencia Doméstica; o bien la incorpora como un sujeto protagonista como es el caso del Código Procesal Penal de 1996, vigente en la actualidad.

C.1- Derechos de la víctima en el Código Procesal Penal:

- inviolabilidad de su derecho de defensa como parte (artículo 12).
- intervención en el procedimiento (artículo. 71)
- información de resoluciones que finalicen el procedimiento (artículos 71, 282, 298, 300, 206).
- apelación de la desestimación y del sobreseimiento (artículos 71, 315, 282).
- control de las decisiones del M.P. (artículos 282 y 300).
- posibilidad de constituirse como querellante (artículo 72 y ss.).

8. Lo conglobado dentro del artículo 70 del Código Procesal Penal costarricense (C.P.P.) es lo que llamamos victimización primaria: conjunto de efectos dañosos para la víctima ocasionados por la acción del autor del delito.

9. Por víctima directa entendemos aquella persona, física o jurídica que sufre directamente la lesión, sobre su persona o derechos a consecuencia del delito.

10. Víctima indirecta es aquella que sufre consecuencias patrimoniales o morales que pueden ser sujetas de valoración monetaria, como producto de la lesión causada a otro con el que puede tener relación próxima.

11. Las dos anteriores constituyen víctimas colectivas, las cuales son aquellas cuyo derecho vulnerado no les corresponde en forma exclusiva, sino que necesariamente lo comparten con el resto de la colectividad o sector de la sociedad, como es el caso de los consumidores, los productores o los ciudadanos en los delitos que afectan intereses difusos como el funcionamiento del mercado y de la competencia, o el medio ambiente.

12. El Dr. Ezra Fatah, victimólogo canadiense, expositor del X Simposio Internacional de Victimología, ha desarrollado ampliamente el tema de la deontología dentro de esta disciplina.

13. De ahí que una vez que nos enfrentamos ante lo que el derecho penal define como víctima, el tratamiento de la misma debe ser equitativo en relación con el resto, no existen víctimas de primera o segunda categoría, es tan víctima la persona atropellada por un vehículo con conductor temerario, como el privado de libertad que es violado dentro de la prisión. De igual forma el delito debe ser investigado y la víctima asistida.

14. ALPIZAR, Alberto y otros (Mayra Campos, Carlos María Jiménez, Fernando Cubero, Teresita Rodríguez y Milena Conejo) "Víctima y Proceso Penal: Guía del Docente", Escuela Judicial, Poder Judicial de Costa Rica-PNUD España, San José, Costa Rica, 1998, pág. 22.

- posibilidad de solicitar la conversión de la acción (artículo 20)
- posibilidad de delegar la acción civil resarcitoria (artículo 39).
- posibilidad de revocar la instancia.
- pronta devolución de objetos (artículo 200).
- protección mediante medidas cautelares (artículos 244, 248 y 249).
- objetar el archivo fiscal (artículo 298).
- controlar la conclusión del procedimiento preparatorio (artículo 300).
- conocer la acusación de previo (artículo 306).
- asistir y participar en la audiencia de conciliación (artículos 36 y 318).
- exponer sobre los hechos en la clausura del debate (artículo 358).
- manifestarse sobre la procedencia del procedimiento abreviado (artículo 374).
- instar al M.P. para que interponga recursos (artículo 426).
- privacidad en las audiencias públicas cuando se le afecte el pudor (artículo 330).
- derecho a que no se le interrogue o entreviste con presiones indebidas y a que no se le ofenda su dignidad (artículo 352).
- auxilio judicial en querrela por delito de acción privada (artículos 381).
- queja por retardo de justicia (artículos 4, 7 y 174).
- acusar aun sustituyendo al Ministerio Público (rompimiento del monopolio de la acción pública).
- Derecho a obtener reparación de daños y perjuicios mediante la condena civil (artículo 368).

C.2- Derechos de la víctima en la Ley contra la Violencia Doméstica

Artículos 1. La ley tiene la finalidad de regular la aplicación de medidas de protección necesarias para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de la violencia doméstica, e indica que a los jueces les corresponderá brindar protección especial a madres, niños y otros.

Artículos 3 y 12. Enuncian las medidas de protección que puede acordar la autoridad competente. En casos excepcionales el solicitante podrá pedir que su comparencia se realice sin estar presente el presunto agresor.

Artículo 11. Dispone que la persona agredida podrá solicitar que se le practique el examen médico y psicológico que permitan valorar los daños físicos y psicológicos sufridos.

Artículo 20. Establece el deber de las autoridades de policía de intervenir en las situaciones de violencia doméstica, de oficio o cuando sean requeridas por las víctimas o por terceras personas.

C.3- Derechos de las Víctimas en la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer¹⁵

Artículo 14. Indica que en caso de que sea una mujer la que interponga una denuncia, esta debe ser atendida por una funcionaria judicial.

C.4- Normativa en el Código de la Niñez y la Adolescencia

Artículo 104. Entre otros, prevé el derecho de la acción de los menores víctimas en materia penal. V. gr. este artículo dispone la facultad de denunciar una acción cometida en su perjuicio, y a ejercer por medio del representante del Ministerio Público, la acción civil derivada del hecho punible.

Artículo 120 y ss. Prevé la conformación de grupos de expertos para asistir y acompañar en las diligencias judiciales a los menores víctimas de delitos.

Artículo 127. Dispone la existencia de los medios tecnológicos para evitar el contacto directo de los menores ofendidos con las personas a quienes se atribuye un hecho delictivo.

Este código establece una serie importante de derechos y medidas de protección que se deben garantizar en pro del menor ofendido.

C.5- Derechos de las víctimas en la Ley de Justicia Penal Juvenil¹⁶

Artículo 34. Establece la participación del ofendido en el proceso, indicando que podrá formular los recursos correspondientes cuando lo crea necesario para la defensa de sus intereses.

Artículo 39. Estipula, entre otros, la función del Ministerio Público de asesorar a la víctima durante la conciliación, cuando ella lo solicite.

Artículo 61. Establece la conciliación entre el ofendido o su representante y el menor.

C.6- Derechos de las víctimas en la Ley Orgánica del Ministerio Público¹⁷

Artículo 29. El fiscal a cargo de la investigación de un delito debe identificar y reunir los elementos de convicción de forma que permita el control del superior, la defensa, la víctima, el querellante, las partes civiles y del juez.

Artículo 33. La oficina de defensa civil de las víctimas estará adscrita al Ministerio Público. Además de ejercer la acción civil resarcitoria velará, en general, por el respeto de los derechos de las víctimas derivados de delitos de acción pública.

Artículo 34. El Ministerio Público proveerá a la víctima que le delegue el ejercicio de la acción civil resarcitoria, un profesional en derecho (sic).

Con base en lo anterior, la posición de la víctima en el proceso penal se puede resumir en los siguientes aspectos:

- Iniciación del proceso: mediante denuncia o presentación de querrela.
- Colaboración de los órganos de investigación penal: Ministerio Público, Policía Judicial, etc.
- Fuente de información y de prueba: testigo, informante, etc.

- Decisión del desenlace del proceso: retiro de la instancia, desistimiento de la acción, conformidad con diversas salidas alternas o mecanismos de abreviación.

- Control de las actuaciones en la investigación de la Policía y del Ministerio Público, que incluye control de las decisiones jurisdiccionales: apelación, inconformidad, pronto despacho, etc.

- Participación al final del juicio y en las audiencias del procedimiento preparatorio.

SECCIÓN II: Abordaje Interdisciplinar e Interinstitucional de la víctima del delito

Con frecuencia, gran parte de los operadores del sistema nos cuestionamos en torno al límite al que deben llegar nuestras funciones y respuestas respecto de las víctimas, y más aun, si será el Poder Judicial la institución llamada por ley a desarrollar una serie de programas de atención y tratamiento dirigidos a las víctimas del delito.

Personalmente, considero que estamos en una época de rompimiento de paradigmas, el antiguo paradigma desde el cual se desarrolló la totalidad de la estructura procesal penal hasta hace poco en el Poder Judicial estaba focalizada en torno, prioritariamente (por no decir únicamente), a una de las partes del proceso: el imputado; lo cual generó una serie de injusticias para otra parte también débil y vulnerable del proceso: la víctima.

De ahí que los esfuerzos actuales por desarrollar programas de asistencia a víctimas forman parte de una filosofía más justa y humana de concebir el proceso penal.

¿Hasta dónde debe el juez, el fiscal, el defensor, el policía, capacitarse para el tratamiento de la víctima? La respuesta es clara: hasta donde las necesidades de esta, como persona, así lo requieran. No podemos continuar pensando en un operador del sistema conocedor únicamente de su pequeña área técnicojurídica. Si el ser humano es un ente complejo, de mente, cuerpo y emociones, no podemos pretender que cada especialista pueda solucionar el conflicto social de manera separada haciendo uso tan solo de su área profesional.

Cada día se hace más necesario tener al menos conocimientos mínimos en el resto de las áreas que pueden

16. ALPIZAR, Alberto y otros, ob. cit., pág. 23.

17. ALPIZAR, Alberto y otros, ob. cit., pag. 24.

contribuir a solventar el problema social ocasionado por la comisión del delito. Pretender que durante el proceso penal los abogados podamos comprender la complejidad de la problemática que implica para una persona, ser víctima de un delito, haciendo uso única y exclusivamente de las leyes, es un verdadero sinsentido.

Más allá, debemos conocer y aprovechar la asistencia de diversos profesionales en los campos de la medicina, trabajo social y psicología, entre otros, para pretender algún éxito en ello.

En cuanto a si dichos profesionales y programas deben o no estar dentro del Poder Judicial, la lógica y la experiencia nos dice que deben existir al menos en un grado mínimo para brindar auxilio en la toma de decisiones a los operadores del sistema y ofrecer apoyo de contención inmediata y transitoria para la víctimas, especialmente en condiciones de crisis, con el fin último de orientarlas hacia la obtención de servicios disponibles en sus comunidades.

De ahí que debe existir un esfuerzo conjunto entre el Poder Judicial y el resto de las instituciones públicas y privadas de asistencia a víctimas para que oficinas de enlace como la Oficina de Atención a la Víctima del Ministerio Público, la Contraloría de Servicios, el Departamento de Trabajo Social y Psicología, el Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, entre otros, puedan facilitarle a estos usuarios el acceso a servicios básicos en el área de medicina, asistencia económica para víctimas de escasos recursos, asesoría legal gratuita, terapia psicológica, albergues en caso de riesgo o indigencia, e incluso información sobre la posibilidad de capacitación en programas especiales para desarrollar destrezas que permitan la incorporación al sector productivo (v.gr. el programa Construyendo oportunidades para madres adolescentes y jefas de hogar del Instituto Mixto de Ayuda Social).

Si bien es cierto, al igual, incluso, que en los países desarrollados, los servicios disponibles nunca lograrán

dar abasto para la satisfacción de todas las necesidades, existe una buena posibilidad de que la víctima logre acceder al menos a parte de ellos, haciéndose menos traumática la vivencia del delito y sus secuelas.

A) Víctimas especialmente vulnerables dentro del proceso penal¹⁸ y Oficina de Atención a la Víctima del Ministerio Público

El contacto inevitable entre la víctima y el sistema de justicia penal que incluye a la policía, fiscales y tribunales tiende a causar desde molestias o trastornos más o menos livianos, hasta padecimientos serios, a ello se le denomina victimización secundaria o revictimización¹⁹.

CASO # 1:

Marianela, madre de 21 años de edad denunció que su hijo Minor de 3 años había sido abusado por su esposo, padrastro del niño. En juicio el Tribunal absolvió argumentando que si bien no tenían duda de que Minor había sido abusado, no tenían certeza de que hubiese sido el encartado, ya que aparentemente Minor había sido abusado varias veces, por diversas personas. A raíz de ello Marianela va a solicitar copia de la sentencia para solicitarle al Fiscal que llevó el caso que presentase un recurso de casación²⁰. Cuando se apersonó al Tribunal, una de las juezas que había conocido del caso le manifestó que no le daría la copia porque ella no se había presentado como parte en el proceso, al preguntarle Marianela que cómo hacía eso, le respondió que debía buscar a un abogado para que le hiciera el escrito. Marianela arribó a solicitar los servicios de la Oficina de Atención a la Víctima, llorando, pues alegaba que no tenía dinero para pagarle a un abogado. De inmediato se le hizo un escrito para que lo presentara al Tribunal de Juicio citando el artículo correspondiente del Código de la Niñez y la Adolescencia²¹.

Siempre que la víctima decida (o a veces sin que se tome en cuenta su voluntad²²) denunciar y atravesar por un proceso penal, estará expuesta a ser revictimizada por

18. En la presente sección serán intercalados casos abordados en la Oficina de Atención a la Víctima del Ministerio Público, los cuales ejemplifican los contenidos desarrollados en este apartado.

19. Además de la victimización secundaria, existe la denominada victimización terciaria, que acontece como efectos colaterales de la conducta delictiva, ya meramente a nivel social, esta no puede ser abordada por el sistema penal como tal, sino que debe buscar una respuesta en la concertación a nivel de la sociedad civil, mediante la concientización y sensibilización de comunidades, medios de comunicación, entre otros; siendo que las llamadas a dicha labor son fundamentalmente las organizaciones no gubernamentales.

20. Art. 426 del C.P.P.: Instancia al Ministerio Público. La víctima o cualquier damnificado por el hecho, cuando no estén constituidos como parte, podrán presentar solicitud motivada al Ministerio Público para que interponga los recursos que sean pertinentes. Cuando el Ministerio Público no presente la impugnación, explicará por escrito, dirigido al solicitante, la razón de su proceder.

21. El artículo que se citó fue el 108 del código de la niñez y adolescencia, ley nº 7739, el cual establece: "Cuando en los procesos judiciales esté involucrado el interés de una persona menor de edad, estarán legitimizados para actuar como partes: a) Los adolescentes mayores de quince años, personalmente, cuando así lo autorice este código y en los demás casos, serán representados por quienes ejerzan la autoridad parental o por el Patronato Nacional de la Infancia cuando corresponda"

22. Como sucede en los delitos de acción pública.

el sistema, ya que ello es intrínseco a este, v. gr. solo por el hecho de tener que revivir lo sucedido a través de su declaración, existirá siempre revictimización, por ello hablamos de reducir la revictimización y no de erradicarla ya que esto último sería imposible²³.

Históricamente, la sociedad, a través de sus instituciones penales, no valora adecuadamente la cooperación que la víctima del delito puede brindar al sistema penal; recibiendo esta un trato insensible lo cual produce que sea doblemente victimizada, primero por el ofensor y luego por la propia administración de justicia, la cual no comprende qué necesita la víctima porque la atención está dirigida al autor del delito.

CASO # 2:

En 1998 Yorlany inició causa penal contra un pariente cercano por haber abusado de su hijo menor de 5 años de edad. Luego de un proceso de tres años el Tribunal de

Juicio encontró al encartado culpable del delito acusado, sin embargo uno de los jueces omitió firmar la sentencia, razón por la cual se deberá efectuar un nuevo juicio, no se sabe para cuándo ya que la agenda del Tribunal está saturada. Luego de que el menor y Yorlany tuvieron que declarar en diversas oportunidades durante el primer juicio, ambos desean "retirar la denuncia" ya que están frustrados y cansados y creen que no podrán emocionalmente afrontar de nuevo un juicio.

Se ha minimizado el hecho de que la cooperación de la víctima, su denuncia, su testimonio, su creencia en la justicia, es medular para el esclarecimiento del delito y más allá, tiene el derecho constitucional a ser escuchada y atendida.

Al asistir a las víctimas de delitos los operadores del sistema (policías, jueces, fiscales) deben considerar sus necesidades especiales²⁴, efectuándose un abordaje que, entre otros, contenga los siguientes lineamientos:

23. Generalmente la víctima está sola y marginada. Debe comparecer en lugares que desconoce, permitir que le examinen sus ropas y someterse a exámenes médicos tediosos, en estos casos el acompañamiento adecuado es de gran utilidad.

24. Según los autores (Luis Francisco de Jorge Mesas, Milena Conejo Agullar, Teresita Rodríguez Arroyo, Mayra Campos Zúñiga, Fernando Cordero Pérez y Alberto Alfizar Chaves) de la Guía de Docente "Víctima y Proceso Penal", elaborada para la Escuela Judicial en colaboración con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, las expectativas y necesidades de las víctimas de delitos son las siguientes:

1. Restablecimiento del orden jurídico y social perturbado; investigación de los hechos y determinación de los autores; reproche social formal
2. Restablecimiento de la situación anterior al delito, en la esfera personal, familiar y social de la víctima, o cumplimiento de una reparación satisfactoria.
3. Atención por las instituciones públicas a las necesidades concretas de las víctimas originadas por el delito y por la actuación del sistema penal.
4. Actuación eficaz del Estado y de las instituciones públicas, que impidan que vuelva a ser victimizada.

NECESIDADES DE LAS VÍCTIMAS:

1. Acogida: Apoyo emocional

La víctima generalmente es dañada emocionalmente por el delito e incluso puede hallarse bajo el efecto conocido como síndrome de estrés posttraumático. La primera necesidad que tiene para recuperar su equilibrio emocional, es encontrar una persona para que la escuche, la comprenda y le permita expresar sus sentimientos. Es por tanto una actitud de interlocutor.

2. Información

La víctima no puede reaccionar por sí sola frente al delito, puesto que le está prohibido por ley. Debe entonces confiar su respuesta a las instituciones de Justicia Penal (Policía, Ministerio Público, Tribunales).

Requiere, por ende, desde el momento mismo del delito, información sobre diferentes aspectos: cómo le va a afectar, cuáles son sus posibilidades de actuación en el proceso, y en qué medida va a poder ver satisfechos sus intereses. Necesita de alguien que le proporcione la información adecuada, la oriente y le brinde asesoramiento legal en términos que pueda comprender.

3. Práctica de gestiones

Se refiere a la necesidad de un intermediario adecuado que ponga a la víctima en contacto con las estructuras judiciales y administrativas encargadas de ayudarla a resolver su problema (caso del turista extranjero cuyos documentos le fueron sustraídos: contacto con embajada).

4. Cese de la conducta del victimario y de la situación de victimización

Es quizás la necesidad más básica y elemental, para ello se requiere de la intervención policial o judicial protectora de los derechos de la víctima, pero también pueden necesitarse intervenciones de otro tipo encaminadas a lograr la conciliación entre la víctima y el victimario, pacificando su relación.

5. Asistencia

Médica, psicológica o de trabajo social, entre otras.

6. Indemnización o ayuda económica

Especialmente en delitos violentos: delitos contra la integridad física de las personas.

7. Protección

Protección policial, alojamiento urgente y confidencial (Ejm. casos de violencia doméstica).

- responder igualitariamente, con respeto y compasión a todas las víctimas.
- proteger a las víctimas de futuras victimizaciones, en la medida de lo posible.
- referir a las víctimas a servicios de contención en crisis y de apoyo.
- Informarle a las víctimas acerca de sus derechos dentro de los procesos judiciales y de la duración de los mismos.
- empoderar a las víctimas para que participen activamente dentro del proceso.
- tener como objetivo reparar el daño ocasionado por el delito.
- alentar a las víctimas a que cuenten su historia, y escucharlas cuidadosamente.
- proveer oportunidades que le permitan a las víctimas asistir a otras víctimas y contribuir con la administración de justicia.
- involucrar a las víctimas en la implementación y desarrollo de protocolos de atención.

Si bien es cierto todas las víctimas tienden a ser revictimizadas dentro del proceso penal, no obstante algunas de ellas se convierten en blanco aun más vulnerable del sistema, debido a sus características especiales a nivel físico, psicológico y emocional.

Son especialmente vulnerables las personas menores de edad, las mujeres víctimas de violencia doméstica y delitos sexuales, las personas de la tercera edad y los familiares de víctimas de muerte violenta.

Cuando una persona se convierte en el blanco de una conducta delictiva, es una obligación legal del sistema penal otorgar una respuesta positiva a la víctima y allanar el camino a lo largo del proceso, de manera que se pueda minimizar el sufrimiento²⁵ y la revictimización.

A.1- Personas menores de edad como víctimas²⁶

Cuando las personas menores de edad son victimizadas por la comisión de un delito, su normal ajuste fisiológico y psicológico a la vida es perturbado. Aun más, ellos deben luchar con el trauma de su victimización una y otra vez en cada etapa de desarrollo subsiguiente de sus vidas, a posteriori del delito.

No es una tarea fácil para el común de las personas expresar lo que sienten, o más aun explorar cómo se sienten, mucho más difícil lo es para los niños que han sido víctimas de abuso físico o sexual, ya que perciben que sus sentimientos no fueron considerados en absoluto, por lo que generalmente pierden la fe en su derecho a expresarse y a ser creídos. Como autoridad judicial es posible jugar un rol clave en este proceso y minimizar la posibilidad de trauma a largo plazo para el menor víctima.

CASO # 3:

Mónica es una niña de once años de edad, sin embargo posee un desarrollo maduracional de una menor de ocho años, nunca antes había ido a la escuela hasta este año en que cursa su primer grado. Mónica es la hija mayor de cinco hermanos, ella y sus hermanos fueron víctimas de abuso sexual por parte de su padre hasta hace un año en que fueron ubicados en un albergue para niños. En dicha institución Mónica, con tratamiento psicológico, logra verbalizar por primera vez los abusos a los cuales ella y sus hermanos habían sido sometidos sistemáticamente, ya que antes solo podía realizar dibujos de tales agresiones.

Considerando la psicóloga del albergue referido, que Mónica podía declarar, la acompañó a la Fiscalía competente, sin embargo cuando quiso entrar con Mónica a brindar la declaración, la fiscal encargada le impidió la entrada a la psicóloga. Acto seguido, empezó a preguntarle a Mónica sobre lo ocurrido, la cual visiblemente afectada por no contar con el apoyo de la profesional con que había creado lazos de empatía, brinda una declaración confusa y entrecortada. La fiscal la regaña, le dice que seguro está mintiendo y pide ayuda de otros fiscales y

25. "La víctima sufre a causa de la acción delictiva. El delito implica daño en su persona o en sus pertenencias. El delincuente provoca con su violencia, humillación social. La víctima experimenta temor por su vida y la de su familia. La víctima se siente vulnerable y esto provoca sentimientos de angustia, desconfianza, inseguridad individual y social." Hilda Marchiori: La Víctima del Delito, segunda edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 1996, pág. 14

26. Ver anexos sobre normas prácticas para una respuesta adecuada a los menores víctimas.

personal de apoyo, lo cual produjo que un total de tres personas terminaran entrevistando la, la cual lejos de brindar la declaración del caso, salió llorando.

El 20 de noviembre de 1989, La Asamblea General de las Naciones Unidas celebró el trigésimo aniversario de la Declaración de Derechos del Niño. Ese mismo día, la comunidad internacional extendió la protección brindada con el tópico de derechos humanos a uno de los grupos más vulnerables de la sociedad, los menores de edad, al adoptar la Convención sobre Derechos del Niño²⁷. Este es el primer instrumento legal internacional que regula las garantías aplicables a la totalidad del campo de los derechos del niño.

Diez años más tarde, a pesar de la casi universal ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño —191 estados— no se puede ignorar que la violencia contra la infancia va en aumento. De acuerdo con datos recopilados por UNICEF, más de once millones de niños menores de cinco años mueren cada año de hambre, enfermedades, guerra y tratamientos inhumanos por parte de adultos. Este número no incluye a niños que son víctimas de abuso, negligencia o explotación.

Dada esta problemática, se hace necesario, cada vez en mayor medida, facilitar información a los operadores del sistema penal para que cuenten con las herramientas necesarias y el soporte técnico adecuado para responder compasiva y efectivamente, cuando ellos entren en contacto con niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos menores en el curso de una investigación o juicio.

CASO # 4:

Jaime, Édgar y María, hermanos de ocho, doce y trece años respectivamente, conviven con su madre y padrastro. El padre biológico de los menores se da cuenta por medio de una maestra de la escuela a la cual asisten que el padrastro de los menores abusaba sexualmente de Édgar y María, y que el menor, Jaime, sabía de lo ocurrido, razón por la cual el padre biológico interpone la respectiva denuncia.

El fiscal a cargo llama a Jaime, quien en la entrevista afirma que observó a su padrastro "chuparle el pene" a Édgar e "introducirle palillos en el trasero" y tocarle las

piernas y glúteos a María, pero que a él nunca le había hecho nada.

De inmediato el fiscal manda a llamar a Édgar y a María, y los entrevista durante unos 15 minutos a cada uno, por separado, en su despacho, y ambos son categóricos al afirmar que nada de eso había ocurrido, que a ellos su padrastro nunca los había agredido sexualmente.

Comentario:

A raíz de lo anterior el fiscal desestima la causa. Conociendo la situación, el padre biológico de los menores acude a la Oficina de Atención a la Víctima, lográndose detener la solicitud de desestimación hasta que los menores fuesen atendidos en el Departamento de Trabajo Social y Psicología y que se les solicitara entrevista en la cámara de Gezel del Complejo Médico Forense. Luego de estas diligencias los menores admitieron haber sido víctimas del abuso narrado por Jaime, quien también admitió haber sido abusado, ambos varones mostraron hallazgos clínicos del abuso. De inmediato el agresor fue obligado a abandonar el domicilio y posteriormente hubo acusación y sentencia condenatoria. El fiscal originalmente encargado de la investigación fue incluido en un taller sobre sensibilización referente a derechos de las personas menores de edad y posteriormente la Fiscalía General emitió directrices en aras de que en cada fiscalía hubiese fiscales (mujeres) encargadas de atender exclusivamente a víctimas de delitos sexuales.

Trabajar con niños, niñas y adolescentes implica fuertes demandas y retos, pero también puede ser gratificante. La disponibilidad de herramientas y recursos es tan solo parte del reto. Accederlas es la llave para un cambio positivo en la forma de trabajar con este grupo poblacional dentro del sistema de justicia penal.

Consecuentemente, los derechos de los menores a ser protegidos deben estar en un lugar prioritario por encima de la indignación del adulto por los hechos acontecidos, así mismo el principio rector de toda acción en contra de los agresores debe ser "el no provocar daños mayores" a las víctimas y testigos. Lo anterior deriva del principio del interés superior del niño el cual está contenido en la Convención de Derechos del Niño. Proteger al menor es la "primera prioridad"²⁸.

27. Alguna normativa de especial interés de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley n.º. 7184, está contemplada en los artículos 3, Incisos 1) y 2), 4) y 12, Incisos 1) y 2).

28. La ansiedad sobre los efectos de los procedimientos legales sobre las personas menores de edad víctimas de explotación sexual ha llevado a un número de innovaciones en las formas en que los sistemas legales manejan el tema del niño como testigo, algunos de los cuales han sido discutidos ante el Tribunal. No obstante estas innovaciones son por sí mismas sujetas de debate y reservas, y dependen de las posibilidades de cada legislación doméstica, v. gr. la utilización de video-grabaciones y circuito cerrado para el recibo de deposiciones orales.

En nuestro país existe una serie de instituciones y programas²⁹ tendientes a proteger e implementar los derechos de las personas menores de edad; propiamente dentro del Poder Judicial, y específicamente en el área penal, podemos mencionar al Departamento de Trabajo Social y Psicología, el cual entre otros, brinda servicios de tratamiento terapéutico a menores involucrados en procesos judiciales como víctimas, a la Unidad de Delitos Sexuales y Violencia Doméstica del Ministerio Público, que cuenta con personal sensibilizado en el tratamiento de menores víctimas, así como al personal del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial.

Cabe resaltar dentro de este panorama de acción del Poder Judicial el esfuerzo realizado por la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ), la cual en noviembre del año dos mil organizó el taller denominado "Interés Superior de Niñas y Niños Víctimas en Procesos Penales", haciendo evidente la posición de especial vulnerabilidad a que esta población está expuesta durante los procesos penales.

Surgió así la necesidad de crear un instrumento práctico que sirviera de guía a los operadores de la justicia para disminuir la revictimización, propia de cualquier proceso penal.

29. Todos estos programas se enmarcan dentro del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley nº. 7738, el cual contempla, entre otros:

Art. 5. Interés superior del niño. Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal. La determinación del interés superior deberá considerar: a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades. b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve. d) La correspondencia entre el interés individual y el social.

Art. 105. Opinión de personas menores de edad. Las personas menores de edad tendrán participación directa en los procesos y procedimientos establecidos en este código y se escuchará su opinión al respecto. La autoridad judicial o administrativa siempre tomará en cuenta la madurez emocional para determinar cómo recibirá la opinión. Para estos efectos, la Corte Suprema de Justicia establecerá las medidas adecuadas para realizar entrevistas, con el apoyo del equipo interdisciplinario y en presencia del juez.

Art. 107. Derechos en procesos. En todo proceso o procedimiento en que se discutan disposiciones materiales de este código, las personas menores de edad tendrán derecho a lo siguiente: ... c) acudir a las audiencias en compañía de un trabajador social, un psicólogo o cualquier otro profesional similar o una persona de su confianza. d) Recibir del juez información clara y precisa sobre el significado de cada una de las actuaciones que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y las razones de cada decisión. e) Que todo procedimiento se desarrolle sin demora, en términos sencillos y precisos. f) La justificación y determinación de la medida de protección ordenada. En la resolución que establezca la medida de protección, la autoridad judicial o administrativa deberá explicar a la persona menor de edad, de acuerdo con su edad y madurez, el motivo por el cual se seleccionó tal medida.

Art. 120. Asistencia a víctimas. Las personas menores de edad víctima de delitos siempre deberán ser asistidas y reconocidas por expertos en tratar a este grupo. Todas las autoridades judiciales o quienes deban colaborar en la tramitación del proceso. Los profesionales especializados del Departamento de Medicina Legal del Poder Judicial y los auxiliares de la policía técnica o administrativa, deberán ser capacitados previamente.

Art. 121. Servicios profesionales. El personal médico, los profesionales en psiquiatría y psicología forense estarán obligados a acompañar a las víctimas menores de edad, en especial cuando se trate de delitos sexuales, cuantas veces la autoridad judicial lo estime necesario. Para evitar o disminuir los riesgos que puedan ocasionarse a la salud psíquica de las víctimas del hecho investigado, el profesional asignado presentará las recomendaciones del caso a la autoridad judicial, quien deberá tomarlas en cuenta cuando se le pida deponer en cualquier etapa del proceso.

Art. 124. Capacitación para interrogatorios. Los oficiales del Organismo de Investigación Judicial o la Policía Administrativa, según el caso, deberán ser capacitados debidamente para interrogar a los menores. Durante los interrogatorios se limitarán a recibir la información mínima esencial para averiguar los hechos y les garantizarán el respeto a su dignidad, honor, reputación, familia y vida propia.

Art. 125. Interrogatorios. Las autoridades judiciales o administrativas deberán evitar, en lo posible, los interrogatorios reiterados o persistentes a los menores víctimas de delitos y se reservarán para la etapa decisiva del proceso. Cuando proceda una deposición más amplia de la persona menor de edad, se tendrá siempre en cuenta su derecho a expresar su opinión.

Art. 126. Condiciones de las audiencias. Cuando un menor ofendido deba concurrir a un debate, las autoridades judiciales tomarán las previsiones del caso para que este discorra en audiencia privada, si a juicio del tribunal fuere necesario para garantizarle la estabilidad emocional, o para que no se altere su espontaneidad en el momento de deponer. A esta audiencia solo podrán asistir las personas que indica la ley; cuando la presencia del padre, la madre o los encargados de las personas menores de edad pueda afectarla, el juez podrá impedirles la permanencia en el recinto.

Art. 127. Empleo de medios en audiencias orales. Cuando deban realizarse audiencias orales, la autoridad encargada del caso deberá utilizar los medios tecnológicos u otros a su alcance, para evitar el contacto directo de las personas menores de edad ofendidas con la persona a quien se le atribuye el hecho delictivo. En todo momento se garantizará el debido proceso.

Por ello se conformó una comisión que se dio a la tarea, desde un enfoque múltiple e interdisciplinario de analizar los distintos momentos y audiencias judiciales en los que se revictimiza al niño, niña o adolescente, para finalmente enumerar una serie de disposiciones básicas que ayudasen a minimizar dicha revictimización. El documento generado fue aprobado por Corte Plena en sesión IXX-02 del 6 de mayo de 2002, y fue denominado: "Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en procesos penales"³⁰.

Por otra parte, a nivel internacional, en el Reporte de las Audiencias de París, el Tribunal Internacional de los Derechos del Niño, expresó su preocupación sobre el hecho de que para proteger a los menores al enjuiciado al perpetrador, puede, en algunos casos, conllevar a un daño mayor del niño abusado, y que su participación en los procedimientos legales y de investigación en ocasiones constituye un irrespeto a su derecho a la dignidad humana.

De ahí que debe tomarse siempre en consideración que las personas menores de edad tienen derecho a ser oídos³¹. Su participación en el proceso judicial, iniciado a raíz del maltrato sufrido por obra de sus padres, o terceros representa un elemento esencial en la defensa de sus derechos, pues les permite expresarse en las cuestiones que los afectan directamente. Las normas jerárquicamente superiores confieren al niño, niña o adolescente objeto de abuso, una posición activa en la justicia, tanto en la etapa de investigación como en la de tratamiento.

El(la) menor objeto de abuso por sus padres o guardadores debe ser escuchado obligatoriamente en forma personal, con las modalidades propias acordes con su edad o grado de madurez³², o bien representado por un abogado o persona de su confianza, pues muchas veces no

desea o no se encuentra en condiciones de expresarse en forma directa³³.

Por consiguiente, el Estado está obligado a crear procedimientos y regulaciones adecuadas para escuchar al niño/a. En primer término, su opinión debe contar con una previa información o asesoramiento; en segundo lugar, su palabra debe ser recibida por personal con una capacitación especializada que permita la expresión espontánea del niño/a y evite la constante y morbosa reactualización del hecho traumático a través de preguntas, lenguajes o imágenes que, lejos de protegerlo, terminan en acciones de violencia institucional o "victimización de segundo grado"³⁴.

A.2- Personas adultos mayores como víctimas

Nuestro país presenta una expectativa de vida de 75 años para las mujeres y 73 años para los hombres, lo cual nos ubica, en cuanto a longevidad se refiere, en niveles similares a aquellos de los países desarrollados, esto a su vez trae como consecuencia una conformación de la sociedad, diferente de la que tradicionalmente hemos conocido; ya que cada vez nuestra población de adultos mayores tiende a crecer.

"A nivel mundial, el número total de personas mayores pasó de doscientos millones en 1950, a cuatrocientos millones en 1982, y se calcula que llegará a 600 millones en el presente año 2001, y a mil doscientos en el año 2025, en el que más del 70% vivirá en los países que actualmente están en desarrollo. Es el grupo de población de crecimiento más rápido en todo el mundo, y (según se calcula en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas, Objetivos mundiales sobre el envejecimiento para el año 2001: Estrategia práctica, A/47/339) se habrá multiplicado por diez entre 1950 y 2025."³⁵

30. Estas directrices contemplan, entre otros, recomendaciones sobre los siguientes aspectos (ver anexo):

Prontitud del proceso e interés superior del niño.
Privacidad de la diligencia y auxilio pericial.
Derecho de información.
Consentimiento de la víctima.
Forma del interrogatorio.
Procedencia de preguntas y entrevistas.
Condiciones de la entrevista.

31. BARATA, Alessandro, "Infancia y Democracia" en Antología Derechos de la Niñez y la Adolescencia, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2002. Este autor denomina lo anterior como derechos participativos de la niñez, dentro de una democracia inclusiva.

32. Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

33. Si bien la norma garantiza al niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión, esto no significa desconocer los sentimientos y aportes que pueden realizar los más pequeños, cuyas expresiones deben ser interpretadas por especialistas designados al efecto. Es necesario, por otra parte, tener mucho cuidado de que la palabra del niño o niña sea dada libremente, es decir que no resulte de la consecuencia del miedo, el estrés, la inhibición o el producto de presiones o influencias.

34. Es conveniente la asistencia del menor por una figura autónoma, sobre la cual no recaiga la desconfianza que puede inspirar al niño/niña o adolescente un funcionario visto como una persona de poder, como una parte del propio aparato judicial, v. gr. la trabajadora social o la psicóloga.

35. Ver: Emiliana Rivera Meza, Conclusiones de la Sección Victimización de Adultos Mayores. Memoria I Congreso Nacional de Victimología: Las víctimas también tienen derechos, San José, Costa Rica, EUNED, pág. 222.

Debido a ello es necesario el desarrollo de redes de apoyo social tanto a nivel público como privado, que atiendan las necesidades de este grupo etáreo ya que al igual que los grupos conformados por mujeres y menores de edad, son altamente vulnerables, debido a que sus facultades físicas y mentales tienden a debilitarse y a la dependencia que desarrollan respecto de sus cuidadores, lo cual generalmente acarrea una pérdida de independencia para valerse por sí mismos.

De ahí que dentro de los estudios de violencia doméstica, se le da una especial atención a la situación de los adultos mayores, ya que cada vez más se observa que dentro de las relaciones de poder que se manifiestan en el núcleo familiar, una de las partes desvalidas es precisamente el adulto mayor, tornándose a raíz de ello fácilmente en víctimas de delitos.

"Debido a la sobrecarga que muchas (os) cuidadores tienen, éstas pueden experimentar ansiedad y tensión, producto también de deseos personales que han sido suprimidos. Diversos estudios muestran que el cuidador (a) de alto riesgo de iniciar abuso es frecuentemente el hijo o la hija, con una edad superior a los 45 años; en estas edades, consideran los investigadores, los hijos e hijas en general deben cumplir múltiples roles que demandan mayor cantidad de energía y tiempo, por lo que el cuidado por la dependencia de parientes es una cuestión que, con el paso de los meses o años, puede generar crisis familiares"³⁶.

Para detectar y sancionar este tipo de conductas abusivas hacia la población adulta mayor, se creó la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, Ley n.º. 7935, de 1999; la cual conjuntamente con la Ley contra la Violencia Doméstica, Ley n.º. 7586 del 10 de abril de 1996, constituyen el bloque legal a nivel nacional que busca proteger los derechos de este sector.

Por otra parte, como instrumentos internacionales en esta área podemos citar la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento del año 1982 la cual establece que los derechos contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos se aplica íntegramente a las personas adultas mayores, haciendo notar que la calidad de vida es tan importante como la longevidad, protegiendo el

derecho de las personas adultas mayores de disfrutar de una vida plena, saludable, segura y satisfactoria, preferiblemente dentro de su seno familiar.

De manera que, si bien es cierto se trata de los mismos derechos inherentes a la persona humana, estos deben ser tutelados de manera especial, dada la condición de vulnerabilidad que presentan las personas adultas mayores y dado que generalmente los delitos en su perjuicio acontecen en el seno familiar, también existen situaciones meramente afectivas que tienden a fomentar su silencio, negándose a denunciar a sus parientes cercanos como agresores, ya que dependen emocional y económicamente de ellos.

La persona adulta mayor es blanco fácil de violencia física³⁷, sexual³⁸, psicológica³⁹ o patrimonial⁴⁰, de ahí que por su especial condición de vulnerabilidad, este sector de la población deberá ser abordado de manera interdisciplinaria, por grupos de profesionales en derecho, medicina, trabajo social y psicología, ya que en no pocas ocasiones, las secuelas físicas y emocionales del abuso o agresión pueden ser confundidas como parte del proceso de envejecimiento.

Desafortunadamente, a nivel institucional se está lejos de emitir una respuesta satisfactoria, de manera sistemática y efectiva, que posibilite detectar los casos de violencia a través de una investigación adecuada que permita alejar a la víctima de su agresor y reubicarla en un lugar seguro.

Lo anterior en razón de la poca capacitación a nivel de funcionarios judiciales sobre los rastros de violencia en personas adultas mayores, técnicas especiales de entrevista, y conocimiento de instituciones fuera del Poder Judicial que brinden servicios de apoyo a esta población, los cuales, dicho sea de paso, generalmente se encuentran saturados y no dan abasto para la alta demanda imperante.

La existencia de un amplio sector de víctimas en el mismo grupo familiar comenzó a ser abordado mediante estudios sobre violencia doméstica o intra familiar, la cual implica conductas de violencia física, psíquica y sexual, ejecutada por un miembro de la familia en perjuicio de

36. Ver: Fernando Morales Martínez, Ayudando a dirigir políticas contra la negligencia del adulto mayor, Memoria I Congreso Nacional de Victimología, ob. cit. pág. 200.

37. Ley contra la Violencia Doméstica, art. 58: agresión física, ver anexo.

38. Ley contra la Violencia Doméstica, art. 59: agresión sexual.

39. Ley contra la Violencia Doméstica, art. 60: agresión psicológica.

40. Ley contra la Violencia Doméstica, art. 61: explotación de personas adultas mayores.

otro, y como resultado de una relación de poder en donde el más fuerte (a nivel físico y económico) se aprovecha del más débil, esta parte más débil generalmente será una persona menor de edad, una persona adulta mayor o una mujer, este último caso será el abordado en este apartado, aquellas situaciones conocidas como parte de la violencia de género.

A.3- Mujeres víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar

La violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres; trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases. La eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida.

Hasta hace poco existió una inhibición en las instituciones para intervenir en la "privacidad del hogar", a la cual se aunaba el prejuicio cultural de que la mujer debía someterse al poder ejercido por el hombre, permitiéndose con ello que la violencia intrafamiliar estuviera silenciada durante siglos, apareciendo tan solo en los casos de lesiones graves u homicidios. No obstante, en los últimos años las investigaciones permitieron individualizar las características de esta modalidad de violencia, los diferentes ciclos de la misma, el síndrome de la mujer agredida y las características psicológicas del agresor. Actualmente la violencia doméstica o intrafamiliar pasó de ser un asunto privado a un tema de salud pública.

Según la Ley contra la Violencia Doméstica⁴¹, esta se define como la acción u omisión, directa o indirecta, ejercida contra un pariente por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo jurídico o de hecho o por una relación de guarda, tutela o curatela y que produzca como consecuencia, una afectación psicológica o patrimonial. El vínculo por afinidad subsistirá aun cuando haya finalizado la relación que lo originó.

De ahí que la violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico⁴², sexual⁴³, psicológico⁴⁴ o patrimonial⁴⁵ a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

La violencia intrafamiliar no sólo debe preocupar por las secuelas físicas y psicológicas inmediatas, lo cual de por sí produce víctimas más vulnerables ante el sistema penal, sino por sus efectos sobre la reproducción de esquemas violentos de comportamiento social. La violencia se aprende a partir de las conductas que se observan en el hogar desde temprana edad y ya que existe una estrecha relación entre el abuso infantil y la propensión a conductas violentas por parte de adultos que sufrieron de tales abusos durante su niñez. Por ello es tan importante su abordaje adecuado, ya que solo así se rompe el ciclo de la violencia y con esto la repetición del esquema de poder de una generación a otra: los varones como detentadores del poder y las mujeres sometidas a dicho poder.

Para un adecuado abordaje de este tipo de víctimas existen una serie de medidas no esencialmente jurisdiccionales para la protección de los intereses de la víctima que poco a poco van tomando fuerza en la administración de Justicia. Son medidas o formas de conducir el proceso de la manera menos lesiva y más beneficiosa para la víctima, sin que ello implique un menoscabo de las garantías del imputado:

1. Evitar las dilaciones indebidas, agilizar la tramitación del proceso. Desde el punto de vista psicológico es importante que pueda pronto "pasar la página" del hecho doloroso del delito y no se vea compelida a revivir el trauma, transcurrido el tiempo, que había puesto ya una distancia psicológica entre la realidad actual y la pasada.

2. Evitar la rememoración innecesaria del delito y reducción al mínimo de las comparecencias personales de la víctima.

3. Impedir el encamizamiento y culpabilización de la víctima en los interrogatorios por parte de la policía, juez, fiscales y defensores.

41. Ver artículos 1, 3, 11, 12, 20 de la Ley contra la Violencia Doméstica.

42. Por violencia física entendemos la acción u omisión que arriesga o daña la integridad corporal de una persona.

43. La violencia sexual es la acción que obliga a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará violencia sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.

44. La violencia psicológica, por su parte, es la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.

45. La violencia patrimonial es la acción u omisión, que implica daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de alguna de las personas mencionadas en el párrafo anterior.

4. Conducir los interrogatorios con delicadeza y afinamiento psicológico.
5. Oír a la víctima antes de resolver sobre la causa.
6. Orienta sobre el procedimiento.
7. Colabora con el traslado al centro médico.

CASO # 5:

Amalia fue víctima de agresión con arma por parte de su esposo, quien le pegó con una tabla para picar alimentos, producto de lo cual presentó excoñaciones múltiples, equimosis de 14 x 6 cm en un muslo, además de estigmas ungueales en el rostro, todo lo cual la incapacitó durante diez días. Luego de interponer la denuncia y debido a que el encartado omitió presentarse, Amalia asistió a señalamiento de audiencia preliminar en cinco ocasiones. En dos oportunidades el encartado fue declarado rebelde, no obstante nunca se le impuso medida cautelar, y en tres oportunidades la audiencia se suspendió por cuanto el abogado defensor alegaba estar enfermo e incapacitado. El proceso se "estancó" durante siete meses debido a que el abogado defensor estaba incapacitado el cual solicitaba que se pospusiese la audiencia por varios meses más hasta que se sintiese mejor, el juez resuelve enviarlo a Medicina Legal a fin de que determinen si realmente amerita la incapacidad, y el médico forense dictaminó que efectivamente estaba enfermo por motivos psicológicos pero que debían secuestrarse los expedientes clínicos del abogado para determinar la situación a con certeza. El juez ordenó el secuestro de los expedientes y quedó a la espera del dictamen definitivo. Todo lo anterior se desarrolló en el transcurso de varios meses, mientras se hacían todas las diligencias, sin embargo doña Amalia no tuvo que esperar al dictamen médico ya que la Oficina de Atención a la Víctima logró determinar que el abogado defensor en cuestión estaba suspendido en el ejercicio de sus funciones por el Colegio de Abogados desde meses atrás.

Comentario:

Lo anterior fue comunicado al juez quien de inmediato ordenó la participación de un defensor público. La falta de verificación de la suspensión en el Colegio de Abogados fue comunicada a la Inspección Judicial, la cual disposiciones para que en los diversos despachos se diera un control cruzado de información.

Igualmente vulnerable lo es la víctima de un delito sexual, giró esta sufre secuelas a nivel físico, moral y social, sin embargo, ellos son aspectos que todavía no han sido comprendidos a cabalidad, particularmente por la administración de justicia.

Las agresiones sexuales son conductas ampliamente silenciadas porque las víctimas no se atreven a realizar la denuncia, en muchos casos nunca rompen el silencio, nunca revelan el abuso lo cual produce la reiteración de la conducta agresora a otras víctimas y lo que no es menos grave, obliga a las víctimas a cargar con un trauma de por vida. La víctima prefiere guardar silencio antes que enfrentarse a un proceso judicial hostil y a una probable estigmatización por parte de la comunidad.

En los casos en que el agresor tiene una relación familiar con la víctima, confía en que la mujer guardará silencio acerca de la agresión. De esta manera no es raro que los casos de agresión sexual en el grupo familiar o realizados por adultos a quienes la víctima quería o tenía confianza, como abuelos, tíos, primos, hermanos, amigos de la familia, integren la cifra negra de la criminalidad, es decir, las agresiones que no llegan al conocimiento de las instituciones.

CASO # 6:

Cristina, mujer joven de 23 años de edad, de escasos recursos económicos y escasa educación formal, fue víctima de violaciones y abusos deshonestos por parte de su abuelo desde su temprana infancia hasta los 17 años de edad, al igual que cuatro hermanas y hermanos suyos. Ella decidió denunciar los hechos a pesar de la oposición de su madre quien hasta la fecha dice no creerle a ninguno de sus hijos, los cuales son unos mentirosos que solo quieren dañar a su padre; en reiteradas ocasiones le ha pedido a Cristina y a sus otros hijos que retiren la denuncia. Luego de un proceso de seis años, y sabiendo que su madre se iba a presentar al juicio a atestiguar en favor del encartado, Cristina es advertida por la jueza que preside el Tribunal, de lo siguiente: que de conformidad con la Constitución Política tenía derecho de abstenerse de declarar en aras de preservar la integridad de la familia, como Cristina manifestó que deseaba hacerlo, la Jueza en forma reiterada le preguntó, si tenía claro que podía abstenerse porque el encartado era su "abuelito".

Luego del juicio, Cristina se mostró muy afectada, culpándose de haber afectado las relaciones de familia, especialmente con su madre y que la jueza tenía razón ya que al fin y al cabo el encartado era su abuelo.

Comentario:

Situaciones como la referida han ido erradicándose por medio de un programa de talleres de sensibilización a jueces, fiscales y defensores, impartido por la Escuela Judicial y la CONAMAJ.

Las agresiones sexuales son actos de violencia mediante los cuales se priva a la mujer de todo control, de su sensación de seguridad y autonomía⁴⁶. En 1979 la aprobación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer, surge como producto de un reconocimiento internacional sobre las condiciones de desigualdad que las mujeres, independientemente de su condición de clase, edad o etnia, padecen en todos los ámbitos en los que se expresa el desarrollo: el trabajo, la salud, los ingresos, la educación, la participación política y también al interior de la familia.

Sin embargo el reconocimiento de esta violación a los derechos humanos de las mujeres en razón del género, permeaba explícitamente, el ámbito de las relaciones familiares, fué hasta en 1994 cuando se aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también conocida como Convención de Belém do Pará⁴⁷. Es allí donde se reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación a sus derechos humanos y no debe ser considerada más como un problema privado.

Concientizar a las mujeres sobre su derecho a una vida libre de violencia, tal como lo estipula la Convención de Belém do Pará⁴⁸ era ya en 1991, tarea de algunas organizaciones en el país. Sin embargo, la ruta que iniciaban las mujeres que se atrevían a poner las denuncias, topaba con una realidad que lejos de incentivarlas a continuar el proceso de ruptura del ciclo de violencia, las sumía en un mar de engorrosos e infructuosos trámites y desaliento. El desconocimiento por parte de las autoridades de justicia que debían canalizar y derivar adecuadamente las causas, se expresaba en un tratamiento insensible hacia las mujeres y en una atención inadecuada para sus causas.

Lo anterior, paulatinamente ha cedido ante un esfuerzo conjunto de las diversas instituciones públicas encargadas de la atención de víctimas de violencia de género, en especial del Ministerio de la Condición de la Mujer, a nivel del Poder Ejecutivo, que dirige el Instituto Nacional

de la Mujer (INAMU), mismo que tiene Delegaciones de la Mujer en la mayor parte del país.

Así mismo, el INAMU, ha llevado a cabo un programa conjuntamente con las municipalidades de todo el país se logró que en cada cantón del territorio nacional exista una Oficina de la Mujer, en donde profesionales en trabajo social y psicología asisten a mujeres víctimas de violencia de género en sus mismas comunidades, dicho instituto, también, administra una serie de albergues para las mujeres agredidas y sus hijos que están en peligro, su estadía es completamente gratuita por un lapso máximo de cuatro meses.

Por su parte es, la Caja Costarricense de Seguro Social, entidad que está a cargo de la gran mayoría de hospitales y clínicas públicas del país, desde la concepción de la violencia intrafamiliar como un problema de salud pública, ha capacitado a funcionarias(os) de los departamentos de trabajo social, los cuales están en todos los centros médicos, a fin de que atiendan de manera integral y expedita situaciones de este tipo.

El Poder Judicial recientemente creó juzgados especializados en Violencia Doméstica, los cuales poseen un equipo interdisciplinario que asiste a los jueces en la atención de víctimas, y separó de esta forma los asuntos de violencia doméstica de la materia de familia.

Siempre dentro de este mismo poder de la República, el Ministerio Público, a partir de 1998 crea la Unidad Especializada en Violencia Doméstica y Delitos Sexuales, en la cual personal altamente capacitado se encuentra a cargo de la recepción de denuncias e investigación de estos delitos, igualmente se han dado directrices de la Fiscalía General de la República, a efecto de que en cada Fiscalía del país, exista personal capacitado que atienda exclusivamente este tipo de víctimas.

En el ámbito relacionado meramente con la investigación, en los últimos diez años se ha visto una evolución a nivel de la valoración probatoria asignada por los órganos

46. El incesto por su parte, es la relación sexual entre parientes consanguíneos o por afinidad; y determina cambios profundos en la psicología de la víctima; en su comportamiento la genera sentimientos de culpa y depresión.

47. Según la Convención Belén Do Pará, Ley nº. 7499 de 2 de mayo de 1995, publicada en La Gaceta nº. 123 de 26 de junio de 1995, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belén de Pará, Brasil. La violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

48. Ver artículos 2, 3, 4 y 6 de la Convención Belén Do Pará.

jurisdiccionales a la deposición de las víctimas de delitos sexuales, de tal forma que en la mayoría de los fallos condenatorios en estos casos se cuenta prácticamente, como prueba testimonial exclusiva, la declaración de la ofendida, siempre y cuando dichos testimonios reúnan una serie de requisitos, señalados por la jurisprudencia⁴⁹.

a.4- Familiares de víctimas de muertes violentas

La pérdida traumática de un familiar o ser querido, ya sea debido a un homicidio (doloso o culposo), suicidio o accidente, siempre es abrumador; es una verdadera tragedia que cambia la vida de la persona y que desencadena una serie de emociones, eventos y sentimientos.

Según el Dr. Luis Del Valle Carazo, Jefe de la Sección de Patología del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial:

"Además de que a los seres queridos se les violentan múltiples derechos con la muerte de la persona, la condición de víctimas en estos casos tiene una característica especial y fundamental: la pérdida que se deriva de la muerte violenta de un ser querido, genera una serie de respuestas de angustia intensa y dolor humano tales que vulneran aun más a la persona haciéndola cada vez 'más víctima' y sufriendo dolor, dolor por la muerte."⁵⁰

Ante los familiares de víctimas de muerte violenta, el proceso penal puede parecer complejo, casi como un ropecabezas.

Debido al estigma que generalmente es asociado con la muerte y la compleja naturaleza del duelo de una muerte violenta, es importante proveer servicios a familiares de víctimas de homicidio. Con la unión de profesionales en diversas áreas, como psicólogos, trabajadores sociales, abogados, médicos, se deben discutir los tratamientos a corto y largo plazo.

El duelo y trauma que conlleva un homicidio se agrava por el hecho de que es una muerte no natural, inesperada y típicamente muy violenta. La insensibilidad del acto puede producir sentimientos de dolor y desesperanza. Mas

aún, las covíctimas generalmente no están preparadas para su sentimiento de aislamiento, confusión, e impotencia porque la sociedad, generalmente culpabiliza al occiso por su propia muerte. El mito es que las personas "prudentes" no se convierten en víctimas. Este estigma comúnmente dificulta la situación para los miembros sobrevivientes de la familia, y así poder encontrar apoyo y consuelo entre sus amigos, familia o en sus comunidades.

La cruel paradoja de la muerte estigmatizada, es el hecho de que los sobrevivientes son quienes más atención requieren y sin embargo no la reciben, ello deja ver la necesidad de una respuesta adecuada por parte de los profesionales involucrados en la tramitación del caso y apoyo terapéutico por psicólogos y psiquiatras. Los profesionales pueden proveer de escucha empática a los sobrevivientes, quienes difícilmente serán escuchados por amigos ya que los detalles son demasiado dolorosos y por ende incómodos para ser escuchados.

En nuestro país, recientemente se han formado grupos de apoyo para familiares de víctimas de homicidio, los cuales constituyen una opción importante para la asistencia a estas víctimas de violencia. Ejemplo de ello es el grupo de autoayuda "padres de menores víctimas de homicidio", el cual se gestó a raíz de la muerte de varios escolares en un accidente de tránsito (homicidio culposo).

Un avance fundamental en este rubro han sido las directrices implementadas en la Sección de Patología Forense del Departamento de Medicina Legal del Poder Judicial en la cual se han tomado medidas como⁵¹:

Diseño e implementación de una planta física con características especiales para la estadía de los dolientes, adecuado mobiliario, luz, tranquilidad, acceso a teléfono público, servicios sanitarios, dispensador de agua fría y café.

Atención personalizada por parte de funcionarios sensibilizados en el tema, que laboran las 24 horas del día, todo el año, los cuales entrevistan a los dolientes en áreas completamente privadas respecto de otros usuarios.

49. Entre otros, que el testimonio sea coherente, creíble y de ser posible que se apoya en otros testimonios indirectos (de referencia).

50. Luis Del Valle Carazo, La Familia como Víctima de la Muerte Violenta, Memoria del I Congreso Nacional de Victimología: Las víctimas también tienen derechos, ob. cit., pág. 233.

51. Luis Del Valle Carazo, ob. cit., pág. 233.

B) Oficina de Atención a la Víctima del Ministerio Público⁵²

Con una filosofía más humanitaria del proceso penal, nace en el Poder Judicial, propiamente en el Ministerio Público, la Oficina de Información y Orientación a la Víctima conocida como Oficina de Atención a la Víctima. Este despacho funciona con competencia territorial para el Primero y Segundo Circuitos Judiciales de San José, así como sus periferias y casos especiales del resto del país.

Con la existencia de esta oficina se ha querido hacer efectivo el derecho de las víctimas a ser asistidas desde el primer momento en que se presentan frente al sistema penal, la misma trabaja con la perspectiva de una atención personalizada que involucre aspectos tales como: defensa civil, información jurídica, orientación a nivel psicológico y desde el punto de vista del trabajo social.

El usuario puede acceder los servicios de la Oficina de manera completamente voluntaria y gratuita, puede ser antes de la interposición de la denuncia, durante la misma, o cuando la investigación ya haya iniciado.

El usuario debe ser un ofendido de un delito que requiera información legal más detallada sobre sus derechos procesales, o asistencia psicológica, médica o de trabajo social. En estos casos la persona será remitida a las diferentes instituciones que puedan brindarle esos servicios.

El personal de la oficina es bilingüe (español-inglés) para atender a víctimas que no hablen idioma español. De ahí que se haya dado un estrecho contacto con las diversas embajadas de países no hispanoparlantes, radicadas en nuestro país.

Los objetivos de la oficina son:

- Disminuir la revictimización durante el proceso penal.
- Brindar asistencia interdisciplinaria a la víctima.
- Coordinar servicios interinstitucionales para la víctima.

Algunas de las labores ejecutadas en este despacho son:

1. Asesoría legal

Se le explica al usuario cuáles son sus derechos dentro del proceso penal, y cómo hacerlos efectivos, se le detallan (previo estudio de la sumaria) las razones de las resoluciones peticionadas por los fiscales y vertidas por los jueces. De tratarse de necesidades de asesoramiento en otras ramas del derecho se le indica al usuario adónde debe dirigirse para ayuda gratuita, así como de las instituciones encargadas de dirimir conflictos de manera alterna (negociación, arbitraje y conciliación), previa confección de boleta de remisión. Se le da asesoría y colaboración respecto de peticiones que deban presentarse dentro del proceso penal.

2. Asistencia de trabajo social

Una profesional en trabajado social se encarga de movilizar recursos materiales para solventar necesidades de la víctima, generadas en la comisión del delito, algunos ejemplos de ello son:

- facilitación de préstamo de equipo médico (sillas de ruedas, camas especiales).
- cambio expedito de número telefónico a privado en caso de amenazas o insultos, por parte de la imputada(a).
- obtención de recursos económicos para pago de pasajes y alimentación de ofendidos y testigos, específicamente para la realización de diligencias judiciales.
- información y contacto con las instituciones correspondientes, en lo referente a coberturas de seguros, pensiones de la CCSS, bono de la vivienda, asistencia del IMAS, etc., para ofendidos de muy escasos recursos económicos.
- información y contactos con las instituciones correspondientes, respecto de programas gratuitos de capacitación.
- búsqueda de albergues para: mujeres víctimas de violencia intrafamiliar en peligro de muerte, niños y niñas en estado de abandono, adultos de la tercera edad en estado de abandono.
- información a extranjeros sobre cancelación de

52. Este despacho efectúa un abordaje directo, únicamente a personas mayores de edad por cuanto la población infantil es asistida por el Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial.

tarjetas de crédito, reposición de pasaporte, etc. en caso de sustracción.

- obtención de servicios médicos gratuitos para personas en pobreza extrema que no cuentan con seguro social.

3. Ayuda psicológica

Una profesional en psicología clínica provee a las víctimas sesiones de psicoterapia breve (un máximo de diez sesiones) en aras de disminuir las secuelas traumáticas generadas a raíz del delito. Así mismo contacta con grupos de apoyo e instituciones que ofrezcan terapia de empoderamiento (delitos sexuales, violencia doméstica, familiares de víctimas de muerte violenta), acompañamiento a audiencias judiciales en caso de ser necesario. Contención emocional a ofendidos visiblemente afectados (llanto, enojo, etc.).

Además la mayoría de las labores referidas pueden ser coordinadas para que le sean brindadas a los usuarios en instituciones cercanas a su domicilio, se labora en coordinación con gran cantidad de instituciones públicas y privadas a nivel nacional, se cuenta con biblioteca especializada en victimología y temas afines que puede ser consultada por funcionarios y público en general, se realizan visitas domiciliarias para brindar los servicios en casos especiales que así lo ameriten, y además, tanto víctimas como funcionarios judiciales pueden efectuar sus consultas o inquietudes por vía telefónica.

SECCIÓN III: Conclusiones: Reto en el fortalecimiento e implementación de políticas públicas en la atención a víctimas del delito

Podemos partir de la premisa de que como sociedad hemos avanzado hacia una creencia consensual de que debe existir una respuesta a la violencia social que cada vez genera mayor cantidad de víctimas. Dicha respuesta debe partir, ante todo, de una revisión de las políticas públicas encaminadas a atacar este flagelo, enfocándolo como un asunto de salud pública. La violencia social es probablemente uno de los ámbitos actualmente, que implica uno de los mayores desafíos a las autoridades y que cuestiona la efectividad de la intervención estatal.

A) Principios rectores de las políticas públicas

Las políticas públicas en esta área deben basarse en una serie de consideraciones o principios rectores, entre los cuales podemos citar los siguientes:

1. Las víctimas de violencia social, y muy específicamente de delitos, requieren de un abordaje global. Dadas las circunstancias complejas en que se desenvuelven las

víctimas, éstas tienen necesidades tanto legales como no legales. De manera que ameritan dos tipos de intervenciones, un grupo de ellas busca remover el riesgo causado por el agresor mientras que el otro tipo de intervención es para brindarle seguridad y estabilidad a la víctima. Este segundo tipo de intervenciones, muy especialmente en el caso de la violencia doméstica, incluyen la provisión de albergue inmediato y vivienda de transición, servicios de apoyo, transporte, cuidado infantil, entrenamiento para trabajo, pensión alimentaria para los hijos, custodia de menores y regímenes de visitas cuidadosamente estudiados, ayuda para mujeres por parte de grupos de apoyo y consejería. La habilidad del sistema y particularmente del sistema judicial, de responder a algunos de estos problemas "no legales" le permitirá en última instancia obtener una adecuada respuesta a los "problemas legales".

2. El Estado es responsable de dirigir las políticas públicas pero no es el responsable absoluto de solucionar el problema, sino que lo es la sociedad como un todo, de ahí que la participación a nivel comunal en la conformación de entidades privadas que brinden servicios de apoyo así como la creación de espacios de reflexión y discusión del tema son imprescindibles. Debe existir una interacción entre gobierno y organizaciones no gubernamentales. En este punto se debe resaltar como necesidad imperiosa, que las políticas públicas estén dirigidas a motivar e incrementar la participación de la sociedad civil en la prevención y abordaje de la violencia social de manera que se cuente con acción conjunta a nivel interdisciplinario e interinstitucional para brindar una solución efectiva.

3. A pesar de que la violencia social afecta a personas de todas las clases socioeconómicas y étnicas, algunas de ellas, como las inmigrantes y las que se encuentran en estado de pobreza, son particularmente vulnerables cuando se enfrentan a la violencia, para ellas deben existir servicios especiales que cubran sus necesidades.

4. Se debe involucrar a las víctimas de delitos en la formulación de políticas y desarrollo de protocolos de atención. El sistema judicial y legislativo, así como las diversas instituciones que asisten a víctimas deben considerar las perspectivas de estas cuando pretendan implementar leyes, revisar políticas o procedimientos, o desarrollar planes de acción. La opinión de las víctimas sobrevivientes es fundamental para lograr una mayor efectividad por parte del sistema judicial y de las organizaciones no gubernamentales para mejorar los servicios que se brindan.

5. Debe existir un eficiente sistema de monitoreo y evaluación de los servicios que se proveen a víctimas, las evaluaciones deben estar diseñadas para revelar las formas de mejorar la efectividad individual y colectiva de los servicios. Las estrategias de evaluación más útiles

involucran dimensiones tanto cuantitativas como cualitativas, dentro de lo cual se debe incluir la visión que tiene la víctima del sistema judicial. Como usuarios primarios del sistema, sus opiniones y observaciones son fundamentales para cuantificar el éxito⁵³.

De manera que existirá éxito cuando a través de la revisión de los programas podamos contestar positivamente a los siguientes indicadores:

- ¿En el área de violencia intrafamiliar, existe la posibilidad de albergue a largo plazo y en crisis para las familias en peligro?
- ¿Tiene la víctima acceso a apoyo económico y servicios diversos para afrontar las secuelas del delito?
- ¿Existe disposición de servicios médicos gratuitos cuando ello sea requerido?
- ¿Existen grupos de apoyo y educativos y servicios de salud mental para menores testigos y víctimas de violencia?
- ¿Existen programas de intervención para agresores que incluyan contenidos sobre paternidad responsable?
- ¿Existe disposición de centros de desintoxicación y rehabilitación cuando ello sea necesario?
- ¿Conoce la ciudadanía cómo reaccionar ante una situación de violencia social ocurrida en el seno de su comunidad?

B) Políticas públicas que requieren ser reforzadas o implementadas

A la luz de las anteriores consideraciones, podemos señalar como parte de las políticas públicas, las siguientes:

La administración de justicia debe responder de manera inmediata y efectiva ante los casos de violencia social tipificados como delitos.

Todos los poderes del estado deben asegurar que exista una adecuada provisión de recursos humanos y materiales destinados a atender la violencia social.

Los datos sobre casos de violencia social deben ser sistemáticamente recolectados y analizados para proveer una noción actualizada y precisa del abordaje que se hace de los mismos y la respuesta del sistema.

Incentivar a la comunidad para que se apropie del problema de la violencia social y se convierta en parte de su solución.

Se debe, además, tener como principios rectores en atención a víctimas de delitos los siguientes:

1. Responder equitativamente, con respeto y compasión a todas las víctimas: las instituciones públicas y privadas deben proveer la misma calidad de servicio a todas sin importar su trasfondo étnico, edad, estatus socioeconómico, discapacidad u orientación sexual y proteger a las víctimas de una ulterior victimización⁵⁴.

2. Referir a la víctima a servicios en crisis y de apoyo⁵⁵ tan pronto como sea posible después de la victimización: estos deben ser servicios gratuitos e interrelacionados. Toda comunidad debe tener un mecanismo para reunir a los administradores de diversas instituciones así como representantes comunales, en aras de llenar las lagunas en los servicios para coordinar múltiples intervenciones y para desarrollar acuerdos interinstitucionales y protocolos de atención. Debe existir un control cruzado entre los servicios.

3. Informar⁵⁶ detalladamente a las víctimas cuáles son sus derechos en el proceso judicial, empoderarlas para que tomen parte en el proceso, indicarles qué pueden

53. Algunos parámetros para la implementación de las evaluaciones son:

1. Definir un criterio claro de éxito.
2. Retroalimentarse de las experiencias de las víctimas en cada etapa del proceso judicial.
3. Conducir una encuesta de satisfacción de estas víctimas a nivel nacional.
4. Anotar y considerar todas las quejas de las víctimas.
5. Abordar las necesidades de capacitación que requieran los profesionales que laboran con víctimas.

54. Ello mediante el otorgamiento de medidas de protección, la fijación de medidas cautelares, facilitación de albergues, vigilancia policial, educación a víctimas para evitar que sean nuevamente victimizadas.

55. Los servicios de apoyo deben ser continuos a lo largo de todo el proceso mediante una unión entre la comunidad, el sistema de justicia e instituciones de servicios

56. Crear una línea de datos nacional para notificaciones y comunicaciones de víctimas.

esperar del proceso y las posibles consecuencias del mismo. Facilitarles información sobre la prisión preventiva, su procedencia o no, medidas cautelares, medidas de protección, los posibles recursos dentro del proceso tanto de la víctima como del imputado. Comunicarle a la víctima de cambios en el estatus del ofensor. Así mismo cuando legalmente la víctima cuente con la posibilidad de no continuar con el proceso judicial o abstenerse de acceder a los servicios en su favor, esta decisión también debe ser respetada.

Proveer de oportunidades para permitir que las personas sobrevivientes asistan a otras víctimas para que contribuyan con el sistema de justicia.

4. Crear servicios de ayuda transversales, para ello se recomienda:

Conformar coaliciones locales de grupos que brinden servicios para que guíen el planeamiento, operación y evaluación de los servicios a víctimas.

5. Formalizar la colaboración entre las instituciones que brindan servicios, la administración de justicia y la comunidad. Ningún programa por sí mismo posee los suficientes recursos o pericia para desarrollar una respuesta integral.

6. Crear centros comunales de asistencia a víctimas.

7. Promover y optimizar la colaboración de asistentes voluntarios.

8. Cultivar relaciones productivas y responsables entre el sistema de justicia, las instituciones de servicios y los medios de comunicación, y así fomentar que la prensa respete los derechos y dignidad de las víctimas de violencia de género durante la cobertura de los reportajes.

9. Apoyar a profesionales que sirven a víctimas: mediante el establecimiento de un programa de certificación nacional y la provisión de capacitación⁵⁷. El entrenamiento es efectivo cuando existe una política pública clara y un protocolo de abordaje preestablecidos. Así mismo,

los programas de entrenamiento interinstitucionales que permitan compartir las experiencias y fortalezas de cada institución y los métodos como consulta interdisciplinaria e interinstitucional de cada caso, son ideales.

10. Conformación de equipos de revisión de casos fatales los cuales revisan paso por paso el camino que recorrió la víctima, muy especialmente el de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, ahora lesionada o muerta, a través del sistema judicial y determinar a dónde estuvo la falla para intentar corregirla⁵⁸.

Si bien es cierto, la solución a la violencia social radica fundamentalmente en moldear una sociedad que escoja ser no violenta, justa y libre de opresiones especialmente mediante la enseñanza de la existencia de esta alternativa; nosotros como autoridades administrativa y judiciales, como instituciones no gubernamentales o como miembros de la comunidad, podemos convertirnos en agentes de cambio y asegurar que todas las víctimas, en todos los casos, en todas las competencias territoriales, sean tratadas de manera justa y compasiva teniendo siempre presente, que la carencia de recursos no es una excusa para la inercia, sino una demanda para la creatividad.

Bibliografía

Libros

Batres, Gioconda y Recinos del Cid Sonia: *Violencia de género, derechos humanos e intervención policial, ILA-NUD. Programa Regional de Capacitación contra la Violencia Doméstica, San José, 2002, 208p.*

Beristain, Antoniò: *Homenaje a Pedro David, Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el siglo XXI*, Ediciones Depalma Buenos Aires, Argentina, 2001 (Proceso Penal y Víctimas: Pasado, Presente y Futuro) p. 123.

Borja Jiménez, Emiliano. *Ensayos de derecho penal y política criminal. San José, C. R. Editorial Jurídica Continental, 1º ed.2001.*

57. Involucrar a: 1. profesionales en asistencia, 2. primeros que responden incluyendo policía y servicios médicos de emergencia, 3. Investigadoras (es), 4. fiscales, 5. abogadas defensoras (es), 6. Juezas (es), 7. servidores sociales y de salud, 8. miembros de la comunidad, voluntarios, asociaciones, asociaciones comunales, 9. patronos, 10. víctimas, 11. educadoras (es).

58. Este modelo se aplica en la Corte de Familia de Honolulu, Hawaii, el juez Michael Town, a cargo de esa Corte, ha acuñado el término de daño o efecto jurigénico, teniendo como referencia el término daño iatrogénico, utilizado en medicina y que consiste en un peligro inadvertido (incluyendo la muerte o lesiones) causado por el tratamiento o la intervención médica. Tales daños son generalmente evitables y atribuidos a un defecto en el sistema y no puramente al resultado de un error humano específico. Igualmente, acontecen daños causados por el sistema de justicia, que desembocan en un resultado de muerte o lesiones. Efecto o daño jurigénico incluye esos daños no anticipados causados por el sistema de justicia. Tales daños podrían incluir el otorgar la custodia de un menor a una persona violenta o requiriéndoles a los menores víctimas someterse a entrevistas y audiencias innecesarias, resultando en un trauma emocional reiterado para los mismos. No obstante ser estos daños no intencionales y resultado de fallas en el sistema, son tan reales como cualquier consecuencia anticipada y deben ser reconocidos y ampliamente discutidos. Ver: TOWN, Michael A. : "The Unified Family Court: Preventive, Therapeutic and Restorative Justice, For America's Families".

- Carranza, Elías. *Criminalidad: ¿prevención o promoción?* San José, C.R. 1ª Ed., Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1994.
- Claramount, María Cecilia: "Casitas Quebradas: El Problema de la Violencia Doméstica en Costa Rica", EUNED, Primera Edición, San José, Costa Rica, 1997.
- Claramount, María Cecilia: *Explotación Sexual en Costa Rica: análisis de la ruta crítica de niños, niñas y adolescentes hacia la prostitución*, UNICEF, Costa Rica, 161 p, 1998.
- Coulborn, Kathleen: *Child Sexual Abuse: an interdisciplinary Manual for diagnosis, case management and treatment*, Columbia University Press, U.S.A., 1988, 428p.
- Creus, Carlos: *Reparación del daño producido por el delito*. Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzori, 1ª ed., 1995.
- García-Pablos de Molina, Antonio: *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1992, p. 22 y ss.
- González Mauricio (compilador): *Derechos de la Niñez y la Adolescencia: Antología*, CONAMAJ-Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-Poder Judicial-Escuela Judicial-Voluntarios Naciones Unidas, San José, 2001, 454p.
- Grosman, Cecilia: *Maltrato al Menor: El Lado Oculto de la Escena Familiar*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, 548p.
- Harris, Jerry L.: *Murder This Could Never Happen to Me*, Criminal Justice Division, Austin Texas, 2001, 67p.
- Houlsman, Louk y Bernat De Celis, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una Alternativa*. Barcelona, Editorial Ariel S. A, 1984.
- Issa El Khoury Jacob, Henry: *Victima y Proceso Penal Costarricense*. Escuela Judicial, Costa Rica, 2000.
- Jenkins, Bill: *What to Do When the Police Leave: a guide to the first days of traumatic loss*, Quality Books Inc., Richmond Virginia, USA, 1999, 115p.
- Landrove Diaz, Gerardo. *La moderna victimología*. Valencia, Edit Tirant Lo Blanch, 1998.
- Maier, Julio: *Dogmática Penal y Víctima del Hecho Punible*, en *Teorías actuales en el Derecho Penal (Varios Autores)*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998, p 341.
- Manzanera Rodríguez, Luis: *Victimología: Estudio de la víctima*. México, Editorial Porrúa S.A, 2ª ed. 1989.
- Marchiori, Hilda: *La víctima del delito*. Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1996.
- Maza Martín, José Manuel y Otros: (1995) *Criminología: Algunas consideraciones criminológicas, de interés judicial, sobre la víctima del delito (pp. 157-206)* Madrid, Editorial Solano e Hijos, A. G., S.
- Memorias I Congreso Nacional de Victimología: "Las Víctimas también tienen derechos", EUNED, San José, 2002, 316 p.
- Mendelshon, Benjamín: citado por Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología*, 2a. ed., México, Porrúa, 1990, pp. 19 y ss.
- Neuman, Elías, Victimología: "El rol de la Víctima en los delitos convencionales y no convencionales", Primera Reimpresión, Cárdenas, Editor y Distribuidor, D.F., México, 1992, p.18 y ss.
- OVC BULLETIN, junio, 1999: *Children Exposed to Violence: Criminal Justice Resources*, U. S. Department of Justice, Office of Justice Programs.
- Palacio, Marisol: *Contribuciones de la Victimología al Sistema Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá, Colombia, 2001, p 17.
- Pohmann, Lisa y otros: *Guía de Información para la Mujer Abusada en el Condado de Miami-Dade*, Miami Dade Advocates for Victims, U.S.A., 2000, 48p.
- Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Asociación de ciencias penales de Costa Rica. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. San José, Imprenta y litografía Mundo Gráfico S. A, noviembre, 1996.
- Reyes Calderón, José Adolfo y León-Dell, Rosario. *Victimología*. Guatemala: Impresos Caudal S. A., 1997.
- Rivera Llanos, Abelardo, *La Victimología: Un problema Criminológico?* Colombia, Ediciones Jurídica Radar, 1 ed. 1997.
- Understanding Domestic Violence: A handbook for victims and professionals*, U. S. Department of Justice, Estados Unidos de América, 2001.
- What do Victims Want? Office of Victims of Crime*, U.S. Department of Justice, Estados Unidos de América, 2000.

Wilson, K.J.: *When Violence Begins At Home*, Editorial Publishers Press, USA, 1997, 391p.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Derecho penal parte general*. Buenos Aires, Editora Sociedad Anónima Edial, 2001.

Revistas y otras publicaciones

Fournier, Marco Vinicio. *La violencia en Costa Rica: Un problema estructural*. Revista de la Asociación Ciencias Penales de Costa Rica, Año 11, n° 16 Mayo 1999.

Márquez de Villalobos, Marcela: *Análisis comparativo de dos estudios sobre victimología (Panamá y Costa Rica)*. Revista Cuadernos Panameños de Criminología, Universidad de Panamá.

Tiffer Sotomayor, Carlos: *La posición jurídica del ofendido en el derecho procesal penal latinoamericano: Un estudio de derecho comparado*. Revista de la Asociación Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1, n° 1, Diciembre, 1989.

Town, Michael: *The Unified Family Court: Preventive, Therapeutic and Restorative Justice For America's Families 2001*.

Let's Talk, Volumen 24, No. 2 marzo 1999: *Restorative Justice, Towards a Satisfying Justice Canadá*.

Directorio Nacional de Servicios y Programas en Violencia Intrafamiliar, INAMU, San José, Costa Rica, 2000.

Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en procesos penales. CONAMAJ, San José, 2002.

Global Report, International Tribunal For Children's Rights: *International Dimensions of the Sexual Exploitation of Children*, Montreal, Canadá, 2000.

Estado de los Derechos de la niñez y adolescencia en Costa Rica: Universidad de Costa Rica-UNICEF, San José, 2001, 298p.

Artículos en internet

CARTER, Sue: *"Media Insensitivity to Victims of Violence"* <http://www.findarticles.com>

GRACIANO, Roberta: *"Trauma and Aging"*, Hunter College School, E.U.A.

<http://aging.state.ny.us/explore/project2015/briefso7.htm>
maltrato infantil ayudando a aliviar el dolor.
<http://www.rionet.com.ar/maltratoinfantil/quees.htm>.

Legislación e instrumentos internacionales

Código Penal, Ley n°. 4573, de 4 de mayo de 1970 y sus reformas.

Código Procesal Penal.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley n°. 7739 del 21 de diciembre de 1996.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José, el 22 de noviembre de 1969, y ratificada por Costa Rica, Ley n°. 4534, de 23 de febrero de 1970.

Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949.

Convención Belem Do Para, Ley n°. 7499 de 2 de mayo de 1995, publicada en La Gaceta n°. 123 de 28 de junio de 1995.

Convención sobre los Derechos del Niño

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la novena conferencia internacional americana, celebrada en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948.

Declaración de los Derechos del Niño.

Ley contra la Violencia Doméstica.

Ley Orgánica del Ministerio Público.

Ley del Adulto Mayor.

“LA APERTURA DEL RECURSO DE CASACIÓN PENAL: MITOS Y REALIDADES”

José Joaquín Ureña S.*

1. Introducción

En 1987, siendo estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, cierto día don Henry Issa —de grata memoria—, nos dió la noticia de que: Costa Rica había sido acusada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violar el derecho a la doble instancia. Desde ese momento el fenómeno me produjo gran atracción, sin saber que quince años después se convertiría en el tema de mi tesis de maestría, de la cual este artículo recoge los primeros frutos de investigación.

Lo más fascinante de la investigación científica es su capacidad de destruir mitos. Un mito es una creencia no demostrada, una ideología —en el sentido marxista del término—, un “enmascaramiento” de la realidad. Y es precisamente con el estudio de la realidad, con instrumentos científicos tan útiles como la estadística, que se ejerce una acción demoledora sobre las creencias colectivas, incluso aquellas más arraigadas. Debemos aprender a separar la realidad de las creencias sobre la realidad. El objeto de este trabajo es describir empíricamente el fenómeno de la apertura del recurso de casación penal y confrontar los resultados con las creencias generalizadas sobre el mismo.

2. Escritura y doble instancia

Hay dos modelos procesales que se han desarrollado cíclicamente a través de la historia. Uno más autoritario, como lo es el modelo inquisitorial, y otro menos, como lo es el modelo acusatorio. FERRAJOLI sostiene que los modelos inquisitivo y acusatorio pueden ser analizados

desde dos puntos de vista: Como modelos teóricos abstractos, o como realidades históricas¹. Analizando el proceso inquisitorial como realidad histórica —no como modelo teórico—, vemos que algunas de las estaciones recorridas por el mismo en la historia son la Roma Imperial y el Derecho Canónico medieval. Por su parte, el modelo acusatorio, en la Grecia democrática y la Roma republicana.

Se suele decir que el proceso acusatorio es oral, público, de única instancia, con separación entre el juez y la parte acusadora, igualdad entre las partes, pasividad del juez, inmediación, resolución según equidad. Al proceso inquisitorio suelen asignarse las características de escrito, secreto, oficioso, con excesivos poderes por parte del juez, prueba tasada, resolución por derecho y no por equidad, de doble instancia, entre otros². Sin embargo, de acuerdo con el criterio de FERRAJOLI, hay algunos elementos que aunque por tradición histórica se han asociado a determinado modelo, no necesariamente pertenecen a él desde el punto de vista teórico. Como ejemplo cita la pluralidad de grados de jurisdicción en el modelo inquisitorial o la discrecionalidad de la acción en el modelo acusatorio³. Es decir, que podemos concebir los modelos procesales como abstracciones teóricas ideales, según nuestra personal posición y escala de valores, independientemente de que en la realidad no se den modelos “químicamente puros”⁴.

Desde este punto de vista, en realidad todos los procesos son mixtos, en la medida en que participan de características de ambos modelos concebidos en forma ideal. No obstante, tradicionalmente se les ha llamado modelos

* Defensor público

1. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 563.

2. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Volumen 2, Depalma, 1977, p. 297 a 306. MORA MORA, Luis Paulino, *Los principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998*, en REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL, Mundo Gráfico, San José, 1996, p. 11.

3. FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 563.

4. Algunos llaman al modelo norteamericano “Sistema acusatorio puro”, lo cual denota una perspectiva ahistórica y parcializada. Por ejemplo, dicho término se utilizó en el siglo XIX por la Escuela Clásica del Derecho Penal para referirse al sistema acusatorio romano: CARRARA, *op. cit.*, p. 317.

5. Se dice que el propio Napoleón tuvo una participación activa en la redacción del mismo, el cual en realidad refleja un compromiso entre la legislación monárquica y la revolucionaria. MAIER, 1989, p.125. Para CARRARA el juicio penal mixto es un término medio entre el proceso acusatorio e inquisitivo, así como la Monarquía Constitucional es el término medio entre la república y el gobierno despótico. CARRARA, *op. cit.*, p. 308.

mixtos a los herederos del "Code d'instruction criminelle" de 1808, o Código Napoleónico⁶, que trató de fundir características propias de procesos históricamente definidos como acusatorios o inquisitoriales, ideando un proceso que recogiera, según algunos autores, "lo mejor" de los dos modelos históricos⁷. Así se concibe una fase de instrucción inquisitorial (escrita y secreta), y una fase de juicio acusatoria (oral y pública).

El Código italiano de 1930, así como el Código cordobés de 1939 y la versión "costarricense" de 1973 se ubican dentro de este tipo de procesos⁸. Algunos sostienen, con razón, que su influencia llega hasta nuestros días⁹. Lo importante de estas distinciones es que la característica de doble instancia y escritura generalmente ha sido asociada a los procesos de tendencia inquisitorial. La explicación es muy sencilla. En los regímenes autoritarios la autoridad pertenece al monarca en forma exclusiva. A él le competen tanto la toma de decisiones políticas fundamentales como su ejecución, además de todas las funciones de control. Los funcionarios encargados de juzgar se entiende que actúan por delegación del monarca. Este es el concepto de justicia delegada. Por esta razón es que las actuaciones procesales debían ser absolutamente documentadas en actas. El recurso o la doble instancia funcionaba como un mecanismo de control autoritario, en donde la apelación tenía el denominado efecto devolutivo, es decir, devolver al monarca la competencia que había sido delegada sobre el funcionario. La idea del recurso era denunciar al funcionario rebelde, por lo que se hablaba de motivos denunciados en el recurso. En ese sentido, la escritura estaba directamente ligada con la doble instancia, entendida no como garantía frente al error judicial sino como mecanismo autoritario de control político¹⁰. El recurso de apelación, generalmente asociado a procesos escritos, funcionaba en forma perfecta como mecanismo de resguardo de la autoridad delegada.

3. Oralidad y única instancia

El proceso de tendencia acusatoria ha sido históricamente definido como oral, público, de única instancia, con separación entre el juez y la parte acusadora, igualdad entre las partes, pasividad del juez, inmediatez y resolución según equidad. Sin embargo, y siguiendo el pensamiento de Luigi Ferrajoli, podemos pensar en un modelo acusatorio ideal, al que incluso le podríamos llamar proceso democrático, según la idoneidad de sus características particulares para lograr un balance entre la aplicación de la ley y el respeto de las garantías de los ciudadanos frente al poder punitivo. De la misma manera podríamos pensar en un proceso inquisitorio ideal, al que llamaríamos proceso autoritario, en donde el ejercicio del poder punitivo y la supuesta aplicación de la ley primen sobre cualquier otro tipo de consideración. Lo cierto del caso es que hay que reconocer la incompatibilidad natural entre un proceso oral, concentrado, con inmediatez de la prueba, y la posibilidad de una segunda instancia.

Desde hace muchos años esta incompatibilidad ha sido advertida. En nuestro medio se hizo célebre la frase de BINDING, escrita en el año 1900, en el sentido de que: "permitir que un juez o tribunal superior revise (en apelación) la sentencia con base en las actas sería hacer prevalecer al juez peor informado sobre el mejor informado... pero permitir una nueva fase probatoria ante juez o tribunal superior significa la creación de otra primera instancia, pero no la creación de una verdadera segunda instancia"¹⁰. Debemos reconocer que la resolución con base en actas es inferior a la posibilidad de recibir la prueba directamente, y que la repetición del juicio oral por el superior no sería sino una segunda primera instancia. Esto nos llevaría a hablar del principio de la doble primera instancia, lo cual es un sin sentido. Sin embargo, ha quedado demostrado a través de la historia que las posibilidades de

6. CASTILLO BARRANTES, Enrique, *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*, (1ª ed., 1976), 2ª ed. Juritexto, San José, 1992, p. 36. Dicho autor, siguiendo la opinión de Daniel González y José Manuel Arroyo, considera que dado su grado de evolución el Código de 1973 debe llamarse "Mixto Moderno" y no simplemente "Mixto": *Idem*, p. 41.

7. También la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, (LECRIM) vigente tras múltiples reformas, se basa en el Código Napoleónico: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El Proceso Penal Español*, USA, San José, 1993, p. 8 y 9.

8. Antillón, Walter, *Teoría del Proceso Jurisdiccional*, USA, San José, 2000, p.148.

9. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, T.4, p. 443.

10. BINDING, citado y traducido por CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, "Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos", *Revista de Ciencias Jurídicas* n.º 41, mayo de 1980, p. 36. La propuesta de Daniel Pastor de crear un recurso que pueda repetir elementos probatorios en forma oral, es en realidad crear una segunda primera instancia de carácter mixto, pues se limita a los puntos que el recurrente decida someter al órgano de casación: PASTOR, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

errores judiciales son tan altas, que incluso en los procesos orales es indispensable dejar abierta la posibilidad de corrección, aunque nos lleven a situaciones aparentemente carentes de sentido, como las arriba descritas¹¹.

4. El derecho a recurrir la sentencia condenatoria penal

El principal reconocimiento de las altas probabilidades que tienen los jueces de incurrir en errores fue la inclusión del derecho a impugnar el fallo condenatorio penal como una garantía en los principales instrumentos sobre derechos humanos. En el año 1966 la Asamblea General de la ONU aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que fue ratificado por nuestro país en 1968 y entró en vigencia en 1976. El artículo 14.5 recoge la garantía de someter ante un tribunal superior toda sentencia condenatoria penal. Un año después de la actuación de la ONU, la OEA aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), cuyo artículo 8.2.h establece el derecho a recurrir el fallo condenatorio penal. Dicho instrumento fue ratificado por nuestro país en 1970 y empezó a regir en 1978, dos años después de la vigencia del PIDCP. Esta garantía ha sido denominada como "Principio de doble instancia"¹², "Derecho de revisión del fallo penal"¹³, "derecho al recurso" o "Regla de la doble conformidad"¹⁴ y "Derecho al doble grado jurisdiccional"¹⁵ o simplemente "derecho a recurrir el fallo condenatorio penal". Este derecho se puede salvaguardar en los procesos escritos de corte inquisitorial mediante el recurso de apelación, pero en los modelos orales o mixtos por lo

general se da una serie de problemas, como se verá de seguido.

5. Costa Rica acusada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El 17 de abril de 1984 se interpuso la primera de una serie de denuncias contra Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por violación al derecho de recurrir la sentencia condenatoria¹⁶. El 18 de abril de 1986 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acordó recomendar a Costa Rica la adopción de medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectiva la garantía contemplada en el artículo 8.2.h de la CADH¹⁷. El Poder Judicial, en el seno de una comisión interinstitucional, redactó un proyecto de ley para reformar el Código de Procedimientos Penales, en cuya exposición de motivos se utilizó por primera vez el concepto de "apertura del recurso"¹⁸. Al final, dicho proyecto de ley no fue aprobado, pero las diversas resoluciones de la Sala Constitucional referidas al tema de las limitaciones para recurrir el fallo condenatorio penal, y al formalismo en el examen de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, hicieron que en 1992 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considerara que se hacía innecesario el procedimiento de solución amistosa previsto en el artículo 48 de la CADH. En criterio de la comisión, expresado en el informe respectivo, el régimen costarricense abrió la posibilidad del recurso de casación para casos como el denunciado¹⁹.

11 La Revolución Francesa puso fin al proceso históricamente denominado *inquisitorial*, pero mantuvo el doble grado de jurisdicción. Este fue eliminado por el modelo mixto napoleónico, permitiendo revisar lo resuelto mediante el recurso de casación: MORA MORA, Luis Paulino y otros, *La Única Instancia en el Proceso Penal Costarricense*. Revista de Ciencias Jurídicas n.º 28, enero - abril de 1976, p. 199. Para FERRAJOLI el valor de la posibilidad de recurrir la sentencia es tan importante que debe prevalecer sobre el fin de lograr la aplicación e interpretación uniforme de las leyes: FERRAJOLI, Luigi, "Los valores de la doble instancia y la *norma-filiatura*", en Nueva Doctrina Penal, 1996/B, Editores del Puerto S.R.L., 1996, p. 455.

12 SALÁ CONSTITUCIONAL, n.º 1739-92 de las 11:45 h. del 1º de julio de 1992.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, OPINIÓN CONSULTIVA OC-12/91 del 5 de diciembre de 1991. En www.corteidh.or.cr

14 MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Fundamentos, Editores del Puerto S.R.L., 2ª Ed., 1996, p. 713. El término derecho al recurso es poco descriptivo, y el segundo procede de CARNELUTTI. Así, MAIER, Julio, *El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?*, ABREGU, Martín y otro (comp.), "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2ª ed., 1998, p. 414.

15 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 563.

16 Esta acusación ya había sido prevista como una posibilidad inminente. Así, LEE CHING, José Luis, *La Única Instancia en el Proceso Penal*, tesis para optar por el título de licenciado en derecho, U.C.R., 1982, p. 137.

17 Ver: Informe 24 /92 de la CIDH, publicado en: OEA, *Informe Anual de la C.I.D.H. 1992-1993*, Washington D.C., 1993, p. 79.

18 Acta de Corte Plena de las 14:00 h. del 14 de mayo de 1987, artículo XIII. El término apertura del recurso fue aceptado como un principio del mismo por la Sala Tercera. Ver: SALA TERCERA, n.º 158-F-94.

19 Ver: Informe 24 /92 de la CIDH, publicado en: OEA, *Informe Anual de la C.I.D.H. 1992-1993*, Washington D.C., 1993, p. 79. Ahí se hace una cita textual de la sentencia de la SALA CONSTITUCIONAL n.º 719-90, pero por un error de cita se le atribuye a la resolución 528-90, la cual se relaciona con el tema pero no hace un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

6. La oportuna intervención de la Sala Constitucional.

Mediante dos resoluciones del año 1990, la Sala Constitucional resolvió el problema del derecho a la doble instancia. En la primera de ellas se tuvo por no puestas las limitaciones para recurrir la sentencia condenatoria penal derivadas del monto de la pena impuesta, adoptando la tesis de la autoejecutividad del artículo 8.2.h de la CADH²⁰. En la segunda de ellas se declaró expresamente inconstitucionales los incisos 1) y 2) del artículo 471 del Código de Procedimientos Penales, y se consideró que "el recurso de casación satisface los requerimientos de la convención en el tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y debido procesal"²¹.

Estas dos resoluciones desencadenaron un proceso de transformación del recurso de casación penal, y de paso salvaron a Costa Rica de las acusaciones planteadas ante la CIDH. La doctrina mayoritaria acepta la posibilidad de resguardar el principio de doble conformidad mediante el recurso de casación²².

7. La metamorfosis del recurso

La apertura del recurso de casación, y su necesaria transformación para adaptarse a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tiene tres facetas: a) la eliminación de las limitaciones al derecho a recurrir la sentencia condenatoria penal derivadas del monto de la pena impuesta, b) la flexibilidad en la interpretación de los

requisitos de admisibilidad del recurso, y c) La posibilidad expresa de reformar los hechos probados de la sentencia. En nuestra nación, mediante un doloroso proceso digno de una novela kafkiana, se fueron dando esas tres fases de la apertura del recurso. La primera mediante los pronunciamientos de la Sala Constitucional arriba comentados. Pero la desformalización del recurso es un proceso, que ha durado años, y que debe continuar como una práctica constante. La escasa regulación a nivel legislativo, así como la indefinición de la jurisprudencia sobre en qué consiste concretamente y hasta dónde llega el grado de flexibilidad con que deben interpretarse los requisitos de admisibilidad del recurso, hacen del formalismo procesal un riesgo permanente que acecha sobre las garantías constitucionales de los sentenciados en sede penal²³. El proceso de apertura se coronó con la declaratoria expresa, por parte de la Sala Tercera, de la posibilidad de controlar en casación la aplicación del principio de *in dubio pro reo*²⁴. Desdichadamente esta sentencia no ha calado lo suficiente en la mayoría de los tribunales de la república, tal vez por falta de comprensión de sus verdaderos alcances²⁵.

8. Mitos sobre la apertura del recurso de casación en Costa Rica

Hay una serie de creencias generalizadas sobre el fenómeno de la apertura del recurso, que pasamos a detallar a continuación:

a) Desde que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó a Costa Rica el plazo de seis meses para tomar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectiva la garantía de doble grado jurisdiccional en 1986

20. SALA CONSTITUCIONAL, n.º. 282-90 de las 17 h., del 13 de marzo de 1990. La autoejecutividad o "self executing" se da cuando una norma internacional ha sido redactada de modo tal que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar directamente, sin necesidad de una ley que la desarrolle. Así, PIZA ROCAFORT, Rodolfo, TREJOS SALAS, Gerardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, Juricentro, San José, 1989, p. 97. La tesis de la autoejecutividad había sido aceptada por la magistrada Dora Guzmán en un voto salvado, ante un recurso de casación presentado por el Dr. Francisco Castillo; SALA TERCERA, n.º. 355-A-86 de las 14:00 h., del 25 de setiembre de 1986.

21. SALA CONSTITUCIONAL, n.º. 719-90 de las 16:30 h., del 26 de junio de 1990.

22. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso Penal Comentado*. Mundo Gráfico, San José, 1998. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, p. 721 a 727. MINVILLE, Bernardette, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el enjuiciamiento penal*. Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1988.

23. A este riesgo debe sumarse la negativa de los órganos de casación de aplicar el artículo 15 del C.P.P. que permite prevenir el saneamiento de defectos formales en los recursos.

24. SALA TERCERA, n.º. 158-F-94.

25. Si bien el tribunal de casación no puede valorar la prueba recibida conforme a los principios de oralidad e inmediación, sí puede modificar los hechos probados partiendo del análisis de los razonamientos del tribunal con respecto a los elementos de prueba por él valorados. En nuestro criterio el Principio de Intangibilidad de los Hechos Probados sigue vigente para el recurso de casación por el fondo, pues si se discute la aplicación de la ley sustantiva no puede hacerse sobre un marco fáctico antojadizo o creado por el recurrente. La forma de atacar los hechos probados sigue siendo mediante recursos por violación a normas procesales y no sustantivas. Consideramos incorrecta la posibilidad de dejar abierto el reclamo de asuntos formales por violación indirecta a la ley sustantiva. En este tipo de impugnación, con sustento en vicios de forma se pretende demostrar la aplicación incorrecta del derecho de fondo, como por ejemplo el alegar revaloración de la prueba que incide en el tipo penal aplicable, y en algún momento fue aceptado por la jurisprudencia, pero luego se cambió de criterio; SALA SEGUNDA PENAL, voto 41-F-77 de las 16:30 horas del 23 de junio de 1977. SALA TERCERA 82-A-96. Cfr.: SALAZAR, Alonso, *El mérito—especie fáctica—de la sentencia penal en el recurso de casación*, REVISTA DE CIENCIAS PENALES n.º. 19, agosto de 2001.

—período que coincidió con cambios en la integración de la Sala de Casación Penal—, se empezó a desformalizar el recurso.

b) La jurisprudencia de la Sala Constitucional de 1990 coronó el proceso de desformalización del recurso, que venía desde mediados de la década de los ochenta, y lo aceleró²⁶.

c) El Tribunal de Casación Penal ha sido mucho más flexible que la Sala Tercera en cuanto a la cantidad de recursos de casación declarados admisibles²⁷.

d) En la actualidad la Sala Tercera ha aumentado en una altísima proporción los porcentajes de inadmisibilidad de recursos de casación²⁸.

e) El Tribunal de Casación mantiene porcentajes de inadmisibilidad muy por debajo de los de la Sala Tercera²⁹.

9. Realidades sobre la apertura del recurso

Normalmente, a los abogados se nos tacha de enemigos de las matemáticas, y como investigadores tendemos más a la especulación teórica que al estudio de la realidad social. En ese sentido, la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica ha hecho un esfuerzo invaluable por conectar al derecho con la realidad que pretende regular. Dada mi ignorancia confesa en materia de estadística, tuve que recurrir a asesoría profesional especializada. Los méritos de la parte estadística de esta investigación pertenecen, en forma exclusiva, a una profesional en ese campo que me brindó gratuitamente sus servicios durante todo el desarrollo de la misma³⁰.

1. Variables por estudiar

Total de resoluciones dictadas en recursos de casación por la Sala Tercera durante los años 1981, 1986, 1991, 1996, 2001.

Total de inadmisibilidades totales o parciales dictadas en recursos de casación por la Sala Tercera durante los años 1981, 1986, 1991, 1996, 2001.

Total de resoluciones dictadas en recursos de casación por el Tribunal de Casación en los años 1997 y 2001.

Total de inadmisibilidades totales o parciales dictadas en recursos de casación por el Tribunal de Casación en los años 1997 y 2001.

2. Aspectos metodológicos

a) Población de estudio

Se definen como poblaciones de interés para esta investigación las siguientes:

Sentencias de inadmisibilidad dictadas por la Sala Tercera en el período 1977³¹ - 2001, únicamente en recursos de casación.

Sentencias de inadmisibilidad parcial o total dictadas por el Tribunal de Casación durante el período 1994 - 2001, únicamente en recursos de casación.

26. Respecto a la desformalización del recurso se afirmó: *"Sin embargo no podemos negar que este proceso, que ya se había iniciado en la propia Sala de Casación Penal, vino a ser coronado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional"* GONZALEZ, Daniel, HOUED, Mario, *"Algunas consideraciones sobre la evolución de la casación penal"* en: Revista de Ciencias Penales No. 10, setiembre de 1995.

27. GATGENS y WITTMANN hablan de la gran apertura del Tribunal de Casación en la fase de admisibilidad, refiriéndose a su investigación hecha en el año de 1999 que dio como resultado un 5% de inadmisibilidades frente a un 32% asignado a la Sala Tercera: GATGENS, Erick y WITTMANN, Susana, *"La Casación Penal como mecanismo de tutela contra la arbitrariedad judicial"*, Tesis para optar al grado de maestría en Ciencias Penales, U.C.R., 2002, pp. 105, 107 y 145. Nos parece que esa investigación —que es sobresaliente desde el punto de vista jurídico—, a pesar de utilizar un muestreo de sentencias, no partió de marcos muestrales depurados, lo cual afecta la validez general de la misma desde el punto de vista estadístico.

28. Cuando inicié la investigación sobre la apertura del recurso algunas personas me dijeron que más bien debía investigar el cierre del recurso de casación, y no su apertura, lo cual era reflejo de una creencia generalizada en el medio.

29. En ese sentido he escuchado manifestaciones de algunos de los integrantes del Tribunal de Casación así como de algunos suplentes, e incluso de algunos funcionarios de la Sala Tercera.

30. El diseño estadístico de esta investigación, así como la supervisión en la tabulación de las encuestas con el programa o paquete estadístico para las ciencias sociales (S.P.S.S. por sus siglas en inglés) fue realizado por la Licda. Patricia Tenorio Sánchez, M.Sc.

31. En los años 1977 al 1979 no existía la Sala Tercera, se parte de la presunción de que los criterios de las Salas Primera y Segunda Penal en esos años, son similares a los de la Sala Tercera en sus años iniciales, excepto en lo relativo al recurso de casación por violación indirecta a la Ley Sustantiva. SALA SEGUNDA PENAL No. 441-F-77 de las 16:30 horas del 23 de junio de 1977. Este precedente permite hacer reclamos formales que inciden indirectamente en la aplicación de la ley sustantiva.

b) Diseño muestral

Por el tamaño de las poblaciones es evidente la necesidad del uso del muestreo para alcanzar los objetivos³².

c) Tipo de muestreo

Por la naturaleza del estudio en todas las poblaciones se utilizará muestreo de conglomerados o bietápico, es decir, el muestreo de unidades que contienen varios elementos. El muestreo de conglomerados denota los métodos de selección en los cuales la unidad de muestreo, contiene más de un elemento de la población, por lo tanto, la unidad de muestreo es un conglomerado de elementos³³.

En el caso que nos ocupa, el conglomerado es el año de estudio y los elementos son las sentencias dentro de cada año.

Los conglomerados o años de estudio se denominan unidades primarias de muestreo y los elementos o sentencias dentro de cada año se denominan unidades secundarias de muestreo.

d) Tamaño de muestra para sentencias de inadmisibilidad dictadas por la Sala Tercera en el período 1977 - 2001.

Para definir el tamaño de muestra se utiliza la fórmula establecida para el muestreo irrestricto aleatorio y se definen como parámetros de precisión un 90% en nivel de confianza y un margen de error permitido en las estimaciones de un 5%³⁴:

$$n = \frac{Z^2 (1-a)^2 + (p \cdot q)^2}{d^2}$$

Donde:

n = tamaño de muestra.

$Z (1-a)$ = valor de la normal estándar para el nivel de confianza del 90%.

P = proporción de sentencias que cumplen con la convención americana.

Q = proporción de sentencias que no cumplen con la convención americana.

d = margen de error permitido en las estimaciones (5%).

$$n = 271$$

En muestreo de conglomerados el tamaño de muestra está definido por la multiplicación de las unidades primarias seleccionadas y las unidades secundarias por seleccionar dentro de cada uno³⁵.

$$n = a \cdot b$$

donde:

a = unidades primarias de muestreo. Años de estudio

b = unidades secundarias de muestreo. Sentencias dentro de cada año.

Se establece la selección de un 20% de los años de estudio, resultando 5 años escogidos mediante selección sistemática cada k -ésimo año de la división del total de años: 25 entre la muestra seleccionada de 5 años, arroja cada 5-ésimo año, iniciando en el año 5º ó 1981. Quedando los años 1981, 1986, 1991, 1996 y 2001 como unidades primarias de muestreo seleccionadas.

32. LININGER, Charles, WARWICK, Donald, *La Encuesta por muestreo Teoría y Práctica*, Editorial Continental, México, 1985, p. 37 y ss. A partir del año 1998 la Sala Tercera tiene estadísticas internas, que no se encuentran en el Anuario de Estadística del Poder Judicial ni en el sitio web de la Sala Tercera. De ahí se puede extraer alguna información que incluye sólo las inadmisibilidades totales, por lo cual fue desechado como fuente. Además cubría sólo un año de los cinco a estudiar. Según datos extraídos de ese informe, el porcentaje de inadmisibilidades de los últimos cinco años –incluyendo sólo las inadmisibilidades totales–, fue el siguiente: 1998: 7%, 1999: 10%, 2000: 10%, 2001: 9%, 2002: 8%.

33. KISH, Leslie, *Muestreo de Encuestas*, Ed. Trillas, México, 1979, p. 182.

34. COCHRAN, William, *Técnicas de muestreo*, Editorial Continental, México, 2ª. Ed., 1980, p.103.

35. KISH, *op. cit.*, p. 191.

También influyó en la selección de esos años el deseo de medir ciertos momentos clave dentro del desarrollo del recurso, así por ejemplo 1981, como el reciente inicio de funciones de la Sala Tercera³⁶, el año 1986 como un año en donde se iniciaron cambios en la integración de la Sala Tercera³⁷. El año 1991 para medir el impacto de las sentencias constitucionales de 1990, dictadas por la Sala Constitucional, recién entrada en funciones³⁸, el año 1996 para tratar de medir la posible influencia de la creación del Tribunal de Casación Penal dos años atrás, y el año 2001, último año del cual se tiene información completa al momento de realizar la presente investigación. Por esa razón y para efectos sobre todo de rigurosidad estadística se extendió el período cinco años más (1977-2001) y no como inicialmente se había previsto (1981-2001), con las salvedades expuestas arriba³⁹.

De lo anterior se desprende que es necesario seleccionar 54 sentencias dentro de cada año de estudio seleccionado al azar.

$$n = a \cdot b$$

$$271 = 5 \cdot 54$$

Cabe resaltar que para los años 1981 y 1986 la totalidad de inadmisibilidades no llegó a las 54, razón por la que se aumentó el tamaño de elementos en los restantes años, según se detalla en el cuadro siguiente:

Cuadro nº. 1: Sala tercera

Tamaño de muestra para las inadmisibilidades según año de estudio.

	1981	1986	1991	1996	2001
Total de sentencias	42	160	281	21	71
Sent. seleccionadas	42	68	71	21	71
Porcentaje:	100%	38%	25%	100%	100%

El tipo de muestreo seleccionado nos permitió abarcar la totalidad de sentencias de inadmisibilidad en tres de los cinco años estudiados, de modo que para cada uno de esos años seleccionados individualmente podríamos afirmar que se realizó un censo. Para los otros dos años se abarcó entre un 25% y un 38% de la totalidad.

e) Tamaño de muestra para sentencias de inadmisibilidad dictadas por el Tribunal de Casación en el período 1994 - 2001.

Para definir el tamaño de muestra se utiliza la fórmula establecida para el muestreo irrestricto aleatorio y se definen como parámetros de precisión un 90% en nivel de confianza y un margen de error permitido en las estimaciones de un 7%⁴⁰:

Es importante indicar que fue definida una proporción de sentencias que cumplen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de un 50%, considerando que no se dispone de estudios previos que nos indiquen el valor de esta proporción. Con este porcentaje la teoría estadística garantiza el tamaño de muestra máximo posible.

En muestreo de conglomerados el tamaño de muestra está definido por la multiplicación de las unidades primarias seleccionadas y las unidades secundarias por seleccionar dentro de cada uno⁴¹.

Se establece la selección de un 25% de los años de estudio, resultando 2 años escogidos mediante selección sistemática cada k-ésimo año de la división del total de años: 8 entre la muestra seleccionada de 2 años, arroja cada 4-ésimo año, iniciando en el año 4º ó 1997. Por lo que los años 1997 y 2001 quedan como unidades primarias de muestreo seleccionadas. También influyó el deseo de estudiar el año 1997 por ser el último año de vigencia del C.P.P. de 1973, y el tribunal tenía relativamente poco de creado, y el 2001 por ser el año más reciente y por estar bajo la aplicación del C.P.P. de 1996.

36. Esta oficina judicial fue creada en 1980.

37. Se produjo en ese año el ingreso de dos magistrados de los que actualmente integran la Sala. Los restantes tres se incorporaron en la década de los noventa.

38. La Sala Constitucional fue creada en 1989.

39. Ver punto a) de esta misma sección, titulado: Población de estudio.

40. Los parámetros que se establecen para la definición del tamaño de la muestra, los define el investigador con base en la precisión estadística que se desea y los recursos de costo y tiempo disponibles. Ver: COCHRAN, William, *Técnicas de muestreo*, Editorial Continental, México, 2ª. Ed., 1980, p.103.

41. KISH, *op. cit.*, p. 191.

De lo anterior se desprende que es necesario seleccionar 69 sentencias dentro de cada año de estudio seleccionado al azar.

Cuadro nº. 2: Tribunal de Casación

Tamaño de muestra para las inadmisibilidades según año de estudio.

	1997	2001
Total de sentencias	17	69
Sent. seleccionadas	17	69
Porcentaje:	100%	100%

Para el año 1997 la totalidad de sentencias no llegó a 69, de manera que se recolectó el total existente. Para ambos años se realizó un censo.

f) Marco muestral

El marco de muestreo holístico es la base sobre la cual deben diseñarse los procesos de selección. El marco consiste en descripciones disponibles con anterioridad del material en forma de mapas, listas, directorios, etc., a partir de las cuales las unidades de la muestra se pueden construir y se puede seleccionar un conjunto de unidades.

Un marco es perfecto cuando todos los elementos aparecen por separado en la lista, cada uno solo una vez, y no aparece en lista ninguna otra cosa⁴².

Si el marco muestral es imperfecto, y no está bien depurado, ya sea por elementos faltantes, extraños o duplicados, interfiere en las probabilidades de selección de los elementos y, en definitiva, en la validez de los resultados⁴³. Muchas veces depurar el marco muestral resulta muy costoso, de modo que gran cantidad de encuestas se hacen con marcos defectuosos.

En la presente investigación requirió mayor esfuerzo depurar los marcos muestrales que seleccionar, recopilar y analizar la muestra obtenida.

Sala Tercera

Para los años 1981 y 1986 se utilizó como marco muestral copias al carbón de las sentencias empastadas en tomos por año localizadas en la Secretaría de la Sala

Tercera. Para los restantes años de estudio se recurrió al archivo magnético de autos en el mismo lugar (en Intranet Judicial solo están disponibles los fallos, no los autos). Para la depuración del marco muestral se tuvo que clasificar aproximadamente cuatro mil sentencias.

Cuadro Nº. 3. Marcos muestrales depurados según año y tipo de procedencia

Tribunal de Casación Penal

	INAD.	FONDO	TOTAL	%
SALA TERCERA	71	609	680	10%
T. CASACIÓN PENAL	69	453	522	13%

Para depurar el marco muestral del año 1997 en el T.C.P. se clasificaron 1.287 sentencias, 247 correspondientes al archivo denominado "Autos 1997" y 1.040 correspondientes al archivo denominado "Fallos 1997".

De las 247 sentencias que componen el archivo denominado "Autos" 1997 solamente 17 fueron inadmisibilidades en recursos de casación, que es la población que interesa para los efectos del cumplimiento del PIDCP y la CADH, a saber, las sentencias números 14, 18, 19, 26, 61, 66, 67, 80, 81, 89, 135, 139, 146, 154, 172, 192 y 247.

Del archivo denominado "Fallos 1997", se clasificaron los 1040 que lo componen, excepto las sentencias número 420 a 432, 841, 843, 911, 922, 970. Estas 18 sentencias fueron consultadas en los registros escritos de copias al carbón empastadas existentes en el propio T.C.P.

Por otro lado, los números 1, 676, 681, 717 no fueron utilizados para numerar las sentencias, es decir, esos cuatro asientos fueron anulados. Las sentencias número 17, 36, 58, 117, 136, 241, 318, 551, 580, 592, 621, 627, 736, 821, 845, 848, 881, 929, 996 y 1006 corresponden a 20 recursos de revisión que no interesan a efectos del presente estudio, así como las sentencias número 113, 258, 294, 499, 754, 815 y 1.023 que corresponden a siete apelaciones que igualmente no inciden en los objetivos de esta investigación. Es decir, que de los 1.040 asientos del archivo "Fallos 1997", solo 1036 corresponden a resoluciones judiciales. Restándole los 27 recursos que no son casación, nos da un total de 1.009 resoluciones de fondo en recursos de casación para ese año. Si a esto le

42. KISH, Leslie, *Muestreo de Encuestas*. Ed. Trillas, México, 1979, p. 77 y siguientes.

43. *Ibidem*

sumamos las 17 inadmisibilidades en recursos de casación nos da un total de 1.026 sentencias en casación. Esto significa que el porcentaje de inadmisibilidades para ese año es de 1,65%.

Para depurar el marco muestral del año 2001 en el Tribunal de Casación Penal se clasificaron mil setenta y siete sentencias, sin embargo, se encuentran numeradas del número 1 al 1.075, ya que existe la 170 bis y la 1.048 bis. De las 1.077 se excluyeron dos ya que los asientos 18 y 31 fueron anulados. De las 1.075 resultantes, ochocientos setenta se obtuvieron del archivo electrónico denominado "Fallos 01", 199 fueron consultadas en los lomos empastados con copias de sentencias ubicados en el citado despacho y seis debieron consultarse directamente en el libro de votos.

De las mil setenta y cinco sentencias existentes, sesenta y nueve son inadmisibilidades totales o parciales dictadas en recursos de casación, a saber, las sentencias número 8, 11, 33, 35, 79, 85, 90, 99, 112, 113, 115, 124, 140, 149, 159, 186, 206, 249, 255, 257, 309, 310, 315, 324, 325, 339, 346, 357, 362, 371, 375, 420, 425, 507, 526, 542, 568, 569, 592, 603, 606, 621, 640, 645, 647, 655, 766, 770, 771, 780, 803, 804, 805, 823, 826, 842, 844, 866, 928, 929, 931, 953, 963, 984, 1007, 1015, 1017, 1036, 1056.

Del total, 453 fueron recursos de casación resueltos por el fondo, 110 revisiones, 16 revocatorias y 13 apelaciones, 414 son prórrogas de prisión preventiva, asuntos suspendidos por acciones de inconstitucionalidad, extradiciones, aclaraciones y adiciones, consultas a la Sala Constitucional, entre otros.

Si a las cuatrocientas cincuenta y tres resoluciones sobre recurso de casación les sumamos las sesenta y nueve inadmisibilidades en casación, nos da un total de 522 sentencias relativas a recursos de casación. Esto significa que el porcentaje de inadmisibilidades con respecto al total de resoluciones para el año 2001 fue de un 13%, tres puntos porcentuales superior al de la Sala Tercera para el mismo período.

Cuadro No. 4: Tribunal de Casación Penal

Marcos muestrales depurados según año y tipo de sentencia

	1997	2001	TOTAL
FALLOS	1006	453	1459
INADMISIBILIDAD	17	69	86
TOTAL	1026	522	1548

La depuración de todos los marcos muestrales, incluida Sala Tercera y Tribunal de Casación Penal, requirió la clasificación de aproximadamente seis mil sentencias, y constituyó la parte más laboriosa del trabajo, pero indispensable para la validez científica de los resultados, que cubre todo el país y un período de veinticinco años de estudio.

g) Selección de la muestra

Tomando como base los fundamentos estadísticos citados anteriormente y la disponibilidad existente en los marcos muestrales, se procedió a la selección de las unidades secundarias de muestreo o sentencias de inadmisibilidad o fallos para los años de estudio utilizando la técnica de selección sistemática que consiste en dividir la totalidad de las sentencias entre la muestra por seleccionar y seleccionar cada k-ésimo elemento⁴⁴.

h) Recopilación de información

Una vez seleccionadas todas las sentencias en los años de estudio seleccionados, se procedió a fotocopiar las sentencias de los años 1981 y 1986, y se grabaron en disquetes las sentencias seleccionadas de los años restantes. Para los autos de inadmisibilidad se grabó directamente del archivo magnético de la Sala Tercera⁴⁵. En el caso del Tribunal de Casación se hizo a través de la red interna del Poder Judicial, las fotocopias de sentencias empastadas y el libro de votos del tribunal.

44. KISH, *op. cit.* P. 143

45. Esa información no puede ser accesada en el sitio Web: www.poder-judicial.go.cr, en donde se registran sólo fallos hasta el año 1998 en donde se eliminó la división entre fallos y autos.

46. El nombre del programa es "Statistical Package Social Science".

i) Diseño del instrumento

Para analizar cada sentencia de inadmisibilidad se diseñó una guía con base en los objetivos.

j) Codificación y digitación

Al momento de la redacción de este artículo está en proceso la codificación y clasificación de las respuestas, siguiendo la teoría estadística al respecto y el programa informático conocido como paquete estadístico para las ciencias sociales, o SPSS/PC por sus siglas en inglés⁴⁶. Así como los porcentajes de inadmisibilidad reflejan el aspecto cuantitativo del problema, este estudio de sentencias cumplirá la finalidad de describir el fenómeno cualitativamente.

Exposición de Resultados Cuantitativos

Cuadro n.º. 5: Sala tercera

Marcos muestrales depurados según año y tipo de sentencia

	1981	1986	1991	1996	2001	TOTAL
FALLOS	112	298	682	756	609	2.457
INADMISIBILIDAD	42	180	281	21	71	595
TOTAL	154	478	973	777	680	3.062
PORCENTAJE	27%	38%	29%	3%	10%	19%

Un análisis general del cuadro anterior nos revela que en los años 1981, 1986 e incluso 1991, es decir, un año después de los fallos de la Sala Constitucional, el porcentaje de inadmisibilidades decretadas en relación con las resoluciones de fondo que declaran el recurso con lugar o sin lugar, era muy alto, casi del 30%. Es hasta la muestra obtenida del año 1996 que dicho porcentaje tiene un descenso drástico hasta llegar a tan solo un 3%. En el año 2001 se nota una tendencia al retroceso, triplicando el porcentaje de 1996, pero si llegar a los extremos detectados en los años anteriores. Esto confirma nuestra hipótesis de un comportamiento pendular, solo que la apertura de mediados de los ochenta fue menos significativa de lo que pensábamos, y que el impacto de los pronunciamientos de la Sala Constitucional del año 1990 no tuvo un efecto tan rápido como el esperado. De ese modo, el punto alto de apertura no se ubica entre los años 1990 y 1993 —de hecho el año 1991 revela altos porcentajes de inadmisibilidad—, sino a mediados de la década de los

noventa, como lo revelan los porcentajes obtenidos para el año 1996. Es posible que la creación del Tribunal de Casación haya tenido alguna influencia sobre este hecho. Del mismo modo, la etapa de retroceso no se inicia en 1994, sino más bien a finales de los años noventa e inicios del nuevo milenio. Y este retroceso hacia el formalismo fue de una magnitud bastante más leve de la que se esperaba, tal y como se desprende de los datos correspondientes al año 2001.

Cuadro n.º. 6: Tribunal de Casación Penal

Marcos muestrales depurados según año y tipo de sentencia

	1997	2001	TOTAL
FALLOS	1.006	453	1.459
INADMISIBILIDAD	17	69	86
TOTAL	1.026	522	1.548
PERCENTIL	1.6%	13%	5%

Este cuadro revela un aumento de más de un 800% en la política de inadmisibilidad del Tribunal de Casación, lo cual debe considerarse alarmante. Pareciera revelar una tendencia al aumento desde su creación hasta la fecha. Nótese que el porcentaje para 1997 es similar al porcentaje de la Sala Tercera para el año anterior, a saber, 1996. Actualmente, y contrario a la creencia difundida, tiene mayor porcentaje de inadmisibilidades el Tribunal de Casación que la Sala Tercera, como se observa en el siguiente cuadro:

Cuadro n.º. 7: Cuadro comparativo entre la Sala Tercera y el Tribunal de Casación Penal. Año 2003

	INAD.	FONDO	TOTAL	%
SALA TERCERA	71	609	680	10%
T. CASACIÓN PENAL	69	453	522	13%

Ahora analizaremos cada una de las creencias generalizadas sobre el fenómeno de la apertura del recurso de casación, confrontadas con el estudio de la realidad.

MITO n.º. 1: "Desde que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó a Costa Rica el plazo de seis

meses para tomar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectiva la garantía de doble grado jurisdiccional en 1986 —período que coincidió con cambios en la integración de la Sala de Casación Penal—, se empezó a desformalizar el recurso”.

Tal y como se observa en el Cuadro nº. 5, los porcentajes de inadmisibilidad del recurso se mantuvieron durante toda la década de los ochenta cercanos al 30%, mostrando el año 1986 el porcentaje mayor.

MITO nº. 2: “La jurisprudencia de la Sala de la Sala Constitucional de 1990 coronó el proceso de desformalización del recurso, que venía desde mediados de la década de los ochenta, y lo aceleró”.

En el mismo Cuadro nº. 5 se aprecia cómo las resoluciones del año 1990 no se reflejaron en el porcentaje de inadmisibilidades del año 1991, el cual fue de un 29%. Los datos para el año de 1996 parecen sugerir que el punto máximo de apertura se dio a mediados de la década de los noventa.

MITO nº. 3: “El Tribunal de Casación Penal ha sido mucho más flexible que la Sala Tercera en cuanto a la cantidad de recursos de casación declarados admisibles”.

Del análisis de los cuadros 5 y 6 se observa cómo la Sala Tercera tuvo un 3% para 1996 mientras el Tribunal de Casación mostró un 1.6% para el año siguiente. Sin embargo, ambos órganos iniciaron un retroceso en los siguientes años, de manera que para el 2001 el tribunal aumentó el porcentaje de inadmisibilidades casi en un 800%, mientras que la Sala Tercera lo triplicó. Por otro lado, la diferencia entre ambos tribunales nunca ha sido tan grande como lo estima la opinión generalizada al respecto.

MITO nº. 4: “En la actualidad la Sala Tercera ha aumentado en una altísima proporción los porcentajes de inadmisibilidad de recursos de casación”.

El Cuadro nº. 5 nos revela cómo el porcentaje de inadmisibilidades para el año 2001 es de un 10%, bastante menor que el esperado al inicio de la investigación.

MITO nº. 5: “El Tribunal de Casación mantiene porcentajes de inadmisibilidad muy por debajo de los de la Sala Tercera”.

Todo lo contrario. En la actualidad el porcentaje de inadmisibilidades del Tribunal de Casación es mayor que el de la Sala Tercera, como se aprecia claramente en el Cuadro nº. 7.

9. Conclusiones

El estudio estadístico sobre la apertura del recurso de casación en Costa Rica nos deja una noticia que es positiva, pero que no está exenta de un sentimiento de preocupación. La parte positiva, que en realidad se trata de un mal menor, es que los porcentajes de inadmisibilidad no son tan altos como lo eran antes de la transformación o apertura del recurso. La preocupación es que los datos encontrados revelan un retroceso en cuanto al respeto de la garantía de doble instancia, el cual que deberá ser confirmado en la parte cualitativa del estudio. Esperamos que este artículo sirva de estímulo a los operadores del sistema penal, especialmente a los encargados de estudiar la admisibilidad de los recursos de casación, para continuar por el camino del respeto a los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Bibliografía

ANTILLÓN, Walter, *Teoría del proceso jurisdiccional*, IJSA, San José, 2000.

BINDING, “Grundriss des deutschen Strafprozessrechts”, 4. Aufl., Berlin, 1900, citado y traducido por: CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS nº. 41, mayo de 1980.

CARRARA, *Programa de derecho criminal*, Volumen 2, Depalma, 1977.

CASTILLO BARRANTES, Enrique, *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*, (1ª ed., 1976), 2ª ed. Juritexto, San José, 1992.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS nº. 41, mayo de 1980.

CLARÍA OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, T.4.

COCHRAN, William, *Técnicas de muestreo*, Editorial Continental, México, 2ª. Ed., 1980.

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

FERRAJOLI, Luigi, “*Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia*”, en Nueva Doctrina Penal, 1996/B, Editores del Puerto S.R.L., 1996, p. 455.

GATGENS GÓMEZ, Érick, WITTMANN STENDEL, Susana, "La casación penal como mecanismo de tutela contra la arbitrariedad judicial", tesis para optar por el grado de maestría en Ciencias Penales, UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, 2002.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, HOUED, Mario, Algunas consideraciones sobre la evolución de la casación penal, REVISTA DE CIENCIAS PENALES, n.º. 10, setiembre 1995.

GROSS ESPIEL, Héctor, Convención Americana y Convención Europea de Derechos Humanos: Análisis comparativo, Ed. Jurídica, Chile, 1991.

KISH, Leslie, Muestreo de encuestas, Ed. Trillas, México, 1979.

LEE CHING, José Luis, La única instancia en el proceso penal, tesis para optar por título de licenciado en Derecho, UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, 1982.

LININGER, Charles, WARWICK, Donald, La encuesta por muestreo. Teoría y práctica, Editorial Continental, México, 1985.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Proceso penal comentado, Mundo Gráfico, San José, 1998.

LLOBET, Javier, Código de Procedimientos Penales Anotado y Concordado, 2.º. Ed. Juricentro, 1991.

MAIER, Julio, Derecho procesal penal. fundamentos, Editores del Puerto S.R.L., 2ª ed., 1996.

MAIER, Julio, El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?, ABREGU, Martín y otro (comp.), "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2ª ed. 1998.

MINISTERIO PÚBLICO, C.R., Boletín Jurisprudencial 06, 2002.

MINVIELLE Bernardette, La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el enjuiciamiento penal, Doctrina penal, Depalma, Buenos Aires, 1988.

MORA MORA, Fernando, Derechos humanos. Aspectos prácticos de su defensa internacional, Ed. UCR, San José, 1982.

MORA MORA, Luis Paulino, AMADOR MADRIZ, Édgar, VILLALOBOS TORRENS, Édgar, HOUED VEGA, Mario, BONILLA MELÉNDEZ, Gilbert, La única instancia en el proceso penal costarricense, REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS n.º. 28, enero-abril 1976.

MORA MORA, Luis Paulino, Los principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998, en REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL, Mundo Gráfico, San José, 1996.

OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano, San José, Costa Rica, 1996.

OEA, Informe anual de la CIDH 1992-1993, Secretaría General de la OEA, Washington D.C., 1993.

PASTOR, Daniel, La nueva imagen de la casación penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

PIZA ROCAFORT, Rodolfo y TREJOS SALAS, Gerardo, "Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana", Juricentro, San José, 1989.

PUYO JARAMILLO, Gil, Diccionario Jurídico Penal, Editorial Colombia Nueva, 1981.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo y otro, "El recurso de casación penal práctico", Editorial Comares, Granada, 1999.

SALAZAR, Alonso, El mérito –especie fáctica– de la sentencia penal en el recurso de casación, REVISTA DE CIENCIAS PENALES n.º. 19, agosto de 2001.

Diccionarios, leyes y otros

Acta de Corte Plena del 14 de mayo de 1987, artículo XIII.

Acta de Corte Plena del 18 de junio de 1990, artículo XXXII.

Diccionario Enciclopédico LAROUSSE, Bogotá, 1998. La Gaceta n.º. 113 del 14 de junio de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. OPINION CONSULTIVA OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991, en: www.corteidh.or.cr

Jurisprudencia

Sesión de Corte Plena del 22 de mayo de 1986.

Sesión de Corte Plena del 5 de junio de 1986.

SALA CONSTITUCIONAL n.º. 282-90, 17:00 h del 13-03-90.

SALA CONSTITUCIONAL n.º. 719-90, 16:30 h del 26-06-90.

SALA CONSTITUCIONAL nº. 52-91 del 17-04-91.

SALA CONSTITUCIONAL nº. 1739-92, 11:45 h del 01-07-92.

SALA CONSTITUCIONAL nº. 3321-93, 15:33 h del 15-07-93

SALA CONSTITUCIONAL nº. 5791-93, 14:39 h del 09-11-93.

SALA CONSTITUCIONAL nº. 1058-94, 15:36 h del 22-02-94.

SALA CONSTITUCIONAL nº. 133-95, 9:18 h del 03-03-95.

SALA CONSTITUCIONAL nº. 4718-98, 9:00 h del 03-07-98.

SALA CONSTITUCIONAL nº. 2050-02, año 2002.

SALA TERCERA nº. 366-F-83, 16:05 h del 18-10-8.

SALA TERCERA nº. 258-A-85, 14:20 h del 23-07-85.

SALA TERCERA nº. 335-A-86, 14:00 h del 25-09-86.

SALA TERCERA nº. 188-A-89, 08:40 h del 28-04-89.

SALA TERCERA nº. 155-A-91, 10:25 h del 12-04-91.

SALA TERCERA nº. 158-f-94.

SALA TERCERA nº. 629-01, 8:42 h del 29-06-01.



“Abejas”. Acrílico de Gerardo González

RESABIOS INQUISITIVOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL COSTARRICENSE*

M.Sc. Rafael Ángel Sanabria Rojas*

I. Introducción

En nuestro medio se ha otorgado el carácter de corte acusatorio al Código Procesal Penal, legislación vigente a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y ocho. No obstante los cambios positivos fundamentales introducidos en el sistema procesal penal costarricense, como la mayor participación de la víctima, especialmente a través de las soluciones alternativas al conflicto (la conciliación y la reparación integral del daño), se mantienen algunas figuras propias del sistema inquisitivo.

La idea de este trabajo es demostrar la existencia de dichos resabios y destacar que no resultan indispensables, es decir, pueden ser excluidos del Código Procesal sin perjuicio alguno, lo que daría mayor armonía a los principios

acusatorios informantes de nuestra nueva legislación procesal.

II. La posición del juez en un sistema acusatorio o de corte acusatorio

Diversos autores se han ocupado de estudiar la función del juez en el sistema acusatorio y en el inquisitivo¹, existiendo coincidencia en que el primero tiene una posición pasiva², mientras que el segundo se encarga de iniciar y culminar la investigación³. En el sistema acusatorio el juez se limita a escuchar la prueba ofrecida por las partes, así como sus argumentos, a partir de lo cual se toma una decisión⁴. En el inquisitivo el juez puede iniciar de oficio la investigación, busca la prueba necesaria para acreditar la verdad real o material, lo que implica, como lo sostiene

* Juez de Juicio. Profesor de derecho procesal penal. máster en ciencias penales.

1. Como bien lo señala Antillón (2001, p. 406) hay dos formas básicas de distinguir el tipo de juez penal que tiene un ordenamiento jurídico: "... según este principio (el acusatorio), de enorme significación en el plano político, en cuanto refleja el valor y la dignidad de la persona humana frente a la organización política, los jueces sólo pueden ejercer sus funciones jurisdiccionales a requerimiento del titular del interés que, a través de aquel ejercicio, se pretende proteger (niemo iudex sine actore). La contrapartida de este principio se encarna en el llamado "sistema inquisitivo" en el cual el juez está facultado para actuar "de oficio", por su propia iniciativa, cuando y en la forma que estime que debe hacerlo para tutelar una amplia y nublada esfera de intereses públicos o transpersonales, para lo cual iniciará los procedimientos judiciales, tomará las medidas y llevará a cabo las investigaciones que considere necesarias para garantizar la tutela de dichos intereses..." En similar sentido apunta Venegas (2003, p. 97) "... En un sistema inquisitivo, la labor de recolección de las pruebas, su valoración y la acusación que con fundamento en estas se edifique están en la cabeza de una misma persona, violándose de contera la garantía de la independencia y por ende el principio de la imparcialidad que debe existir entre quien realiza la investigación, formula la acusación (fiscal o juez de instrucción) y quien tiene la potestad jurisdiccional y decide conforme a derecho (juez)..." Por su parte Ferrajoli (1995, p. 584) es sumamente claro sobre la diferencia entre un juez acusatorio y otro inquisitivo, aspectos que nos sirven de parámetro para medir el tipo de juez de nuestro sistema procesal "... se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamará inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa..."

2. "... En este modelo de enjuiciamiento aparezcan claramente definidas las actividades del funcionario investigador, quien, luego de recolectar el material probatorio necesario, formulará la acusación ante el juez de la causa, quien es el que tomará la última determinación, conforme a derecho, aceptando alguna de las pretensiones que ejerciten las partes, esto es, el acusador y la defensa..." Venegas (2003, p. 101).

3. En el sistema acusatorio, señala Mora (1997, pp. 7-8) "... la pasividad del juez es otra característica del sistema, por ello le resulta imposible actuar de oficio, debe necesariamente ser legalmente excitada su actuación, excitación que puede proceder cuando se trata de delitos públicos, de cualquier ciudadano... Al confrontar este sistema con el inquisitivo veremos como en el acusatorio el Juez debe ocupar un puesto más pasivo en el desarrollo de la contienda judicial, lo que le permite lograr mayor imparcialidad frente a las partes. En general, el Tribunal se involucra poco con las tesis de una u otra de las partes, limitándose a oír las, al igual que a los testigos, y a presenciar el recibo de las otras pruebas necesarias para demostrar el suceso fáctico en examen... La pasividad del juez conlleva a que las partes se desempeñen con amplia libertad, para aportar argumentos y probanzas que permitan mejor resolver, por lo que el contradictorio adquiere marcada importancia".

4. Ferrajoli (1995, p. 546) ilustra la función de un juez en un sistema democrático "... el objetivo justificador del proceso penal se identifica con la garantía de las libertades de los ciudadanos, a través de la garantía de la verdad —una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones— frente al abuso y el terror. Es precisamente esta doble función garantista la que confiere valor político e intelectual a la profesión del juez, exigiendo de él tolerancia para las razones controvertidas, atención y control sobre todas las hipótesis y las contrahipótesis en conflicto, imparcialidad frente a la contienda, prudencia, equilibrio, ponderación y duda como hábito profesional y como estilo intelectual..."

el Dr. Mora, una evidente pérdida de imparcialidad⁵. A partir de las anteriores características de cada sistema, procedemos a analizar algunos institutos o deberes incluidos en el Código Procesal Penal, en los cuales el juez desempeña un papel preponderante que lo ubica, sin lugar a dudas, en el sistema inquisitivo. Por ello seguimos soñando con desterrar esas características nocivas y contrarias a un sistema democrático y respetuoso de los derechos fundamentales como el costarricense.

III. Diversos institutos inquisitivos en el Código Procesal Penal

Conforme se indicó, nuestro interés es destacar la existencia de algunas disposiciones en el Código Procesal Penal que no tienen razón de ser, es decir, son innecesarias y nos mantienen ligados a los principios inquisitivos, propios de sistemas políticos tiránicos o despóticos y no democráticos como el costarricense. A continuación analizaremos diversos institutos, a nuestro juicio, resabios del sistema inquisitivo, donde el juez cumple un papel determinante en la búsqueda de la verdad real o material.

1. La disconformidad

El artículo 302 del Código Procesal Penal regula la disconformidad en los siguientes términos: *"...Cuando el tribunal considere procedente la apertura a juicio y el Ministerio Público haya solicitado la desestimación o el sobreseimiento, sin que la víctima haya querellado, aquel le remitirá nuevamente las actuaciones al fiscal, por auto fundado, para que modifique su petición en el plazo máximo de cinco días. Si el fiscal ratifica su solicitud y el tribunal mantiene su posición, se enviarán las actuaciones al Fiscal General o al fiscal superior que él haya designado, para que peticione nuevamente o ratifique lo planteado por el fiscal inferior. Cuando el Ministerio Público reitere*

su solicitud, el juez deberá resolver conforme a lo peticionado, sin perjuicio de la impugnación de la decisión por la víctima..."

De acuerdo con esta norma, el juez debe interesarse en buscar una acusación cuando el Ministerio Público o la víctima (mediante querrela) no lo hagan y estime suficientes los elementos de convicción para enviar el proceso a juicio. Esto es, ni más ni menos, que un juez interesado, un juez parcial, que se inclina por los intereses de la sociedad, dejando de lado derechos fundamentales del imputado.

La solución al problema la contiene el mismo Código Procesal⁶ al establecer, en los casos en que el Ministerio Público solicite sobreseimiento, el deber de comunicar a la víctima dicha decisión para que informe si tiene interés en constituirse como querellante. En realidad únicamente debe agregarse al artículo 300, que también cuando el actor penal público se incline por una desestimación, debe hacerlo del conocimiento de la víctima, a efecto de concederle oportunidad de plantear la querrela pública.

Si la víctima no formula querrela y el Ministerio Público no acusa, el juez debe acoger la solicitud de sobreseimiento o desestimación, pues no existe ni existirá actor penal. Lo propio ocurre cuando el juez utiliza el proceso de disconformidad. Si el fiscal general o bien el superior del solicitante de un sobreseimiento o desestimación, apoya a su inferior, no queda más remedio al juez que dictar el sobreseimiento o la desestimación. Si la víctima apelare y el Tribunal de Juicio estima procedente la formulación de una acusación, puede revocar el sobreseimiento. Al regresar la causa al Juzgado Penal se debe poner en conocimiento de la víctima para que formule la querrela, pues no se puede obligar al Ministerio Público a acusar⁷. Todo este engorroso trámite se puede evitar derogando

5. "...El inquisidor no necesitó ser excitado por un tercero —el acusador— para poder iniciar su actividad investigativa; el procedimiento se iniciaba de oficio y para el juez ello representó una obligación...Al juez se le erige en amo del procedimiento; es la garantía de la imparcialidad y la búsqueda de la justicia; para lograrla se permite toda clase de excesos y aún la actuación de oficio." Mora (1997, p. 9).

6. Regula el artículo 300 del Código Procesal Penal "...Cuando el Ministerio Público decida solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, deberá ponerlo en conocimiento de la víctima de domicilio conocido que haya pedido ser informada de los resultados del procedimiento, para que esta manifieste si pretende constituirse en querrelante; en este caso, deberá indicarlo por escrito dentro de los tres días siguientes. La querrela deberá presentarse ante el Ministerio Público dentro de los diez días siguientes al vencimiento del plazo anterior. Recibida la querrela, el Ministerio Público la trasladará al tribunal de procedimiento intermedio si el imputado hubiera tenido ya oportunidad para rendir su declaración; en caso contrario, de previo, le brindará esa posibilidad. También trasladará las actuaciones y adjuntará su solicitud".

7. El Tribunal de Casación Penal estima sobre el particular "...La víctima podría presentar en contra de dicha resolución recurso de apelación, pero lo que podría discutir son aspectos meramente formales, por ejemplo que el dictamen que resolvió la disconformidad no fue formulado por el superior jerárquico o que el dictamen no ratificó lo dicho por el inferior, sino se pronunció en contra de la desestimación o el sobreseimiento. No podría la víctima discutir el fondo del asunto, por ejemplo alegar que no existía prueba suficiente para dictar el sobreseimiento. Esto ya que la resolución del juez no podía disentir de la resolución de la disconformidad por el Ministerio Público... Otorgarle al Tribunal de Apelaciones el poder de analizar el fondo del asunto, analizando el mérito de la prueba, implicaría en definitiva que el recurso sería en contra de lo resuelto por el Ministerio Público al pronunciarse sobre la disconformidad, convirtiéndose con ello al Tribunal de Apelaciones en superior del Ministerio Público, todo en contra de los aspectos más elementales del principio acusatorio. En el presente asunto lo que se discutió en la apelación y es reiterado en la casación, es precisamente si existía prueba suficiente para ordenar la apertura a juicio... Ello no podía discutirse en este asunto a través del recurso de apelación, ni tampoco del de casación, ya que el sobreseimiento ordenado era vinculante, por haberse pronunciado por el sobreseimiento el Fiscal Adjunto al resolver la disconformidad (voto 2004-311, de las 11:16 horas del 1º de abril de 2004). Nos parece correcta esta posición. Si la víctima ha sido informada de la gestión de sobreseimiento del Ministerio Público, y no está de acuerdo, su obligación es presentar la querrela y no discutir, a través de la apelación, cuestiones de prueba, pues ya ha fracasado la disconformidad y el Ministerio Público ha dejado claro que no va a acusar."

el artículo 302 del Código Procesal Penal y agregando al 300 *ibídem* después de la palabra sobreseimiento "la desestimación". También debe indicarse en esta norma que cuando el fiscal no acuse ni exista querrela, el juez acogerá la gestión de sobreseimiento o desestimación. Si no existe acusación el juez no debe buscarla, máxime cuando nadie está interesado en hacerlo. De lo contrario volveríamos al sistema inquisitivo en el cual el juez no solo debía proteger los derechos del imputado, sino también investigar y procurarse una acusación⁸. Todos estos inconvenientes nos los podemos ahorrar con la derogatoria propuesta.

En Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró la inexistencia de inconstitucionalidad del artículo 302 del Código Procesal Penal con fundamento en las siguientes consideraciones: "...La consulta se refiere —precisamente— en relación con el procedimiento que establece el Código Procesal Penal para que se declare el desistimiento (sic) de la acción penal, el cual, de alguna manera es un procedimiento calificado, en tanto obliga al juez que no concuerde con la solicitud de desestimación del órgano acusador —Ministerio Público—, a presentar la disconformidad. Las normas consultadas textualmente disponen...La idea de dicha normativa es darle prevalencia al principio acusatorio en lo relativo a la desestimación solicitada por el Ministerio Público, de modo que el juez no pueda obligar a este a solicitar la apertura a juicio, todo lo anterior, conforme se dijo, al principio democrático de división de las funciones de investigación y de tutela de los derechos del acusado en dos órganos distintos, que orienta el procedimiento penal. El Ministerio Público mantiene inalterables los poderes inherentes a la acusación, motivo por lo cual, el juez no puede modificar la voluntad del órgano acusador cuando este solicita el sobreseimiento o la desestimación de la causa, y en caso de oposición a esa solicitud debe someter al conocimiento del Fiscal Superior o General la reconsideración de su petición, conforme al procedimiento establecido en el transcrito artículo 302 del Código Procesal Penal, y en última instancia, impera el criterio del Ministerio

Público. Lo anterior no resulta inconstitucionalidad, como lo considera la autoridad consultante, en tanto el fiscal no invade potestades exclusivas del órgano judicial, y más bien debe de indicarse que esta competencia constituye una clara manifestación del poder acusatorio que ejerce el Ministerio Público, en virtud de establecerlo así la ley, como una clara y saludable manifestación de la división de poderes en el proceso, en el que los jueces se limitan a juzgar y no a investigar, concentrándose en la tutela de los derechos del ciudadano frente a la represión punitiva estatal. Con esta separación de las funciones de investigación y control en la etapa inicial del proceso penal, también se da cumplimiento a lo establecido en los artículos 9 y 154 de la Constitución Política, en cuanto se refieren a la separación de los Poderes del Estado y al sometimiento de los jueces únicamente a las normas y principios constitucionales y a las leyes; así como a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en cuanto obliga a los Estados Partes de dotar de garantías judiciales a los imputados en los procesos penales, resaltando la necesidad de que sea un juez o tribunal imparcial, independiente y previamente establecido por ley, el que conozca de las causas, como pilar del procedimiento justo: "Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". De esta suerte, no basta con que el juez o tribunal que conoce de la causa penal sea competente, es decir, que conozca al derecho, y que haya sido nombrado conforme a la ley de organización de los tribunales del país, sino que es fundamental garantizar su independencia e imparcialidad, tanto frente a los otros poderes públicos, como respecto de todas las partes que intervienen en el proceso. Si el juez es el encargado de recabar la prueba contra el imputado, y este realiza las diligencias preparatorias del procedimiento necesarias para fundamentar una acusación penal, puede

8. "En el sistema inquisitivo el juez de instrucción asume un rol contradictorio en relación con las funciones de garantía que debe cumplir y las de investigación, ya que por una parte tiene el compromiso de ser eficaz en su investigación, y por otra, de autolimitarse en sus potestades para asegurar la vigencia de los derechos del acusado; funciones que realizadas por un mismo órgano —juez de instrucción— conllevan a un gravísimo riesgo de confusión de poderes y al debilitamiento de la imparcialidad del juez, característica que debe tener la función jurisdiccional, según se dijo anteriormente. Bien puede afirmarse —entonces— que la concentración de funciones que asume el juez de instrucción contraviene el principio republicano de división de poderes; y es este principio el que exige, por lo tanto, que la autoridad jurisdiccional evite la ineludible parcialidad que le impone el hecho de ser guardián de sus propios actos. Por ello, para garantizar la imparcialidad del juez es preciso que no tenga en la causa un interés público o institucional, y que no tenga un interés acusatorio, que es el rol que a fin de cuentas desempeña el juez de instrucción en los sistemas inquisitivo y mixto. Esta confusión de funciones se supera con el traslado de la investigación a un órgano no judicial, con lo que se constituye un órgano acusador independiente que se separe claramente de la función jurisdiccional, de tal forma que se establezca un control mutuo entre órganos de investigación y jueces, con lo cual se rescata definitivamente el espíritu republicano que debe orientar el enjuiciamiento criminal en todas sus etapas, y no solo en la del debate, como ocurría en el sistema anterior. De esta forma, se deben separar las funciones a partir de la instrucción preliminar, atribuyéndole al Ministerio Público el poder requerente y de investigación, a quien corresponde la iniciativa de las pesquisas y recolección de las pruebas, y a otro órgano, la labor controladora de las funciones que ejerce el ente acusador, labor que recae en los jueces penales..." (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 06470-99 de las 14:36 horas del 18 de agosto de 1999).

ver comprometidos los intereses de las partes, -sea el de la víctima, el del imputado, o inclusive el del actor civil-; con lo cual su imparcialidad podría verse seriamente amenazada, ya que difícilmente podría permanecer objetivo ante la causa que conoce y juzga, incumplándose con ello esta exigencia constitucional e internacional. La consecuencia inmediata de esta independencia e imparcialidad del juez por corresponder a otro órgano independiente la investigación de los hechos acusados se traduce necesariamente en que la acusación sea fundada, objetiva y motivada, al estar respaldada en la prueba encontrada e investigada por el órgano acusador —Ministerio Público—, con lo cual se da cumplimiento con la otra garantía judicial exigida en el Pacto de San José, en su artículo 8.2.b): "2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [. . .] b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada". (voto 6470-99 de las 14:36 horas del 18 de agosto de 1999. En similar sentido: 5749-96 de las 15:24 horas del 20 de octubre de 1996; 3389-98 de las 16:42 horas del 27 de mayo de 1998 y 2662-01 de las 15:30 horas del 4 de abril de 2001) (sic).

Concordamos con la Sala Constitucional en el sentido de la imposibilidad del juez penal de obligar al Ministerio Público a formular una acusación; ello implicaría una evidente intromisión en las funciones propias de este sujeto procesal⁹.

Sin embargo, estimamos que la argumentación de dicha Sala nos permite justificar la inconstitucionalidad del artículo 302 del Código Procesal Penal, ya que esa regulación viola el principio de juez regular, concepto que ha sido desarrollado en varios votos de la propia Sala¹⁰. Este principio, contemplado en el artículo 35 de la Constitución

Política¹¹ y en el 3 del Código Procesal Penal¹², establece que nadie puede ser juzgado por un tribunal especialmente creado para el caso. No obstante, los alcances de esta norma también se extienden al derecho de los ciudadanos a ser juzgados por jueces no solo previamente establecidos, sino también jueces imparciales, como lo acepta la Sala Constitucional en el citado voto 6470-99. A nuestro juicio la imparcialidad deriva de los alcances del artículo 35 constitucional. Además, está expresamente regulado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos "...Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...". Similar disposición contiene la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 10 "...Toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal...". Estas disposiciones tienen rango superior a la ley (art. 7 de la Constitución Política)¹³ y el citado artículo 302 contiene una regulación contraria a ellas, resultando inconstitucional e inaplicable.

El problema con el procedimiento de disconformidad es que el juez se convierte en un sujeto procesal parcial cuando empieza a buscar una acusación en contra del imputado y a favor de la víctima en particular y de la sociedad en general. ¿Qué garantía tiene el imputado del respeto de sus derechos fundamentales cuando la persona que lo va a juzgar, o en este caso a decidir si lo envía o no a juicio, está promoviendo o buscando una acusación en su contra? La disposición en comentario rompe el equilibrio procesal, porque el imputado tendrá una desigualdad procesal al ser perseguido no solo por el Ministerio Público, sino también por el juez. Nada más parecido a las reglas inquisitivas vigentes en el Código de Procedimientos Penales

9. Como bien lo expone Ferrajoli (1995, p. 567) "...La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás...La garantía de separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (tercieta) del juez respecto de las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio...".

10. Ver, entre otros, 1738-92, 5965-93, 7333-95, 5888-00, 10822-00, 1626-01 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

11. "...Nadie podrá ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución...".

12. "...Artículo 3. - Juez natural. Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso. La potestad de aplicar la ley penal corresponderá sólo a los tribunales ordinarios, instituidos conforme a la Constitución y la ley...".

13. "...Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes...".

derogado¹⁴ y a la vieja figura del juez de instrucción, creada en el sistema jurídico francés¹⁵.

Un juez interesado en buscar una acusación es, definitivamente, un juez parcial. Esto nos lleva a concluir con la inconstitucionalidad del artículo 302 del Código Procesal Penal, al resultar contrario a la norma 35 de la Constitución Política, disposición que parte de la base de una prohibición de nombramiento de un juez para un caso concreto y a la vez de asegurar a los ciudadanos la solución de sus problemas por un juez imparcial. La norma es inconstitucional no porque el Ministerio Público vincule al juzgado penal con su solicitud de sobreseimiento o desestimación, sino por permitir al juez convertirse en un sujeto interesado en obtener una acusación, base para la apertura a juicio¹⁶.

Las anteriores consideraciones nos llevan a proponer la derogatoria del artículo 302 del Código Procesal Penal,

agregando al 300 la desestimación, e indicando que cuando el Ministerio Público pida sobreseimiento o desestimación y una vez comunicada la víctima de lo anterior no formule querrela, dentro del plazo ahí establecido, se acogerá dicha solicitud.

Esta nos parece la conclusión más lógica. Nótese que si se realiza todo el trámite del artículo 302 y el juez dicta el sobreseimiento obligatorio, la víctima puede recurrir. Si el Tribunal de Juicio acoge el recurso la única posibilidad de enviar el asunto a juicio es mediante la presentación de una querrela por la víctima, pues el Ministerio Público ya se ha pronunciado en contra de una acusación. Podemos ahorrar tiempo, eliminar este trámite inquisitivo y violatorio del artículo 35 de la Constitución Política, a través de la reforma propuesta. Si el Ministerio Público y la víctima no se muestran interesados en acusar, el juez acogerá la desestimación o el sobreseimiento, pues ya no existe la posibilidad de un actor penal.

14. Al comentar las funciones asignadas por el Código de Procedimientos Penales de Costa Rica al fiscal y al juez, González (Informes... 2000, p. 282) resalta el carácter inquisitivo del último: "el fiscal casi no intervenía en la instrucción formal, pues el mismo funcionario debía practicar la información sumaria (instrucción fiscal en delitos menores) y además debía intervenir en la fase de juicio en esa clase de asuntos, lo que le restaba tiempo para intervenir en la instrucción formal ante el juez. Ello implicó que el juez se constituyera como el dominus de esa fase, y asumiera una tarea netamente inquisitiva y persecutoria, preocupado más en obtener buenos resultados en la investigación que en proteger los derechos de los sujetos involucrados, entendiéndolo por buenos resultados aquellos que condujeran a la efectiva demostración de culpabilidad. El imputado tenía que litigar en la instrucción contra el juez, no contra el fiscal".
15. La contradicción de ese sistema llamado mixto es puesta en evidencia por Llobat (2003, p. 26) "... La instrucción por todo ello adquirió caracteres inquisitivos, puesto que se ponía al juez de instrucción en una situación difícil, que degeneró en un enfrentamiento imputado-juez de instrucción. Todo ello era problemático puesto que el mismo juez que debía llevar a cabo la investigación era el que decidía sobre los allanamientos, intervenciones telefónicas y la prisión preventiva del imputado. Esto recuerda la crítica que se ha hecho a la instrucción dirigida por el juez de instrucción: "No es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor...".
16. Varias de las razones aquí expuestas para estimar inconstitucional el artículo 302 del Código Procesal Penal, fueron planteadas en una demanda de inconstitucionalidad. Los principales puntos sometidos a conocimiento de la Sala fueron "... el anterior Código de Procedimientos Penales se caracterizaba por la concentración de funciones que asumía el juez de instrucción, que asumía funciones propias del órgano requiriente, mostrando un interés directo en la acusación, lo que contravenía el principio republicano de división de poderes... con la promulgación del Código Procesal Penal se avanzó a un sistema fundamentalmente acusatorio, que se caracteriza por la existencia de la acusación, la igualdad de partes y la pasividad del juez; donde el Ministerio Público asume el control de la investigación de los delitos; la igualdad de partes presupone un trato igual y equitativo en la participación del desarrollo del proceso y la pasividad del juez conlleva a que el juzgador no solo sea visto en forma autónoma e independiente frente al Ministerio Público, sino que no se interesa en la acusación... este sistema no coincide con las funciones que el artículo 302 del Código Procesal Penal ha establecido al juez de la etapa intermedia, cuando decreta la disconformidad por solicitud de sobreseimiento definitivo, hecho por el Ministerio Público... si bien es cierto el mismo artículo prevé la obligación del juez de la etapa intermedia de resolver al final, conforme a lo peticionado por el Ministerio Público, la potestad de rechazar o de oponerse a la solicitud de desestimación o de sobreseimiento que hace el Ministerio Público, viola el principio acusatorio y convierte al juez de la etapa intermedia en un juez de instrucción, propio de un sistema inquisitivo... la función del juez está delimitada, constitucionalmente concebida a administrar justicia pronta y cumplida, a decidir la controversia planteada y proteger en el proceso de investigación los derechos y garantías del acusado, sin comprometerse en la investigación del hecho denunciado; de modo que su función sea independiente e imparcial, tanto frente a otros poderes públicos como respecto de todas las partes que intervienen en el proceso... cuando el Ministerio Público solicita el sobreseimiento ha realizado todos los actos de investigación, verificado los elementos de pruebas practicados, así como ha valorado todas las circunstancias perjudiciales y favorables para el imputado. Por lo que ha verificado que se cumplió con la investigación preliminar y no se puede proceder con la acción penal pública, por lo que se exige como requisito que tal solicitud se realice en forma fundamentada. No se justifica luego, al amparo del artículo 41 de la Constitución Política un retraso en la decisión del órgano jurisdiccional... resulta irrazonable y desproporcional la disconformidad por excesiva e innecesaria, pues no cumple ningún fin de carácter procesal y restringe un derecho del acusado a que se resuelva su caso en concreto. ... pese a que el Fiscal debe fundamentar su solicitud de sobreseimiento, la decisión del juez de rechazar esta solicitud no puede ser apelada por el Ministerio Público, lo que limita las posibilidades de que un superior en jerarquía revise la decisión tomada... en el mismo sentido también se encuentra violado el principio de defensa, ya que resulta claro que la petición del Fiscal favorece al acusado, sin embargo, sobre la decisión del juez al decretar la disconformidad, ni el acusado, ni su defensor pueden presentar recurso de apelación, lo que restringe el derecho de defensa. ...". La demanda fue declarada sin lugar por la Sala Constitucional en el voto 12017-02, de las 9:06 horas del 18 de diciembre del 2002. En este caso, a nuestro parecer en forma errónea, la Sala tomó en cuenta los argumentos utilizados en el voto 6470-99, ya citado, los cuales no tienen relación con el nuevo tema sometido a su conocimiento. En el último caso se discutía si era constitucional el carácter vinculante de la solicitud de sobreseimiento o desestimación del Ministerio Público al Juez Penal. Como indicamos oportunamente coincidimos con la Sala en la ausencia de roce constitucional porque existe el principio de división de funciones y al juez le corresponde únicamente pronunciarse sobre las gestiones de las partes y no preocuparse por buscar una acusación. En la demanda de inconstitucionalidad aquí analizada se alegó una situación totalmente distinta como lo es la inconstitucionalidad de una norma que autoriza al juez procurarse una acusación, pues se viola el principio de juez natural y el carácter acusatorio del proceso penal instaurado a partir del uno de enero de mil novecientos noventa y ocho. Se trata de dos aspectos sumamente diferentes. Al no entrar la Sala a resolver el problema realmente planteado se desaprovechó una excelente oportunidad para desechar esa norma de nuestro ordenamiento jurídico.

2. La prueba de oficio

Varias disposiciones del Código Procesal Penal permiten al juez ordenar prueba de oficio para suplir la inercia de los restantes sujetos procesales. A nuestro juicio esto atenta gravemente contra un sistema de corte acusatorio, que parte de la base de un juez imparcial¹⁷. Esta facultad deriva de otro instituto inquisitivo, considerado uno de los fines principales del proceso penal, a saber, la averiguación de la verdad real o material¹⁸. El segundo fin está relacionado con el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos procesales, especialmente los del imputado.

De acuerdo con el sistema inquisitivo, esa verdad absoluta y sustancial debe ser buscada por el juez, pues no se confía en las partes¹⁹. Al contrario, el sistema acusatorio parte de una base distinta. El juez no puede interesarse en obtener prueba a favor de la acusación o bien en beneficio de la defensa. En el momento que lo haga perderá su condición de imparcial y no estará autorizado para resolver el problema sometido a su conocimiento.

Coincidimos con Ferrajoli (1995, p. 610) en cuanto a que *"...la verdad perseguida por el modelo acusatorio, concebida como relativa o formal, se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento*

por ensayo y error. La principal garantía de su obtención se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir, al libre desarrollo del conflicto entre las dos partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes, precisamente porque son titulares de intereses contrapuestos..."

Si pretendemos sostener el carácter acusatorio de nuestro sistema procesal penal, debemos despojarnos de una serie de figuras que otorgan gran protagonismo al juez en la búsqueda de la verdad real o material, en otras palabras, de un juez preocupado por una labor encomendada a otros dos sujetos procesales, como lo son la representación del Ministerio Público y la Defensa.²⁰

2.1. La prueba para mejor resolver

El artículo 355 del Código Procesal dispone: *"...Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran esclarecimiento..."*²¹. En el procedimiento de revisión también se faculta al tribunal para ordenar prueba de oficio²².

17. En igual sentido Armenta (1995, p. 27 y 28).

18. Este resabio inquisitivo está contemplado en el artículo 180 del Código Procesal Penal costarricense: *"El Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación..."*

19. *"La verdad deseada y perseguida por el proceso inquisitivo, concebida como absoluta y sustancial y, en consecuencia, única, no puede ser de parte y no admite, por tanto, la legitimidad de puntos de vista contrastantes cuyo conflicto deba ser arbitrado por un juez imparcial... A la concepción monista de la verdad corresponde el carácter monista y monologante de la actividad procesal, cuyo único protagonista es el juez, que es al mismo tiempo acusador y exige, además, la colaboración del imputado. Se entiende que sobre esta base no tenga sentido hablar de carga de la prueba para la acusación, sino a lo sumo de necesidad de la prueba..."* Ferrajoli (1995, p. 610).

20. *"De la misma manera que al acusador le están vetadas las funciones de enjuiciamiento, al juez deben estarle prohibidas las funciones de acusación, siendo inadmisibles la confusión de funciones entre los dos sujetos que, por el contrario, caracteriza al proceso mixto, donde el ministerio público forma las pruebas y decide sobre la libertad personal del imputado y el juez instructor tiene, a su vez, poderes de iniciativa en materia probatoria y desarrolla de hecho las investigaciones con ayuda de la acusación..."* Ferrajoli (1995, p. 611).

21. En algunas legislaciones como la italiana (Código de Procedimientos Penales de 1989), también considerada de corte acusatorio, se atenúa la posibilidad de ordenar prueba para mejor resolver, en el tanto las pruebas se admiten a instancia de parte, pero siempre se mantiene esa facultad para el tribunal en los casos establecidos por la ley. Morosi y otros (1999, p. 138 y 189). Lo propio ocurre en la legislación hondureña, permitiendo el artículo 333 del Código Procesal Penal, la prueba para mejor resolver de oficio: *"Durante el juicio, solamente podrán evacuarse los medios de prueba oportunamente propuestos por las partes. El Tribunal podrá, sin embargo, a petición de parte o de oficio, ordenar que se practiquen otras pruebas si durante el juicio se ha puesto de manifiesto la omisión de un elemento de prueba importante antes no conocido. Dichas pruebas podrán ser ordenadas también por el Juez en la audiencia inicial".* Una regulación acorde con el sistema acusatorio contiene la reciente legislación procesal penal de República Dominicana, donde únicamente se autoriza la prueba para mejor resolver en forma excepcional y a petición de parte: *"Artículo 330. Nuevas pruebas. El tribunal puede ordenar, excepcionalmente y a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen circunstancias nuevas que requieran esclarecimiento"*.

22. *"Artículo 414. Recepción de la prueba. El tribunal admitirá la prueba que estime útil para la resolución definitiva y comisionará a uno de sus integrantes para que la reciba. Para la recepción, se fijará la hora y la fecha; y la diligencia se celebrará con la participación de los intervinientes que se presenten. Si el juez comisionado lo estima necesario ordenará la recepción de prueba para mejor resolver."*

Ya exteriorizamos nuestra oposición a la búsqueda de la verdad real o material por el juez²³. Si bien es cierto que es importante reconstruir lo acontecido a efecto de emitir una decisión no solo legal, sino también justa, esto debe ser el resultado de la actividad de las partes del proceso y no del sujeto a quien corresponde resolver el conflicto. En un sistema de corte acusatorio, no debe el juez interesarse en buscar esa verdad, pues dejaría de lado su imparcialidad²⁴.

La regla en cuestión es contradictoria con un sistema democrático y de tendencia acusatoria, donde el juez no busca la prueba, sino más bien valora la aportada por las partes para no perder su imparcialidad. Es tarea del Ministerio Público o bien del querellante, destruir el estado de inocencia que acompaña al imputado durante el desarrollo del proceso y lo releva de la obligación de demostrarlo²⁵.

23. En sentido contrario afirma Dall'Anese (1997, pp. 681-682) "Ordenar la prueba de oficio es reflejo del principio de instrucción, en virtud del cual al Juez interesa la averiguación de la verdad real, de modo que no está limitado al ofrecimiento del Ministerio Público y de las otras partes. Aun cuando se trata de una potestad, es evidente el deber de ordenar la prueba para mejor proveer que se tiene a mano, bajo el riesgo —en su omisión— de ver anulada la sentencia por concurrir en ella el vicio de falta de fundamento". Roxin (2000, pp. 99, 100, 381 y 382), al comentar la legislación procesal penal alemana apoya esta tesis. Afirma al respecto "En contraposición al proceso civil, en el proceso penal rige el principio de investigación, también llamado principio de verdad material o principio de instrucción o inquisitivo. El principio de investigación supone que el tribunal investiga por sí mismo los hechos de la causa (instruya por sí mismo) y, en ello, no está vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes del proceso. El principio de investigación, significa, en particular, lo siguiente: ...3. El tribunal no está limitado por los requerimientos de prueba: puede y debe recurrir de oficio a otros medios de prueba no solicitados ni por la fiscalía ni por el acusado. Esto rige para todas las etapas del procedimiento, para el procedimiento intermedio, para la preparación del juicio oral y, particularmente, para el juicio oral mismo". Una posición similar es la de Maier (1996, pp.860-863). También se pronuncia a favor de la prueba para mejor resolver de oficio González (La prueba en...2000) "Desde luego, los intereses públicos en juego en el proceso penal no pueden hacer desaparecer totalmente los poderes del juez respecto de la iniciativa probatoria, ya que sobre los elementos de prueba descansa la decisión final. Por tal motivo se les faculta para que dispongan de oficio la recepción de nuevos medios de prueba, o la ampliación de los ya recibidos, ante varias circunstancias, en especial cuando lo estime indispensable o manifiestamente útil para descubrir la verdad (en los casos previstos en los Arts. 348, 351, 381 y 384 CPPG; 320, inciso 10), Art.352 y 355 CPPES; 320, 355 y 362 CPPCR; 285, 289, 316 in fine, 317 y 320 CPPT). De ellos conviene precisar que el Tribunal puede ordenar el recibo de prueba para mejor resolver al final del debate (Arts. 381 CPPG; 352 CPPES; 355 CPPCR; 317 CPPT), e incluso aun después de haberlo clausurado, cuando lo estime indispensable durante la deliberación, en cuyo caso dispone la reapertura del debate (Arts. 384 CPPG; 355 CPPES; 362 CPPCR; 320 CPPT). Si bien en un sistema marcadamente acusatorio la iniciativa probatoria corresponde a las partes y al Ministerio Público, ello no puede sacrificar el descubrimiento de la verdad, como aspiración final de cualquier sistema de administración de justicia penal aceptable. Sin embargo es de esperar que esta iniciativa de los jueces sea ejercida muy excepcionalmente, solo para subsanar serias deficiencias en la actividad de las partes, con el único propósito de evitar una injusticia que se produciría ante la ineficacia y la inactividad de la defensa en ofrecer una prueba esencial que permitiría absolver al imputado o al menos atenuar su situación jurídica, o bien ante la inoperancia de los acusadores (fiscal o querrelante) que por no ofrecer una prueba que hace evidente la culpabilidad del acusado se ponga en peligro el descubrimiento de la verdad en circunstancias en que fácilmente podía lograrse. En este sentido estimamos que el código guatemalteco, al igual que el código tipo, establecen una clara limitación a las potestades del tribunal de ordenar prueba de oficio, al menos cuando se pronuncia antes del debate sobre el ofrecimiento que hicieron las partes, al señalar que pueden ordenar de oficio que se reciba cierta prueba durante el juicio prueba (sic) "...siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas..." (Arts. 351 CPPG y 289 CPPT), lo que imposibilita incrustar a esta altura procesal una verdadera investigación de oficio de parte del tribunal". No estamos de acuerdo con esta tesis, fundamentalmente porque en el proceso penal no existe un conflicto exclusivamente entre particulares. Normalmente (en delitos de acción pública y de acción pública a instancia privada) estará presente un representante del Estado (de la sociedad), encargado de la acusación (Ministerio Público), a quien corresponde demostrarle al juez la comisión de los hechos por el imputado, destruyendo con dicho proceder el estado de inocencia del último. Se trata de un funcionario público que debe realizar su labor en forma eficiente y responsable. No es propio de un sistema de corte acusatorio concederle facultades al juez a efecto de suplir los errores del acusador, pues así tendríamos no solo un juez parcial, sino a dos sujetos persiguiendo al imputado. Nuevamente nos preguntamos ¿qué confianza puede merecer a los ciudadanos acusados por la comisión de un delito, que la persona asignada para juzgarlos a la vez está preocupado por buscar prueba en su contra, o formule extensos interrogatorios tratando de alcanzar esa, tan ansiada e inquisitiva, verdad real o material?

24. Al realizar una propuesta de cambio del entonces vigente Código de Procedimientos Penales, Cruz (1994), señalaba "Es importante destacar que en el sistema procesal mixto moderno (o inquisitivo reformado), que es el modelo que desarrolla el código de procedimientos penales costarricense, la figura del juez inquisidor no desaparece en la etapa de DEBATE. Tanto el Juez que preside el Tribunal, como el que se integra con juez unipersonal, tiene poderes extraordinarios respecto a la determinación de las pruebas que deben evaluarse durante el debate. Las facultades jurisdiccionales en este aspecto, se sintetizan de la siguiente forma: ...2. También puede la autoridad jurisdiccional ordenar, de oficio, todas las pruebas que se hubiesen omitido durante la instrucción. (Ver artículo 353 del código de procedimientos penales de Costa Rica en el que se regula la instrucción suplementaria). 3. Durante el desarrollo del debate, el Juez que preside la audiencia, posee facultades prácticamente incontroladas respecto del Interrogatorio de los acusados, testigos y peritos. Fácilmente la autoridad judicial asume en esta labor un protagonismo excesivo, comprometiéndose de esta forma la imparcialidad y objetividad que debe caracterizar al juez en el desempeño de sus funciones. Lo más grave en estos casos es que cuando la autoridad judicial se excede en sus interrogatorios, formulando preguntas capciosas, insinuas o ejerciendo sobre testigos o acusados una presión psicológica impropia, no existe ningún instrumento procesal que permita controlar o erradicar eficazmente tales desviaciones o excesos. Es evidente que en estas circunstancias el Juez asume una actitud que lo contamina y que lesiona su imparcialidad. (Ver artículo 383 del código de procedimientos penales de Costa Rica; esta disposición concede al Juez facultades ilimitadas en el interrogatorio de testigos y acusados). 4. El Juez, tanto un Tribunal unipersonal o colegiado, aun después de la conclusión de la audiencia, puede ordenar, de oficio, la recepción de nuevas pruebas, si las estima convenientes. (Ver artículo 387 del c.p.p. de Costa Rica). En todos los casos que se han examinado, se aprecia una poderosa intervención de la autoridad judicial, comprometiéndose directamente en la investigación del caso. Sobrevive de esta forma el juez inquisidor, disminuyéndose sensiblemente las atribuciones que corresponden al ministerio público y desdibujándose totalmente la imparcialidad que debe asumir el Juzgador durante el DEBATE. La vigencia del principio de investigación oficial, no justifica, de ningún modo, la desnaturalización de la función jurisdiccional. Se impone la introducción de algunas modificaciones que alejen al Juez del compromiso que supone la determinación de la verdad, permitiendo, al mismo tiempo, que asuma frente al caso, una actitud que no contamina o comprometa, de alguna forma, su imparcialidad".

25. "...Al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquella formulando la acusación. De ahí el corolario de la carga acusatoria de la prueba... la rígida separación de papeles entre los actores del proceso... impide que esa carga pueda ser asumida por sujetos diversos de la acusación: ni por el imputado, al que compete el derecho opuesto de refutación, ni tampoco por el juez, que tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas." Ferrajoli (1995, p. 611)

Ahora bien, si nos parece esencial no limitar la actividad de las partes en la búsqueda de la verdad, por cuestiones meramente formales. Consecuente con lo anterior no debe imponerse límites temporales a las partes para el ofrecimiento de prueba²⁶. Es decir, si un sujeto procesal, diferente del juez, demuestra que tiene una prueba útil y pertinente (relacionada con el tema probatorio), no superabundante, ni constitutiva de un hecho notorio, el tribunal está obligado a recibirla²⁷.

En nuestro medio son constantes las quejas sobre el uso de esta facultad de los jueces. Se sostiene, con toda razón, que la prueba para mejor resolver es siempre prueba para mejor condenar, es decir, normalmente es en contra del imputado²⁸. Si admitimos nuestro compromiso con un sistema de corte acusatorio, propio de regímenes democráticos como el vigente en Costa Rica, cuando el juez de juicio tiene duda sobre la existencia del hecho o la participación del imputado, debe ordenar la absolutoria por así imponerlo el artículo 9 del Código Procesal Penal. Esta norma, en lo que interesa, establece "...En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado...". Tal regulación contiene el principio in dubio pro reo, de acatamiento obligatorio para el juez si el Ministerio Público o el querellante no logran demostrarle los extremos ya mencionados.

Para ajustar nuestro Código Procesal Penal a la Constitución Política y a los principios de corte acusatorio, debe derogarse del artículo 355 la palabra "...de oficio...".

2.2. La reapertura del debate

Regula el artículo 362 del Código Procesal Penal: "...Si el tribunal estima, durante la deliberación, absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliarlas incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada, entonces, al examen de los nuevos elementos de apreciación aportados...".

Los argumentos para combatir la autorización de la prueba para mejor resolver, de oficio, por el tribunal, resultan aplicables a esta disposición. Si el tribunal en la deliberación tiene alguna duda lo propio es que absuelva al imputado y no siga buscando la forma de condenarlo y hacerle el trabajo al Ministerio Público o al querellante. Sería desproporcionado para el imputado tener que enfrentarse no solo al Ministerio Público y al querellante, sino también al tribunal, tal y como ocurría en el sistema inquisitivo.

2.3. La prueba para decretar la prisión preventiva

El artículo 242 del Código Procesal Penal establece, en lo que interesa: "...El fiscal o, en su caso el tribunal, podrán recibir prueba, de oficio o a solicitud de parte, con el fin de sustentar la aplicación, revisión, sustitución, modificación o cancelación de una medida cautelar...".

En el procedimiento preparatorio se ha prohibido al juez investigar; esa es una labor asignada al Ministerio Público (art. 277, párrafo 2 del Código Procesal Penal)²⁹. Es al Ministerio Público a quien corresponde aportar la prueba para demostrar los requisitos de la prisión preventiva del imputado, a saber, probabilidad de: la comisión de un hecho delictivo sancionado con pena de prisión; participación del imputado; peligro de fuga, de obstaculización o bien de reiteración delictiva y, finalmente, acreditar la necesidad e idoneidad de esta medida cautelar (arts. 37 de la Constitución Política, y 239 a 244 del Código Procesal Penal).

Si el Ministerio Público no logra acreditar esos presupuestos, no debe el juez buscar prueba para suplir las deficiencias, pues con ello se violaría el principio de imparcialidad contenido en el artículo 35 de la Constitución Política, 3 del Código Procesal Penal, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En un sistema de corte acusatorio, como se ha insistido, no es el juez quien debe

26. En este sentido el artículo 4 del Código Procesal Penal de Honduras estipula "Tanto el imputado como su Defensor, tendrán derecho a presentar los elementos probatorios de que dispongan en cualquier etapa del proceso, incluso durante la investigación preliminar. ..."

27. Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Constitucional (entre otros votos 151-00 y 7805-00), de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (votos 390-F-92/ 572-F-97) y del Tribunal de Casación Penal (votos 566-99, 473-00, 522-00), en el sentido de que el tribunal de juicio está obligado a recibir la prueba ofrecida en forma extemporánea o irregular, siempre que se acredite su utilidad y pertinencia. A lo anterior se le ha denominado el principio de amplitud probatoria.

28. Sobre este particular resulta muy interesante la investigación realizada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas de la OEA, en Costa Rica, en setiembre de 2001, a cargo de Francisco Dall' Anese. En esa oportunidad se observaron poco más de cincuenta audiencias de juicio y se logró comprobar la incidencia de la prueba para mejor proveer de oficio y los interrogatorios de los jueces en las condenatorias. Núñez (2002, pp. 121-133). Si bien es cierto la investigación no revela los datos para determinar si la muestra es representativa, sí revela una tendencia al uso de estos institutos de carácter inquisitivo y su efecto en el resultado del proceso.

29. "Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas por este Código, no podrán realizar actos de investigación."

buscar la prueba, porque rompe el equilibrio procesal y se convierte en parte, contraria al imputado.

2.4. Prueba de oficio para el auto de apertura a juicio

Regula el artículo 320 del Código Procesal Penal, en lo que interesa, "...El tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso, y ordenará de oficio la que resulte esencial. Rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria. De oficio podrá ordenar que se reciba prueba en el debate, sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas...".

Nuevamente se introducen en el Código Procesal Penal reglas de corte inquisitivo, al facultar al juez para ordenar prueba "...de oficio..." a efecto de recibirla en el juicio oral, es decir, en el plenario. No debe el juez disponer la recepción de prueba esencial, o que se reciba prueba en el debate, cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes, porque con ese proceder se viola nuevamente el principio de juez natural y su derivado de imparcialidad.

Debe excluirse, mediante reforma, las alusiones a esa facultad de la norma en cuestión, a efecto de mantener la imparcialidad del juez y el respeto a nuestra Carta Magna. Nuevamente nos cuestionamos: ¿Qué confianza pueden tener en el juez las partes, cuando este empieza a actuar de oficio, en un tema tan delicado como el ordenar prueba para buscar esa verdad real o material? Evidentemente se juzga por un juez interesado, a favor de alguna de las partes, por no decir, como normalmente ocurre, a favor de la sociedad.

Si el fiscal o el querellante no logran demostrarle al juez penal la probabilidad de existencia de un delito y la participación de un imputado, no puede ordenarse la apertura a juicio. Lo propio es ordenar el sobreseimiento por duda (art. 311 del Código Procesal Penal). Si la prueba que se echa de menos es de los otros sujetos, esta puede ser ofrecida en el debate, con fundamento en el principio de apertura de la prueba, ya citado.

2.5. Carga de la prueba

De acuerdo con lo expuesto, en un sistema de corte acusatorio, la carga de la acusación y la prueba corresponden al actor penal³⁰. El representante del Ministerio Público o el querellante deben desvirtuar el estado de inocencia que acompaña al imputado durante el proceso³¹.

Siguiendo este principio, deben las partes no solo ofrecer la prueba pertinente para el objeto del proceso sino, además, hacerla llegar a las audiencias³². Nuestro Código Procesal Penal contiene una regla inquisitiva sobre el particular, pues exige al Tribunal de Juicio citar a los testigos y peritos admitidos por el Juzgado Penal para la audiencia oral. En cuanto a las partes y al Ministerio Público, únicamente establece una obligación de coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos propuestos para el juicio³³.

Esta regla está en franca contradicción con los artículos 35 de la Constitución Política, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 3 del Código Procesal Penal, ya que atenta contra el principio de juez natural

30. "La atribución de la carga de la prueba a las partes acusadoras sobre la comisión por el inculpaado de los hechos constitutivos de la infracción penal forma parte del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, protegido por el art. 8.2 CIDH. El citado derecho veda además la imposición al acusado de la carga de demostrar su inocencia e igualmente el establecimiento de presunciones legales de culpabilidad" ILANUD (1992, p. 87 y 88). Houed (1990) rechaza el concepto de carga de la prueba para el proceso penal, al analizar el ya derogado Código de Procedimientos Penales, que contenía, para el juicio, reglas similares al vigente "La primera conclusión a la que podemos arribar es que quien tiene el deber de investigar es el juez, quien puede examinar y corregir el objeto de prueba y también introducir de oficio en el proceso hechos y circunstancias necesarios para encaminar sobre ellos la prueba, iniciativa "ex officio" que puede referirse tanto a la prueba de la acusación como a la de la defensa. La investigación judicial autónoma, una de las características de la actividad probatoria de nuestro sistema procesal penal, no está condicionada ni a la controversia de las partes ni a su iniciativa probatoria. Así el art. 185 inc. 1 del CPP consagra este poder del juez durante la instrucción y el art. 384 ibid. durante el juicio, sin ninguna subordinación a la iniciativa de las partes".

31. No entramos aquí a analizar lo relativo a la acción civil dentro del proceso penal, donde rige el principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 317 del Código Procesal Civil "Carga de la prueba. La carga de la prueba incumbe: 1) A quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho; 2) A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor". Por supuesto tomando en cuenta algunas excepciones como la estipulada por el párrafo quinto del artículo 1048 del Código Civil en lo relativo a la responsabilidad civil objetiva, donde se invierte la carga de la prueba "...Y si una persona muere o fuere lesionada por una máquina moliva, o un vehículo de ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba falta de la persona muerta o lesionada...".

32. Esta posición no es ajena a nuestro proceso penal, pues en materia de apelaciones se estableció, en forma expresa, la carga de la prueba en el párrafo segundo del artículo 441 del Código Procesal Penal "Quien ha ofrecido esa prueba formará a su cargo hacerla concurrir a la audiencia y el tribunal resolverá únicamente con aquella que se incorpore y con los testigos que se hallen presentes".

33. El artículo 324 párrafo cuarto del Código Procesal Penal regula "El secretario del tribunal citará a los testigos y peritos, solicitará los objetos y documentos y dispondrá las medidas necesarias para organizar y desarrollar el juicio público. Será obligación de las partes y del Ministerio Público coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos que hayan propuesto para el juicio; la secretaría del tribunal les brindará el auxilio necesario por medio de la expedición de las citas, sin perjuicio del uso de la fuerza pública si es necesario".

y su derivado de imparcialidad. No es razonable que el tribunal esté citando a los testigos o peritos de las partes para realizar el juicio y preocupándose por su localización, e incluso hacerlos llegar por la fuerza cuando no atiendan la primera convocatoria³⁴.

La Constitución Política, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos tienen rango superior a la ley (Código Procesal Penal). Por ello la obligación de presentar a los testigos y peritos corre a cargo del actor penal, ya sea el fiscal o el querellante, o bien de la defensa. Incluso el Ministerio Público cuenta con las facultades coercitivas para hacer llegar esa prueba al juicio, mediante la intervención de la policía administrativa o judicial (artículos 62, 67, 68, 139, 165, 208 del Código Procesal Penal). Finalmente es recomendable que las partes se preocupen, antes de la audiencia oral, por conocer la disponibilidad de la prueba testimonial y pericial para acudir al juicio, con el fin de evitar las usuales suspensiones del debate, es decir, hay que prepararse para el acontecimiento más importante del proceso penal.

3. Investigación de oficio

El artículo 277 del Código Procesal, en su párrafo segundo, casi desterró la cuestionada figura del juez de instrucción, institución proveniente del derecho francés y que resultaba absolutamente contradictoria. Se trataba de un juez que, por un lado, debía velar por los derechos fundamentales del imputado y, por otro, realizar la investigación en favor de la víctima para tratar de demostrar la existencia del hecho delictivo.

La norma citada establece "...Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas por este Código, no podrán realizar actos de investigación..."³⁵.

La función del juez penal en la fase de investigación consiste en intervenir únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público, o bien algún otro de los sujetos procesales. Este juez debe autorizar actos en los cuales esté en juego el peligro a la violación de derechos fundamentales, como la libertad, en la prisión preventiva, la intimidad, en los allanamientos de morada o en las intervenciones telefónicas, o bien cuando alguna parte no esté de acuerdo con el proceder del Ministerio Público en la investigación resolver lo pertinente, entre otros, (sic).³⁶

La norma en comentario recoge uno de los principios fundamentales del principio acusatorio, a saber, la distribución de funciones en el proceso penal y la prohibición al juez de investigar, a efecto de mantener su condición de sujeto imparcial, sobre el cual no debe haber la menor duda de inclinación a favor de alguna de las partes. Cuando esto sucede el sistema prevé causales de recusación (art. 55 del Código Procesal Penal). El problema se presenta al agregar el citado artículo 277 *ibidem* "...salvo las excepciones expresamente previstas por este Código...". Aunque la única excepción contenida en el Código Procesal es la relativa a la inspección, levantamiento de cadáver y ordenar el peritaje, esta es contraria al principio de juez natural e imparcial, al obligar al juzgador a iniciar de oficio una investigación, acto naturalmente correspondiente al Ministerio Público.

A nuestro juicio, se puede excluir la citada frase y el sistema logra armonía con los principios acusatorios. Nada impide que sea el representante del Ministerio Público quien atienda ese tipo de investigación, encontrándose facultado para ordenar el peritaje tendiente a determinar la causa de muerte (art. 215 del Código Procesal Penal). Si se tratare de un acto definitivo e irreproducible, bastaría con que el fiscal solicite la intervención del juez (art. 293 *ibidem*). Esta solución es la correcta de acuerdo con un proceso de corte acusatorio. Por ello podemos eliminar la

34. El Artículo 353 del Código Procesal Penal establece esta obligación "...Incomparecencia. Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia..."

35. El artículo 191 del Código Procesal Penal establece el único caso en que el juez debe actuar de oficio en una investigación: "...Levantamiento e identificación de cadáveres. En los casos de muerte violenta o cuando se sospeche que una persona falleció a consecuencia de un delito, el juez deberá practicar una inspección en el lugar de los hechos, disponer el levantamiento del cadáver y el peritaje correspondiente para establecer la causa y la manera de muerte..."

36. En tal sentido señala González (1997, p. 580) "Con el nuevo sistema procesal se pretenden corregir esos defectos de la práctica, al delimitarse por un lado y en forma tajante que la investigación corresponde a la Policía Judicial y al Ministerio Público, y que su propósito será siempre sustentar la acusación, pero ya no la sentencia; pero por otro, al establecerse como funciones básicas del juez del procedimiento preparatorio la de tomar ciertas decisiones que atañen derechos fundamentales, la de realizar anticipos jurisdiccionales de prueba con plena garantía para todos los sujetos del proceso; y la de controlar la labor del Ministerio Público y de la policía en cuanto limiten derechos y facultades de las partes; pero al excluirlo de la tarea de investigar el hecho, la investigación es exclusiva responsabilidad de la Policía Judicial y del Ministerio Público, pero no más de un juez. Así como se distinguió en el anterior código la labor de acusar de aquella de juzgar, ahora en el nuevo se quiere distinguir además la investigación de la labor jurisdiccional."

frase contenida en el párrafo segundo del artículo 277 "salvo las excepciones expresamente previstas en este Código", porque no se justifica la investigación de oficio del juez en caso alguno. Más importante que la presencia del juez en una escena de muerte violenta sería la de un médico forense, perito con conocimientos especiales para orientar la investigación y colaborar con el Ministerio Público.

4. El interrogatorio por los jueces en el juicio

También resulta violatorio del principio de juez natural y de su derivado de imparcialidad, los interrogatorios realizados por los jueces en los juicios. Un juez de corte acusatorio escucha y revisa la prueba oral y documental aportada por las partes, sus alegatos y luego resuelve lo pertinente³⁷.

Ante la cantidad de quejas de defensores, fiscales, querellantes, actores y demandados civiles, sobre los extensos interrogatorios de los jueces en los debates, dejando sin preguntas a las partes, el legislador estableció en forma expresa, en el Código Procesal Penal, la obligación de utilizar o no la facultad de interrogar a los testigos, peritos o imputados, solo después de hacerlo las partes (artículo 343 y 352)³⁸.

Nos parece que debió aprovecharse la oportunidad de la nueva legislación para eliminar de una vez por todas la posibilidad de los jueces de interrogar a los testigos, peritos o imputados en los juicios, porque ello denota un claro interés hacia alguno de los sujetos procesales³⁹. Si el juez luego de escuchar a estos órganos de prueba, así como los interrogatorios formulados por los restantes sujetos procesales, tiene alguna duda, lo propio es ordenar la absolutoria a favor del imputado, con fundamento en el principio *in dubio pro reo* ya analizado. El imputado goza, como se dijo, del estado de inocencia y si este no es desvirtuado por el actor penal, lo correcto es resolver a su favor, conforme lo ordena el artículo 9 del Código Procesal Penal. Permitir el interrogatorio del juez atenta contra la imparcialidad y el principio de juez natural, contenido en el artículo 35 de la Constitución Política.

Por supuesto que todo lo anteriormente dicho no debe restringir al juzgador para intervenir y limitar la declaración o el interrogatorio cuando el testigo, perito o el imputado, se están alejando en sus declaraciones del tema probatorio

(art. 335 del Código Procesal Penal). O bien resulta pertinente consultar al testigo cuando se tiene duda sobre lo ya manifestado, por ejemplo cuando describe alguna característica de un objeto y no hemos escuchado bien lo expuesto sobre el tema. En todo caso, esas preguntas deben hacerse al final de la declaración del testigo, perito o imputado (art. 135 *ibidem*).

5. El sobreseimiento provisional

El artículo 314 del Código Procesal Penal regula el sobreseimiento provisional, figura un tanto similar a la prórroga extraordinaria del anterior Código de Procedimientos Penales "...*Si no corresponde el sobreseimiento definitivo y los elementos de prueba resultan insuficientes para realizar el juicio, se ordenará el sobreseimiento provisional, por auto fundado que mencione concretamente los elementos de prueba específicos que se espera incorporar. Se harán cesar las medidas cautelares impuestas al imputado. 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 nuevo el problema radica en la intromisión del juez en aspectos de la investigación que no le corresponden, según el principio acusatorio de imparcialidad. Nos parece inoportuna la intervención, de oficio del juzgador, ordenando el sobreseimiento provisional y haciendo ver al Ministerio Público los elementos probatorios necesarios para concluir una investigación y así revisar si se autoriza o no la apertura a juicio.

Si el Ministerio Público y el querellante no le aportan suficientes elementos de prueba para admitir la acusación, lo propio sería el sobreseimiento definitivo, cerrando el proceso con carácter de cosa juzgada. Si al Ministerio Público todavía le falta prueba para acusar, ello implica la vigencia del plazo razonable para investigar y si existe demora injustificada todavía se tiene acceso a la prórroga establecida por el artículo 171 del Código Procesal Penal. No se concibe a un fiscal solicitando un sobreseimiento provisional por falta de prueba para poder pronunciarse sobre el fondo de lo denunciado y, por supuesto, tampoco es acorde con el principio de juez natural y la imparcialidad

37. Coincide con nuestro parecer Nuñez (2002, p. 108 y 109), quien señala "El juez no debe buscar suplir las deficiencias del Ministerio Público al tomar la palabra para interrogar, y de tal base se parte para que esta investigación considere que las preguntas realizadas por el juez durante el interrogatorio solo pueden ser aclaratorias respecto a lo que el testigo ya haya manifestado en su deposición o por el interrogatorio de las partes. Cualquier nueva pregunta realizada por el tribunal sobre la cual o se hace manifestación alguna durante el debate debe considerarse violatoria a los principios acusatorios del debido proceso" (sic).

38. "Se trata de imprimirle caracteres acusatorios al juicio oral y público, de modo que el Tribunal adquiere un menor protagonismo en el interrogatorio. Con ello se pretende corregir la práctica que existió bajo el código de 1973, ya que era común que quien dirigiese el juicio oral y público interrogara en forma exhaustiva, agotando así el interrogatorio antes de que empezaran a interrogar las partes" Lobet (2003, p. 339).

39. En similar sentido Bovino (1993, p. 193) y (1996, p. 250), quien estima que con dicho proceder los miembros del tribunal se separan de su función de árbitros.

un pronunciamiento del juez advirtiéndole al fiscal la prueba que le resta para permitirle el paso del proceso a juicio.

Conclusiones

El principio de juez natural y de imparcialidad está contemplado en los artículos 35 de la Constitución Política, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 4 del Código Procesal Penal. Comprende el derecho de los ciudadanos a ser juzgados no sólo por un tribunal previamente establecido por la ley, es decir, la proscripción de designar jueces para un caso específico, sino también por un juzgador imparcial, no comprometido con alguna de las partes.

Estas características del juez derivan del sistema acusatorio, propio de regímenes democráticos como el costarricense. Las personas podrán confiar en el juzgador, cuando no dé muestras de un evidente interés por la tesis de alguna de las partes.

No es compatible con este principio constitucional un juzgador comprometido con la búsqueda de la verdad real o material. Este fin del proceso debe buscarse pero por los restantes sujetos procesales, quienes han de aportar la prueba necesaria para convencer al juez sobre las diferentes posiciones. En el proceso penal, especialmente, esa carga corre por cuenta del actor penal (Ministerio Público o querellante), pues al imputado lo cobija el estado de inocencia.

Con fundamento en lo anterior estimamos necesaria la derogatoria de algunas normas del Código Procesal Penal violatorias de dicho principio. Dentro de ellas se incluyen la obligación del juez de ordenar prueba de oficio, tanto para la prisión preventiva como para justificar la apertura a juicio, o bien para disipar dudas en el debate, a través de la prueba para mejor resolver, o con la reapertura del debate.

Tampoco debe interesarse el juzgador con el éxito de la investigación, ordenando el sobreseimiento provisional y señalando la prueba necesaria para permitir la apertura a juicio; o bien utilizando el procedimiento de disconformidad para obtener una acusación no querida por el Ministerio Público. Esto se soluciona al dar mayor participación a la víctima, notificando el fiscal su solicitud de desestimación, a efecto de que el primero decida si querrela o no. Si el juez no cuenta con acusación no debe buscarla, pues se interesa por una de las partes del proceso, dejando desprotegido y en desigualdad procesal al imputado.

Debe eliminarse la posibilidad del interrogatorio de los jueces al imputado, al testigo o al perito. Esta es labor de los restantes sujetos procesales. Si al final de la recepción de estas declaraciones persiste la duda, esta favorece al imputado. Si el juez interroga para buscar la verdad real o material se compromete con alguna de las partes. Es un hecho notorio que los extensos interrogatorios de los jueces tienden exclusivamente a colaborar con la tesis del fiscal, dejando en una difícil posición al imputado.

Existen otras figuras que particularmente comprometen el principio de juez natural y su derivado de imparcialidad. Pueden ser desterradas del Código Procesal Penal y no producen perjuicio, al contrario lograríamos avanzar hacia un verdadero proceso de corte acusatorio.

Bibliografía

ARMENTA DEU, Teresa. Principio acusatorio y derecho penal. Barcelona, J.M. BOSH S.A.

ARMIJO SANCHO, Gilbert; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier; RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marco. (1998), Nuevo proceso penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas, S.A.

ANTILLÓN MONTEALEGRE, Wálter. (2001). Teoría del proceso jurisdiccional. San José, Investigaciones Jurídicas.

BOVINO, Alberto. (1993). El debate. En: El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Buenos Aires, Ediciones del Puerto, pp. 167-195.

BOVINO, Alberto. (1998). Problemas de derecho procesal penal contemporáneo. Buenos Aires, Editores del Puerto.

CASTILLO BARRANTES, J. Enrique. (1992). Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal. (2ª ed.), San José, Editorial Juritexto.

CRUZ CASTRO, Fernando. (1994). Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto: El caso de Costa Rica. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, marzo 1994, Año 5, nº. 8.

DALL' ANESE RUIZ, Francisco. (1997). El juicio. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, pp.649-694.

FERRAJOLI, Luigi. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Editorial Trotá. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. (1985). El proceso penal Alemán. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. (1986). La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. San José, Colegio de Abogados.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. (1997). El procedimiento preparatorio. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, pp. 547-614.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. (2000). Informes nacionales. Costa Rica. En: Las Reformas Procesales Penales en América Latina. Coordinadores: Maier, Julio; Ambos, Kai; Woischnik, Jan. Buenos Aires, AD-HOC. pp. 269-324.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. (2000). La prueba en los procesos penales centroamericanos. Guatemala, El Salvador, Costa Rica. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, marzo 2000, Año 12, n.º 17.

HOUED VEGA, Mario Alberto. (1990). La carga de la prueba en el proceso penal. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, noviembre 1990, Año 2, N.º 3.

ILANUD. (1992). El proceso penal: entre el garantismo normativo y la aplicación inquisitorial. Tomo III, San José, Agencia Española de Cooperación Internacional.

MOROSI, Guillermo; PÉREZ LANCE, Adrián; POSSE, Francisco y RAFECAS, Daniel. (1999). El sistema procesal penal italiano. En: Sistemas Procesales Penales Comparados. Compilador Hendler, Edmundo, Buenos Aires, AD-HOC S.R.L., pp. 133-208.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. (2003). Proceso penal comentado. (2ª ed.), San José, Editorial Continental.

MAIER, Julio. (1996). Derecho procesal penal. Fundamentos. (2ª ed.), Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l.

MORA MORA, Luis Paulino. (1997). Los principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal

de 1998. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2da. Edición.

NÚÑEZ NÚÑEZ, Carlos Enrique. (2002). Interpretaciones Inquisitorias en el sistema acusatorio del Código Procesal Penal de 1996. El interrogatorio por los jueces y la prueba para mejor resolver. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho.

ROXIN, Claus. (2000). Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. (1982) Derecho procesal penal. Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba s.r.l.

VENEGAS GONZÁLEZ, David. (2003). El sistema acusatorio. Estructura del proceso penal. Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE.

Leyes

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, del 7 de noviembre de 1949.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES de Costa Rica, Ley 5377 del 19 de octubre de 1973.

CÓDIGO CIVIL de Costa Rica, Ley n.º. XXX del 19 de abril de 1885.

CÓDIGO PENAL de Costa Rica, Ley 5473. del 8 de noviembre de 1971.

CÓDIGO PROCESAL PENAL de Costa Rica, Ley no. 7594 del 10 de abril de 1996.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL de Costa Rica, Ley 7130 del 16 de agosto de 1989.

CÓDIGO PROCESAL PENAL de Honduras, Decreto n.º. 9-99-E, publicado en el Diario Oficial La Gaceta el 20 de mayo de 2000, vigente a partir del 20 de febrero de 2002.

CÓDIGO PROCESAL PENAL de la República Dominicana, Ley 76-02 del 19 de julio de 2002.

BASES PARA FORTALECER EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA PENAL

(Policía Judicial, Órganos Científico-Forenses, Defensa Pública, Ministerio Público)

*Daniel González Álvarez**

Este trabajo recoge una síntesis de las ideas que expusiera en el Segundo Taller de Reforma al Poder Judicial celebrado en marzo de 2003. La Corte Plena, en sesiones celebradas de noviembre de 2003 a marzo de 2004, ha conocido de ellas y algunas han sido acogidas en su totalidad, otras solo parcialmente y otras han sido rechazadas (los funcionarios ligados pueden consultar las actas en la Intranet en <http://172.30.1.48/secretaria/-CORTE/>). Este proceso apenas inicia y se deberá continuar obviamente con las necesarias discusiones externas, que lo enriquecerán y terminarán impulsando los cambios que necesita la justicia penal en nuestro país. A la vez, el Colegio de Abogados, la Asamblea Legislativa y algunas universidades, en especial las que tienen cursos de posgrado, han realizado una gran labor en ese mismo sentido, de modo que publicamos este resumen con el fin de provocar más discusión que consenso, con la esperanza de contribuir a ese debate, así como para facilitar su acceso a los estudiosos de los problemas judiciales.

Consideraciones iniciales

Presentamos algunas ideas preliminares que, en nuestro criterio, son básicas para un mayor crecimiento institucional del Poder Judicial y para fortalecer los órganos de la administración de justicia penal.

Pero son precisas algunas aclaraciones. En primer término, se trata de algunas propuestas, no todas las necesarias, de modo que existen otros temas de no menor importancia que deberán ser expuestos y analizados con los mismos propósitos.

En segundo lugar, como indicamos, son ideas preliminares y generales, que las exponemos con el fin de propiciar un debate y la toma de decisiones político-administrativas, conscientes de que se trata de una tarea multidiscipli-

plinar, tomadas de los debates internos del Poder Judicial, que deben estar sujetas a mucha discusión, análisis y evaluación.

Para ello es indispensable que en su análisis y desarrollo se involucren activamente todos los sectores, en primer término y en especial los fiscales, los defensores, los policías, los profesionales en ciencias forenses, pero también los jueces, los magistrados, los funcionarios administrativos, los integrantes del Consejo Superior y de las demás estructuras administrativas del Poder Judicial. En tercer lugar, se trata de ideas que, en nuestro criterio, deben debatirse también al exterior del Poder Judicial, donde exista una amplia participación e intervención de los abogados litigantes, de las escuelas de derecho, del Colegio de Abogados, de las demás instancias del Estado que se relacionan directamente con la administración de justicia, como la Asamblea Legislativa, los ministerios de Seguridad Pública y Justicia, entre otros y también otras organizaciones no gubernamentales que han tenido y mantienen efectiva incidencia en la actividad judicial, así como los ciudadanos.

También es importante resaltar la necesidad de que en estas discusiones participen profesionales de otras áreas distintas a las ciencias jurídicas; administradores, planificadores, expertos en gerencia administrativa, economistas, etc., porque es una tarea multidisciplinar.

Como indicamos, son ideas que en cierta medida han estado discutiéndose en algunos foros. Ya la Corte Plena ha tomado decisiones políticas de importancia, como por ejemplo la necesidad de mantener al Organismo de Investigación Judicial, a la Defensa Pública y al Ministerio Público como órganos adscritos al Poder Judicial. También ha venido implementando un proceso de descentralización administrativa, al crear y fortalecer los

consejos de circuito, con la idea de descongestionar la centralización administrativa que nos había venido caracterizando.

Las propuestas se dirigen por ese mismo rumbo: por un lado, descentralizar a los órganos auxiliares de la administración de justicia penal, otorgándoles mayor autonomía en el funcionamiento administrativo, pero por otro, también descentralizando las estructuras jerárquicas internas que los caracterizan, con el fin de propiciar mayor participación de sus integrantes en la toma de decisiones que afecten el rumbo de cada una de esas instituciones.

Algunas de las propuestas que formulamos no son pacíficas, en especial aquellas que pretenden desconcentrar y dar mayor autonomía administrativa y presupuestaria a los órganos auxiliares de la administración de justicia penal, como tampoco son pacíficas las propuestas que tienden a eliminar la estructura jerárquica que ha caracterizado a la conducción interna de dichos órganos. Se trata de darles autonomía por medio de una mayor desconcentración administrativa, pero, a su vez, permitir mayor participación de los funcionarios que los integran en la toma de las decisiones administrativas.

Ello implica distribución de poder administrativo, no porque nos mortifique el que haya estado concentrado, sino porque estimamos que esa pudo ser una medida correcta cuando se crearon, sin embargo conforme se fueron desarrollando, hasta convertirse en las organizaciones complejas que los caracterizan, la solución no puede ser otra que aquella que busca darles mayor autonomía de funcionamiento, mayor transparencia, mayor participación, mayor dinamismo a sus actuaciones administrativas, pues sin duda ello repercutirá también en forma positiva en las funciones jurídicas que cada uno de esos órganos desempeña, en beneficio de los ciudadanos que demandan su servicio.

Con ello queremos manifestar, desde un inicio, que no pretendemos otra cosa que plasmar en estas líneas algunas ideas centrales de lo que, en nuestro criterio, pueden ser opciones que podrían tomarse en cuenta para orientar la reforma de esos órganos, que deberán estar sujetas a debate.

Una última cuestión preliminar: hablamos de "órganos auxiliares de la justicia penal" para englobar las estructuras internas y desconcentradas del Poder Judicial relacionadas con la materia penal, propiamente nos referimos a la policía judicial, los órganos científico-forenses, la Defensa Pública y el Ministerio Público, a sabiendas de que no se trata en sentido estricto de órganos "auxiliares" de la judicatura, pues cada uno de ellos desarrolla su rol conforme a las potestades atribuidas en la ley, con plena independencia y autonomía funcional unos de otros.

1.- Algunas reformas necesarias en el Organismo de Investigación Judicial

Desde su creación, el Organismo de Investigación Judicial prácticamente no ha sido modificado en su estructura interna básica, no obstante los cambios que se han producido en lo interno del Poder Judicial, tanto en el aspecto administrativo como en el jurisdiccional, y no obstante también los embates del fenómeno de la criminalidad que ha sufrido nuestro país en los últimos años.

Lo anterior no significa que no haya respondido con eficiencia en el descubrimiento de los delitos, tanto en el plano policial como en el científico pericial; la afirmación inicial solamente justifica que es buen tiempo para someterla a análisis y estudio, con el fin de diagnosticar si aún debe mantenerse su estructura administrativa, o bien, si requiere de algunos cambios.

Desde ese punto de vista debemos indicar, al igual que ha ocurrido con la estructura administrativa del Poder Judicial y del Ministerio Público, al momento de diseñarse la del Organismo de Investigación Judicial también se pensó en una estructura jerárquica muy rígida, con una jefatura muy fuerte a la cabeza, que toma las decisiones administrativas más importantes, con poco espacio para una mayor participación. No creemos que una organización judicial deba ser "democrática", entendida como aquella en la que la mayoría toma las decisiones, pero conviene al menos plantearnos algunas interrogantes sobre la adscripción del cuerpo científico forense a la policía, su relación de dependencia funcional con el Ministerio Público, la necesidad de fortalecer el órgano asesor a la Dirección y, finalmente, examinar la dependencia administrativa y financiera del OIJ con las estructuras administrativas del Poder Judicial.

A.- Relaciones entre la policía judicial y el sector científico-forense.

Recordemos que el Organismo de Investigación Judicial está compuesto por tres grandes departamentos, cada uno de ellos bien definido en la Ley Orgánica, con funciones muy particulares. En primer término el Departamento de Investigaciones Criminales, que conforma en sentido estricto a la policía judicial; el Departamento de Medicina Legal, que comúnmente se le sigue llamando en forma impropia la "medicatura forense"; y el Departamento de Laboratorio en Ciencias Forenses. Estos dos últimos constituyen el cuerpo científico forense que auxilia a todos los tribunales de justicia en caso de pericias.

Las relaciones entre el cuerpo policial y el científico forense son muy estrechas, su cercanía y coordinación permiten un adecuado manejo de la investigación de los delitos, y efectivamente el que ambos sectores se

encuentren dirigidos por un mismo jefe ha permitido resultados muy rápidos y eficientes.

Sin embargo, sobre esas relaciones son posibles dos opciones:

a.1.- Separar la policía judicial de los departamentos en ciencias forenses.

Una primera opción, quizá la más radical, la constituye separar el Departamento de Investigaciones Criminales (Policía Judicial) por un lado y los departamentos de Medicina Legal y Laboratorio en Ciencias Forenses por el otro, cada uno con una estructura apropiada según sus necesidades operativas, tanto en lo funcional como en lo administrativo.

Desde el punto de vista funcional, ubican esta opción como necesaria las siguientes razones:

- Mayor objetividad del perito, pues actualmente se les ubica como peritos de la parte acusadora.
- Mejor planificación y priorización de sus recursos y necesidades al no depender de una jerarquía policial.
- Mayor transparencia en sus actuaciones.
- Efectivo aseguramiento de la calidad, al ser independientes de la policía.

En efecto, el primer argumento que se esgrime para sustentar la separación de los órganos de policía de los peritos es la necesidad de que su labor responda a criterios objetivos, ante la sola posibilidad de que los informes periciales estén vinculados o al menos sesgados al interés de la policía, con todas las implicaciones que ello trae, puesto que las experticias constituyen un fundamento esencial en la toma de decisiones jurisdiccionales.

Debemos reconocer que en nuestro país, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros, la policía judicial se ha desempeñado con mucha objetividad en sus investigaciones, y cuando ha habido excesos en la función policial sus mismos integrantes se han encargado de iniciar la respectiva investigación y conducirla con absoluto apego al interés por descubrir la verdad, aunque eso haya implicado someter a sus mismos integrantes a procesos disciplinarios e incluso penales.

Sin embargo, se afirma que la estrecha relación entre los policías y los profesionales en ciencias forenses que deben rendir informes sobre los elementos de prueba recopilados, puede propiciar una pérdida de objetividad ante el interés de la policía de conseguir las pruebas necesarias para que un tribunal condene a un sospecho-

so de delito, sobre todo en los casos en que, según criterios policiales, el "caso está resuelto" porque se sabe con cierta precisión quién es el responsable del delito, pero queda pendiente su respectiva comprobación conforme a las exigencias constitucionales en sede jurisdiccional.

Esa adscripción de los profesionales en ciencias forenses a la policía hace que en muchos casos se les ubique como peritos de la parte acusadora, y si a ello sumamos la dependencia funcional de la policía judicial al Ministerio Público, el argumento se refuerza.

La verdad es que dichos profesionales son peritos del juez, del tribunal, y si bien ellos han realizado su labor con mucha independencia funcional, asisten a todos los tribunales de todas las materias, como por ejemplo a las jurisdicciones de familia, penal juvenil, laboral, civil, etc. Esta última circunstancia también coadyuva a que desde el punto de vista administrativo no estén ubicados como departamentos del Organismo de Investigación Judicial, máxime que por razones históricas la jefatura de este órgano ha estado desempeñada principalmente por abogados que se han formado en la policía judicial, y nunca por profesionales en ciencias forenses, de modo que podemos afirmar que el control administrativo lo ha tenido la policía.

Otro aspecto de importancia que debe mencionarse es que la separación permitiría a los departamentos forenses planificar y establecer la prioridad de su propio desarrollo, con independencia de las necesidades y las circunstancias propias de la policía judicial, de modo que puedan desarrollarse según las necesidades del servicio que prestan a todos los tribunales del país, conforme a los requerimientos de la ciudadanía.

Esta opción permitiría también darle mayor transparencia y confiabilidad a las actuaciones de los peritos en el desempeño de sus funciones. Conforme a las reglas ISO, los países son clasificados con muy baja puntuación cuando los cuerpos forenses están adscritos a la policía, incluso impide a los profesionales en ciencias forenses optar por becas y otros programas de asistencia de ciertos organismos internacionales en virtud de esta relación. Desde luego que esta política ha estado matizada por las circunstancias ocurridas en otros países, al desconfiarse de la labor policial, sin embargo también repercute en forma negativa sobre las calificaciones ISO que reciba nuestro país. Desde el punto de vista de los ciudadanos, es indudable que tendrían mayor confianza en las pericias forenses si los profesionales que las rinden no estuviesen adscritos a la policía.

Sin duda que para implementar esta opción tendrían que adoptarse algunas decisiones sobre la estructura que mantendría el organismo científico forense. Al respecto ya

se han elaborado algunas propuestas de sus propios integrantes, los cuales requieren estudio y análisis, pues no se pretende crear mayor burocracia ni ampliar las estructuras administrativas de esos órganos.

Como aspectos negativos para adoptar esta separación se han mencionado los siguientes:

- Se afectará seriamente la investigación de los delitos y el combate de la criminalidad.
- Se debilitará a la policía judicial.
- La separación se sustenta en intereses exclusivamente gremiales y no en razones institucionales.
- No hay presupuesto para que puedan desarrollarse por separado.
- Hasta la fecha la policía ha respetado la autonomía funcional de los peritos y los ha apoyado en todo su desarrollo profesional.

Quienes se oponen a la separación han señalado que no debemos reformar una institución si ha la fecha ha desempeñado en forma adecuada su labor y no se detectan problemas por resolver en su organización.

Señalan que la principal consecuencia con dicha separación será la de dificultar la labor de la policía en el combate de la criminalidad, porque surgirán nuevos trámites que deban seguirse para solicitar la presencia de los expertos forenses cada vez que ellos lo requieran, y en el mejor de los casos que su presencia e intervención sea tardía, así como los resultados de sus investigaciones científicas.

Exponen que la policía judicial quedará debilitada y advierten que muchos de quienes propician esa separación se sustentan en intereses gremiales, al no querer estar sometidos a una estructura administrativa.

También nos indican que no existe financiamiento para crear nuevas estructuras administrativas, y que esa opción representa una mayor carga para el presupuesto del Poder Judicial.

Finalmente, indican que hasta la fecha la policía judicial ha respetado la independencia funcional de los profesionales forenses y la jefatura ha contribuido al desarrollo institucional de ambos departamentos técnicos.

Estas objeciones deben ser examinadas con profundidad, sin perder de vista que la decisión de separar la policía de los departamentos forenses es esencialmente política, en el buen sentido de la palabra, pues lo que menos se desea con una transformación como la que se propone es afectar el funcionamiento de la policía judicial, sino por el contrario, hacerla más efectiva conforme a las exigencias de los ciudadanos en un país democrático.

a.2.- Crear en el Organismo de Investigación Judicial una Jefatura multidisciplinar.

Actualmente la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial establece una jefatura conformada por un jefe y un subje. Por razones de política institucional en esos cargos han sido electos abogados, la mayoría de las veces con experiencia en el ámbito policial, sin que se le haya permitido alguna participación a los profesionales que conforman los departamentos forenses.

Una segunda opción, que al menos permitiría paliar algunos de los problemas que se observan en la estructura vigente, estaría constituida por la creación de una jefatura multidisciplinar o compuesta al interno del Organismo de Investigación Judicial.

Las posibilidades pueden ser variadas, la idea central es que se mantengan adscritos al Organismo de Investigación Judicial tanto la policía judicial (Departamento de Investigaciones Criminales) como los departamentos forenses (Departamento de Medicina Legal y Departamento de Laboratorio en Ciencias Forenses), y se establezcan dos subjefaturas, de modo que sean ocupadas por profesionales que provengan de las distintas áreas que conforman el Organismo, pero que al menos uno de ellos necesariamente sea abogado y tenga experiencia policial, mientras que los otros dos sean profesionales, incluso distintos entre sí, pero que cuyas disciplinas sean las que se ejercen en los departamentos forenses.

Determinar quién ocupa la jefatura y quiénes las subjefaturas deberá constituir un tema que le corresponda definir a la Corte, conforme a las circunstancias y a las necesidades del servicio, lo importante es que a la cabeza de la institución se encuentren personas de distintas disciplinas, una de ellas necesariamente que sea abogado con experiencia policial, que puedan mantener un estrecho contacto con los sectores de los cuales provienen, y al mismo tiempo tomen en cuenta las necesidades de todos los sectores que lo conforman, para una mejor planificación de su labor y de esa manera puedan

brindar mayor transparencia y confiabilidad en la conducción del Organismo.

B.- Transformar el Comité Asesor en un órgano deliberativo con competencia propia.

Independientemente de la opción que se adopte sobre la separación de la policía judicial y los departamentos forenses, e incluso, aun ante el evento de que no se adopte ninguna de esas opciones, es indispensable que el Comité Asesor se transforme en un órgano deliberativo con competencia propia, aunque pueda tratarse de una vía más propicia ante el evento de que se adopte la tesis de la jefatura multidisciplinaria o si se mantiene la estructura actual.

De acuerdo con la Ley Orgánica, el Comité Asesor del Organismo está integrado por el director general, quien lo preside, el subdirector, el secretario general y los jefes departamentales. Debe reunirse ordinariamente, por lo menos una vez al mes y, extraordinariamente, cuando el director general lo convoque. La Ley señala que dicho Comité es el cuerpo consultor de la Dirección General, y tiene las siguientes atribuciones: 1) Recomendar los cambios en la estructura interna del Organismo que las circunstancias aconsejen; 2) Recomendar los planes y programas a desarrollar por el Organismo; 3) Coadyuvar en la elaboración del anteproyecto de presupuesto; 4) Realizar los estudios que la Dirección General le encomiende; 5) Dar su opinión en aquellas materias que la Dirección General someta a su conocimiento; 6) Recomendar las medidas necesarias para preservar el prestigio y moral del Organismo; y 7) Cualquier otra que le señalen los reglamentos.

La experiencia nos ha demostrado que las recomendaciones de estos órganos "asesores" terminan en poco, porque toda la estructura deja en manos del Jefe la toma de decisiones, lo que desestimula su propio desarrollo y la creatividad que les debe caracterizar.

El Organismo de Investigación Judicial es una institución sumamente compleja, no solo por la cantidad de funcionarios que la conforman, sino especialmente por la diversidad de tareas que debe cumplir y por las nuevas exigencias que la investigación judicial demanda en todas las áreas demandan, ya no solo la penal, y la violencia y la complejidad con que se cometen los delitos, sino también por las necesidades que requieren las otras materias, como familia, laboral, etc.

Conducir una institución tan compleja requiere también una mayor participación en la toma de decisiones de todos los sectores involucrados, además ello rompe con una tradición de verticalidad que había venido caracterizando las estructuras internas del Poder Judicial, por otra más participativa y transparente en la toma de decisiones,

según las nuevas exigencias constitucionales para todos los funcionarios públicos, en especial si consideramos el tema de la rendición de cuenta.

Por esos motivos estimamos que el Consejo adscrito al Organismo de Investigación Judicial deje de ser "asesor" y se transforme en un órgano con competencia propia, de manera que adopte las decisiones generales sobre el rumbo de la institución, como por ejemplo las siguientes:

- Definir las políticas generales de la institución.
- Planificar la labor policial.
- Determinar las necesidades, las prioridades y debatir acerca de una mejor distribución de los recursos, aprobando la solicitud anual de recursos humanos y materiales.
- Definir las estrategias generales en la persecución policial de los delitos.

De acogerse esta recomendación, habría una mayor participación en la toma de decisiones en el Organismo de Investigación Judicial; mayor posibilidad de conocimiento, control y planificación de las actividades; tendríamos una policía más democrática y participativa y un mejor y más adecuado servicio público.

Desde luego la idea no es debilitar la jefatura, sino más bien fortalecerla al crearle un consejo que debe ser integrado y coordinado por el jefe, este debe mantenerse y fortalecerse conforme se propone en la recomendación anterior, el jerarca debe conducir la institución siguiendo los lineamientos generales adoptados por el Consejo que aquí se propone, y no se pretende que el Consejo dirija las investigaciones policiales concretas, ni que gire instrucciones de cada caso, pues ello le debe corresponder a cada jefe y al jefe general; como tampoco que se inmiscuya en las experticias que deben realizar los departamentos forenses. Al Consejo debe corresponderle la toma de decisiones generales, muchas de las cuales hoy son adoptadas por la Corte Plena y el Consejo Superior por intermedio de la Comisión de Enlace. La idea es que muchos de los aspectos que deben conocer esos órganos se le trasladen al Consejo del Organismo de Investigación Judicial, y de ese modo también tengan una mayor autonomía administrativa, sin intervención de los magistrados y de los miembros del Consejo Superior.

C.- Relaciones entre la policía judicial y el Ministerio Público.

Una opción que también se debate es la posibilidad de reunificar a la policía judicial con el Ministerio Público, de forma tal que conformen una sola estructura administrativa y no dos estructuras como en la actualidad. Recorde-

mos que ya nuestra legislación procesal penal establece en forma clara y precisa una subordinación funcional en la investigación de los delitos, que se ha denominado "dirección funcional", según la cual la policía está subordinada al Ministerio Público.

En virtud de esa subordinación y de las competencias asignadas a cada uno de ellos, existen estrechas relaciones de funcionamiento entre el Ministerio Público y la policía judicial, ambos son los encargados de investigar, recoger los elementos de prueba y perseguir a los autores de hechos delictivos, por lo que se estima que unificarlos facilitaría el combate de la criminalidad. De hecho los fiscales se incorporan desde el primer momento de la investigación y orientan la labor policial pensando en las exigencias jurisdiccionales, conforme lo reclama nuestro ordenamiento jurídico, y ambos entes mantienen reuniones frecuentes de coordinación, respetando cada uno de ellos sus respectivas competencias.

En ocasiones han surgido problemas de coordinación, como ya lo ha expuesto la prensa, razón por la cual se ha planteado la opción de reunir como una sola entidad, en forma definitiva, a la policía judicial y al Ministerio Público, ubicando a la primera como una dependencia ya no solo funcional sino también administrativa de la segunda, dirigidas por una sola jefatura, de manera que no surjan esos problemas de coordinación.

Sin embargo, estimamos que no es conveniente esa reunificación, y en nuestro criterio deben mantenerse, como ocurre en la actualidad, cada uno de ellos con jefaturas independientes. En primer término porque la reunificación concentraría excesivo poder en un solo órgano del Estado, en una materia extremadamente represiva, con todas sus implicaciones, y ello frenaría los necesarios controles recíprocos ante el evento de que surjan excesos u omisiones. Tratándose de una materia tan delicada son convenientes los frenos y contrapesos, y la verdad es que la unificación podría provocar mayores desajustes a la organización interna del Ministerio Público, sumándose a los que ya ha sufrido en este proceso de reforma.

Por otro lado, desde el punto de vista técnico, no obstante esa relación tan estrecha que mantienen en la persecución de los delitos, lo cierto es que ambos operan en planos distintos, uno lo hace en la fase de investigación policial y el otro debe actuar en primer término en una fase de investigación judicial, pero totalmente vinculado a los órganos jurisdiccionales en las distintas etapas del proceso penal (preparatoria, intermedia, juicio, impugnación y ejecución). Por esas razones estimamos que no deben reunificarse en una sola estructura administrativa, pues basta esa subordinación funcional que ya está moldeada en la ley para que puedan trabajar en forma coordinada,

sin necesidad de convertir a la policía judicial en un departamento interno del Ministerio Público.

Incluyo esta opción porque ha sido reiteradamente mencionada por algunos, para que se considere y se ratifique, al menos, que deben mantenerse separados desde el punto de vista administrativo, con jefaturas distintas, aunque relacionadas por la "Dirección Funcional".

2.- Algunas reformas necesarias en el Ministerio Público

El Ministerio Público ha sido uno de los órganos que más ha sufrido variantes con la reforma procesal penal, cuando esta se planteó su estructura respondió también a la idea de jerarquía que entonces venía caracterizando al Poder Judicial. Por consiguiente, se moldeó una institución en la que el fiscal general es la base de todas las decisiones administrativas y gerenciales. Si bien es importante que se mantenga el principio de unidad jerárquica que caracteriza su función jurídica (el ejercicio de la acción penal, con todas sus implicaciones, y en su caso de la civil), debemos replantearnos al menos si esa misma idea debe mantenerse en el plano administrativo y gerencial.

La crítica que se le formula a la estructura del Organismo de Investigación Judicial puede replicarse también al Ministerio Público. La institución es muy compleja, está conformada por más de trescientos fiscales y su control prácticamente escapa a una jefatura única. Se crearon las fiscalías adjuntas con el propósito de coadyuvar en su organización, lo que ha tenido excelentes resultados en el plano operativo de su función jurídica (el ejercicio de la acción penal y la civil), pero no se acompañó con potestades administrativas, de manera que las decisiones en ese campo continuaron adoptándose en la fiscalía general.

El Ministerio Público, como ya se dijo, es una institución muy compleja, crecieron sus potestades jurídicas, debe orientar las investigaciones policiales, establecer una adecuada política de persecución penal, señalar los casos y las circunstancias en que son admisibles las medidas alternativas a la persecución penal, realizar la investigación preparatoria en todos los casos sometidos a su conocimiento, ejercer la acción penal en las distintas fases del proceso penal, intervenir en las fases de impugnación y ejecución, orientar a la víctima para que esta ejerza adecuadamente las funciones que el proceso penal le asigna, ayudarla incluso brindándole asistencia social u orientación personal, ejercer la acción civil delegada, en fin, cumplir una serie de labores de sumo cuidado y complejidad en todo el proceso penal.

Lo anterior demanda en forma paralela una estructura administrativa de bastante complejidad, descentralizada, con capacidad gerencial para responder en forma pronta a las necesidades del servicio, y a su vez que sea transparente y permita el ejercicio de los controles tanto internos como externos, que demandan los ciudadanos.

Esa estructura administrativa en el Ministerio Público no existe, las decisiones de esta índole están concentradas en el fiscal general, quien prácticamente no puede cumplirlas con excelencia y holgura porque exceden lo que una persona podría hacer en una institución tan grande y compleja como esta, al extremo de que incluso ha debido delegar las pocas potestades jurídicas hasta donde las circunstancias se lo han permitido (la investigación penal contra los miembros de los supremos poderes y el mantenimiento de la posición del Ministerio Público ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, principalmente).

Por esas razones proponemos debatir algunas reformas necesarias en lo interno del Ministerio Público.

A.- Otorgarle rango constitucional al Ministerio Público y fortalecer la figura del fiscal general.

La primera medida que en nuestra opinión debe valorarse es la necesidad de ubicar al Ministerio Público a nivel constitucional, señalando en forma clara varios aspectos esenciales para su futuro desarrollo político e institucional, pues como sabemos se trata de una institución creada después de promulgada nuestra Constitución Política, de ahí que no se haya hecho mención de ella, pues para esa época las funciones de Ministerio Público, asignadas según el proceso penal de entonces, las ejercía la Procuraduría General de la República, institución que sí fue mencionada y establecida con rango constitucional.

También es sabido que en todos los países democráticos el Ministerio Público no solo es una institución definida y moldeada en la Constitución Política, sino además su jerarca tiene un rango superior al de un ministro de Estado o en el peor de los casos equivalente, con todas sus implicaciones, mientras que en nuestro país la institución no tiene esas prerrogativas.

Pero no se trata de un asunto de vanidad profesional, sino de un problema de definición política de Estado, en el mejor sentido de esos términos, pues lo que se pretende es que la Constitución establezca varios aspectos de relevancia: en primer término, que el Ministerio Público es un órgano adscrito al Poder Judicial, para sellar de una vez por todas la polémica que se ha originado sobre su ubicación, y además ejecutar un tema que ya ha sido reiterado

por la Corte Plena. En segundo lugar, que la Constitución señale las principales funciones asignadas al Ministerio Público; en tercer lugar, que se garantice su independencia funcional en el ejercicio de la acción penal y la civil delegada; y finalmente, en cuarto lugar, que otorgue al fiscal general rango equivalente al de los miembros de los supremos poderes, como lo hace con respecto a otros funcionarios como el procurador general de la república y el contralor general de la república, y que se establezcan las bases de su designación, el plazo de su nombramiento y su posible destitución por falta grave en el desempeño de sus funciones.

Cuando se afirma que esos aspectos los establezca la Constitución Política lo que significa es que se debata al más alto nivel político del país, que esos aspectos constituirán la base esencial de funcionamiento del Ministerio Público, ante la variada cantidad de proyectos de ley contradictorios sobre el actuar y la ubicación de ese órgano dentro de las estructuras del Estado. Debate político que debe producirse en el seno de la Asamblea Legislativa como representante de los intereses de los ciudadanos, seno en el que debemos participar activamente, como todos los demás sectores involucrados e interesados.

B.- Fortalecer las fiscalías adjuntas y el Consejo Fiscal.

Otra reforma necesaria para el Ministerio Público, no menos importante que la anterior, la constituye el fortalecimiento administrativo del Consejo Fiscal y de las fiscalías adjuntas.

De acuerdo con su Ley Orgánica el Consejo Fiscal es el órgano asesor del fiscal general de la república, debe sesionar por lo menos una vez cada seis meses o cuando lo convoque el Fiscal General, y está integrado por este último, quien lo preside, por sí o por delegación, y por los fiscales adjuntos. A ese Consejo le corresponde colaborar con el fiscal general en la definición de la política que deba seguir el Ministerio Público y la policía judicial, en cuanto a la investigación y persecución penales y en los asuntos que el fiscal general le someta, así como otorgar, además, distinciones honoríficas por desempeño sobresaliente en el cumplimiento de labores.

Al igual de lo que señalábamos para el Consejo Asesor del Organismo de Investigación Judicial, el Consejo Fiscal en la práctica tiene pocas posibilidades de funcionamiento, pues como indicábamos atrás la experiencia nos ha demostrado que las recomendaciones de estos órganos "asesores" terminan en poco, porque toda la estructura deja en manos del jefe la toma de las decisiones, desestimulando su propio desarrollo y la creatividad que les debe caracterizar.

Si a lo anterior le sumamos la cantidad de funcionarios que componen el Ministerio Público y la complejidad de sus labores, conforme indicamos atrás, se acrecienta la necesidad de fortalecer el Consejo Fiscal, asignándole también labores propias.

Por consiguiente, en mi criterio, debe valorarse la asignación a dicho Consejo de las siguientes funciones, entre otras:

Definir las líneas generales de la política de persecución penal de los delitos.

Planificar la labor del órgano fiscal.

Determinar necesidades, prioridades y debatir acerca de una mejor distribución de los recursos.

Aprobar la solicitud anual de recursos humanos y materiales.

No se pretende eliminar el principio de jerarquía y unidad que caracteriza a esa institución, pues desde el punto de vista funcional deben mantenerse vigentes las reglas que lo establecen, pues en los casos concretos habrá que continuar aplicando las directrices que giren los respectivos jefes y el fiscal general, pero deberán ajustarse a los lineamientos generales que definan la política de persecución penal debatida en el Consejo Fiscal que dirige y coordina el fiscal general.

A la vez deben fortalecerse las fiscalías adjuntas en el plano administrativo, de modo que constituyan un verdadero jerarca administrativo en cada región del país y en cada unidad especializada. Recordemos que existe una Fiscalía Adjunta en cada circuito judicial del país, así como también fiscalías especializadas en ciertas áreas que así lo han requerido, como ocurre por ejemplo en materia de drogas, penal juvenil, delitos tributarios y corrupción, etc.

En principio estimo, con aplicación de adecuadas reglas sobre el sistema de nombramientos, traslados, ascenso y promoción en lo interno del Ministerio Público (Carrera Fiscal), debe otorgársele al respectivo fiscal adjunto la potestad de realizar los nombramientos interinos y en propiedad de los fiscales asignados a su Fiscalía Adjunta, previendo una ratificación de parte del fiscal general, sin intervención del Consejo Superior, así como también deben asignársele potestades disciplinarias sobre el personal a su cargo, y ubicarlo como un verdadero jefe administrativo en su respectiva unidad o región.

Lo anterior se traduciría en una institución más independiente y desligada en lo administrativo de las estructuras centrales del Poder Judicial, y permitiría en lo interno del Ministerio Público una mayor participación en la toma

de decisiones, una institución más democrática y participativa, y finalmente un servicio público más adecuado a las necesidades de todos los usuarios del servicio judicial y mayor eficiencia en sus tareas.

C.- Creación de la Carrera Fiscal.

En armonía con lo que se viene proponiendo para fortalecer al Ministerio Público y desligarlo cada vez más de la administración central del Poder Judicial, es indispensable crear una adecuada Carrera Fiscal que señale las políticas de ingreso, traslado y ascenso del personal profesional que compone esa institución, que comprenda también un "Consejo de la Carrera Fiscal", integrado principalmente por fiscales adjuntos, con una competencia similar a la del Consejo de la Judicatura.

Para tales efectos deben buscarse los parámetros específicos y las bases que permitan la calificación profesional del fiscal, tomando en consideración la naturaleza de sus funciones, para lo cual debe recogerse gran parte de su experiencia actual en el Ministerio Público, como lo han sido los cursos de ingreso, los exámenes, las prácticas dirigidas, etc.

Sabemos que en lo interno del Ministerio Público se ha hecho un verdadero esfuerzo para suplir la falta de reglamentación adecuada, pues la jefatura ha propiciado la adopción de normas que regulan muchos de esos aspectos, siguiendo también los lineamientos que ha dictado tanto la Corte Plena, el Consejo Superior, como la Sala Constitucional a consecuencia de los recursos que se han formulado sobre su sistema de nombramiento y promoción. Sin embargo, ello debe ser recogido en una legislación debidamente planificada, donde se establezcan con seguridad y claridad las bases de los concursos, el régimen de calificación, el sistema de nombramiento y ascenso, se conforme el Consejo de la Carrera Fiscal y se le traslade al fiscal adjunto la decisión del nombramiento con base en una terna elaborada por el Consejo, con ratificación del fiscal general.

Esta opción no solo fortalece la institucionalidad en el Ministerio Público, sino que también mejoraría la prestación del servicio que se espera de él, porque el ingreso y el ascenso a la carrera fiscal estarían determinados por causas más objetivas, en donde las personas mejor calificadas se harían acreedoras del nombramiento con base en la preselección que debe realizar el Consejo, eliminando la posibilidad de que se introduzcan criterios subjetivos o arbitrarios.

Desde luego, en el diseño de los criterios objetivos debe dejarse algún margen a criterios subjetivos tales como la honradez y probidad de los concursantes, su motivación, actitud e interés en el trabajo, pues no siempre las personas mejor calificadas desde el punto de vista

académico son las más idóneas para el cargo, sobre todo si no tienen además una vocación de servicio y una actitud permanente de trabajar.

3.- Algunas propuestas de modificación en la Defensa Pública

Indiscutiblemente la Defensa Pública ha tenido una estructura administrativa más estable y mejor organizada en comparación, sobre todo, con el Ministerio Público, pues la reforma procesal penal no introdujo cambios significativos en su organización, además ellos no eran necesarios.

Desde antes de la reforma estaba mejor preparada para enfrentar un proceso marcadamente acusatorio, de tal manera que los defensores estaban mejor preparados para conducirse en el sistema procesal adversarial, donde las partes asumen un mayor protagonismo, en especial ante institutos nuevos como las medidas alternativas.

Pero además, han desempeñado su labor con excelencia, conforme lo reconoce incluso la opinión pública, al destacarla como la institución judicial que mayor confianza le merece, y menores han sido las críticas en su actuación. Este prestigio se lo han ganado a lo largo de los años, por haber mantenido y mantener una actitud combativa en defensa de los derechos de las personas a quienes les prestan sus servicios, de una manera muy profesional y ética.

Lo anterior no significa ningún demérito para los otros dos órganos auxiliares, ellos también tienen sus logros y sus virtudes en el desempeño de su función, sin embargo a nadie escapan las dificultades organizativas del Ministerio Público, ni los excesos que han sido ventilados en los tribunales sobre actuaciones policiales indebidas, aspectos que no abarcan ni comprenden a la Defensa Pública.

A.- Consolidación de la estructura organizativa de la Defensa Pública.

En la actualidad la Defensa Pública también mantiene una estructura jerárquica centralizada, al igual que el Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial, que requiere de algunos ajustes administrativos.

Además de algunas unidades especializadas en distintas materias, tales como asuntos disciplinarios, penal juvenil, violencia doméstica, pensiones alimentarias y ejecución penal, entre otras, en la Defensa existe una verdadera atomización de unidades dispersas a lo largo de todo el país, conforme lo han exigido las necesidades del servicio, y al frente de cada una de ellas se encuentra un coordinador.

Prácticamente en cada oficina regional de la Defensa, donde existan dos o más defensores, existe una unidad a cargo de un coordinador, que mantiene relación directa con la jefatura, gracias a una permanente comunicación y a una reunión que se realiza una vez al mes. En dichas sesiones se imparten las directrices generales para todos los defensores, y la jefatura toma conocimiento de la opinión de los servidores para determinar el rumbo administrativo de la institución. Estas prácticas han permitido moldear una institución más abierta al diálogo entre sus servidores, que de alguna manera debe consolidarse.

Sin embargo, lo cierto es que desde el punto de vista administrativo, existe una verdadera atomización de estructuras o unidades, que conforme han ido creciendo dificultan un adecuado control administrativo, y que requieren de alguna regionalización.

Por otra parte, al igual que sucede en el Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial, también en la Defensa Pública existe una jefatura centralizada que adopta las decisiones administrativas, aunque de hecho ha mantenido mucho contacto con los coordinadores en la planificación de la labor.

Pero esa práctica no ha sido recogida en forma adecuada en la legislación, de manera que se requiere de algunas precisiones normativas, pues nada impide que dicha práctica se llegue a modificar en el futuro, al no estar vinculada la jefatura a la adopción de ese sistema participativo por norma alguna.

En ese contexto nos permitimos sugerir algunos aspectos básicos por considerar, con el fin de fortalecer también la estructura administrativa de la Defensa Pública.

a.1.-Promulgación de una ley orgánica para la Defensa Pública.

En primer término es indispensable promulgar una ley orgánica de la Defensa Pública, que recoja la estructura básica de su organización, las principales funciones que desarrolla, se definan las funciones de la jefatura y de los de la jefatura (sic), así como las relaciones de esta con las demás jefaturas regionales de la institución, y se incluyan algunas de las ideas que de seguido se exponen, para sistematizar en una ley su organización, como por ejemplo la creación del Consejo de la Defensa Pública y la definición de una Carrera de la Defensa Pública, entre otros aspectos básicos. Para una mayor comprensión de esa necesidad, bástenos indicar que la Defensoría de los Habitantes está conformada por...profesionales, mientras que en la Defensa Pública laboran... profesionales, sin tomar en cuenta la diversidad y complejidad de las tareas que tiene

asignada esta última, y hasta la fecha ni siquiera existe un reglamento que defina en forma clara su organización, ni los roles de cada una de las unidades que la integran.

a.2.- Consolidar una estructura administrativa interna en la Defensa Pública.

En segundo lugar, es indispensable recoger en esa ley una estructura funcional y moderna para la Defensa Pública, según la naturaleza de sus funciones y el ámbito de sus competencias.

Para ello resulta primordial redefinir las funciones de la jefatura general y crear jefaturas regionales en los distintos circuitos judiciales del país, así como en ciertas materias, con el fin de consolidar el proceso de regionalización de la justicia.

A tal efecto, estimamos necesario mantener una jefatura nacional, con una subjefatura, pero elevándoles el rango al de presidente e integrante del Tribunal de Casación respectivamente, con similares requisitos para su nombramiento, que mantengan competencia para nombrar a los jefarcas regionales en cada circuito judicial o unidad especializada, según las reglas de una adecuada Carrera de la Defensa Pública, que de seguido también proponemos, y dirigir el Consejo de la Defensa Pública, que resultaría ser el equivalente a lo que hoy ocurre con la denominada "reunión de coordinadores", con algunas modificaciones según planteamos.

Si bien ha de mantenerse la figura del coordinador en todas aquellas oficinas de la Defensa que lo requieran, deben reagruparse esas unidades en una Defensoría Pública Regional¹ en cada uno de los circuitos judiciales del país, de manera que exista un jerarca administrativo en cada una de esas regiones judiciales, con potestad de dirección, supervisión, disciplina y administración, que dependa de la jefatura nacional, y siga sus instrucciones, así como las del Consejo de la Defensa Pública, al que haremos referencia.

También deberán crearse las defensorías públicas adjuntas especializadas en ciertas áreas bien delimitadas, tomando en cuenta la competencia material de la Defensa Pública, tales como en materia Penal Juvenil, Agraria, ejecución de la pena, pensiones alimentarias y capacitación, pero evitando la atomización, como por ejemplo no crear-

la en materia disciplinaria por el volumen de trabajo que maneja y la cantidad de personas asignadas a esa unidad.

La ley debe ser flexible, y resulta necesario dejar abierta la posibilidad de que se lleguen a crear otras defensorías públicas adjuntas en otras áreas o materias, cuando ello sea necesario y así lo recomiende el Consejo de la Defensa Pública y la jefatura a la Corte Plena, luego de los estudios técnicos que sean indispensables y donde se recomiende esa necesidad, pero sin que para ello sea indispensable modificar la legislación, igual a lo que se encuentra previsto para el Ministerio Público en su Ley Orgánica.

Tampoco creemos conveniente crear unidades especializadas en materia penal de adultos, pues está representada el grueso del trabajo de la Defensa Pública, de manera que en San José sus funcionarios estarían asignados a la Defensoría Adjunta a la que correspondan (la del Primero o del Segundo Circuito Judicial), y los demás a su respectiva Defensoría Pública del Circuito Judicial al que pertenecen.

Además de las funciones de dirección administrativa en su región, siguiendo las instrucciones de la jefatura nacional y el Consejo de la Defensa Pública, al que haremos referencia, en mi criterio debe corresponderle a cada defensor público adjunto el nombramiento de los defensores asignados a su defensoría, con base en ternas que han de ser elaboradas por el Consejo de la Carrera del Defensor Público que también proponemos crear, conforme a la propuesta similar que formulamos para el Ministerio Público, nombramiento que deberá ser ratificado por la jefatura nacional, sin intervención del Consejo Superior del Poder Judicial.

Si hubiese dificultades presupuestarias para crear como esas nuevas plazas de defensor público adjunto, podría optarse por recalificar plazas ya creadas, tomando en cuenta que de hecho vienen operando ya coordinadores en ellas.

Esta fórmula permitiría mantener jefaturas regionales en cada circuito judicial, como contraparte a la que corresponde al Ministerio Público, lo que facilitaría la coordinación entre esos jefarcas en cada región, en especial por la cantidad de aspectos en que deben relacionarse, como

¹ Hemos adoptado esa nomenclatura con el fin de sugerir una parecida a la del Ministerio Público, y porque no encontramos otra más apropiada. Somos conscientes de la similitud de esos términos con la nomenclatura establecida para uno de los funcionarios de la Defensoría de los Habitantes, sin embargo en esta institución —cómo indicamos— se trata sólo de un funcionario y se llama "Defensor Adjunto de los Habitantes", mientras que aquí se sugiere un nombre ligeramente distinto "Defensor Público Adjunto de ..." y se trataría de aproximadamente quince funcionarios.

por ejemplo para todo lo relativo a medidas cautelares, procedimientos específicos en ciertos actos probatorios (como allanamientos, inspecciones, anticipos jurisdiccionales de prueba, etc.), así como todo lo relativo a las negociaciones sobre las medidas alternativas que establece el Código Procesal Penal, diligenciamiento de audiencias orales (audiencia preliminar y juicio), etc.

También permitiría a la jefatura nacional de la Defensa desconcentrar la labor de vigilancia y supervisión en estos funcionarios, quienes serían los responsables de las actuaciones de los profesionales asignados a su defensa, con todas sus implicaciones, y a su vez permitiría también crear una verdadera carrera de ascenso en lo interno de la Defensa Pública, muy necesaria para estimular el interés por el crecimiento profesional de sus integrantes.

a.3.- Crear el Consejo de la Defensa Pública con potestades propias.

Finalmente, en armonía con lo que venimos indicando sobre la necesidad de fortalecer la estructura y organización de la Defensa y conforme ya funciona de hecho en la actualidad, sugerimos crear el Consejo de la Defensa Pública, como órgano deliberativo y con competencias propias, por las mismas razones y conforme también lo proponemos para el Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial.

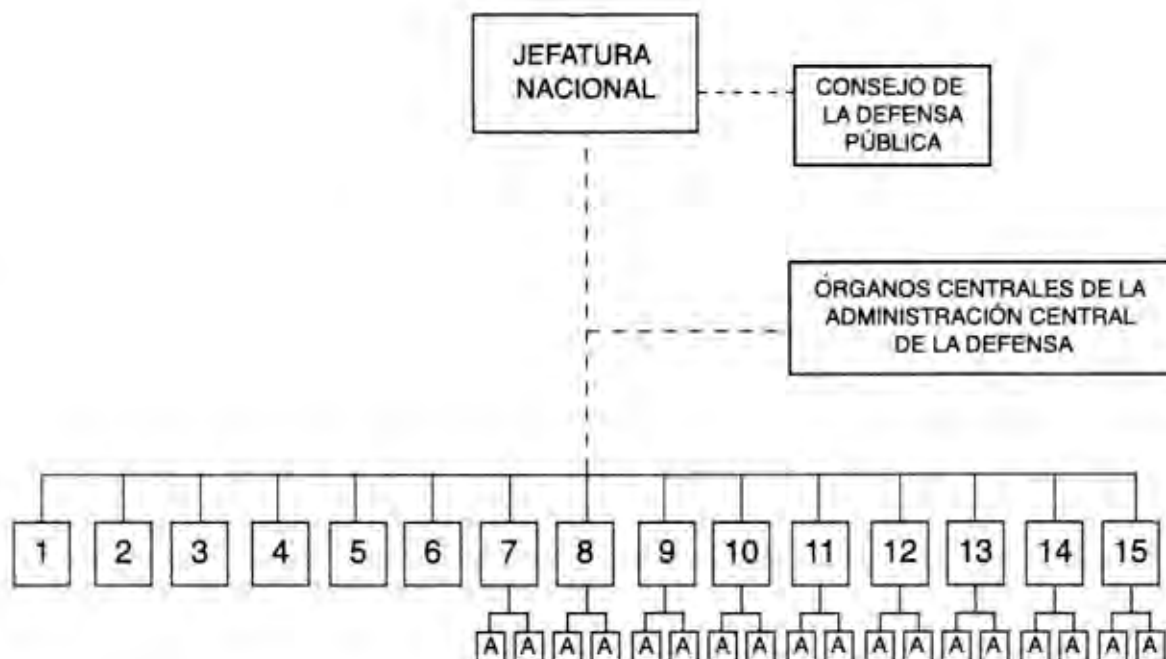
Este Consejo se integraría con todos los defensores públicos adjuntos y estaría coordinado y dirigido por el jefe

o la jefa nacional de la Defensa Pública, que tendría como funciones básicas planificar la labor del órgano; determinar las necesidades y las prioridades; debatir acerca de una mejor distribución de los recursos; aprobar la solicitud anual de recursos humanos y materiales; dictar las directrices generales en ejercicio de sus funciones; y debatir acerca de todo lo relativo a un mejor desempeño en la función asignada. La experiencia ya ha sido muy rica en la Defensa con la Reunión de Coordinadores que se realiza cada mes, se trata de institucionalizar esa práctica, de modo que se obtengan sus beneficios en forma definitiva. Incluso en ocasiones, en nuestro criterio, el Consejo de la Defensa podría ampliarse y convocar a todos los coordinadores también, en especial cuando deban discutirse temas que afectan en forma directa y sensible el accionar jurídico de esa institución.

Como lo indicamos para los otros órganos auxiliares, con esta propuesta, en nuestro criterio, se fortalece y se moderniza la organización de la Defensa Pública, habría una mayor participación en la toma de decisiones, con mayor posibilidad de conocimientos, control y planificación de sus actividades, y finalmente se visualizaría una Defensa Pública más democrática y participativa como institución pública en un Estado de derecho. Obviamente todo ello repercutiría en un servicio público más transparente, más adecuado y de mayor eficiencia.

Para mayor comprensión de seguido adjuntamos un organigrama que recoge la propuesta que formulamos.

DEFENSA PÚBLICA



- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Defensoría Pública Penal Juvenil 2. Defensoría Pública Adjunta de Ejecución de la Pena 3. Defensoría Pública Adjunta de Capacitación 4. Defensoría Pública Adjunta de Pensiones Alimentarias 5. Defensoría Pública Adjunta Agraria 6. Defensoría Pública Adjunta del Primer Circuito Judicial de San José 7. Defensoría Pública Adjunta del Segundo Circuito Judicial de San José 8. Defensoría Pública Adjunta Zona Sur | <ol style="list-style-type: none"> 9. Defensoría Pública Adjunta del Primer Circuito de Alajuela 10. Defensoría Pública Adjunta del Segundo Circuito de Alajuela 11. Defensoría Pública Adjunta de Cartago 12. Defensoría Pública Adjunta de Guanacaste 13. Defensoría Pública Adjunta de Puntarenas 14. Defensoría Pública Adjunta del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica 15. Defensoría Pública Adjunta del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica |
|--|--|

A. Oficinas regionales de la Defensa Pública dirigidas por un coordinador

B.- Creación de la Carrera del Defensor Público.

Conforme lo proponemos para el Ministerio Público, también en la Defensa debe crearse una verdadera carrera profesional. Sabemos que en lo interno de la Defensa de hecho se ha seguido un procedimiento de selección y nombramiento de sus funcionarios conforme a un verdadero sistema, cuyos principales méritos deben ser recogidos en la ley. Existe un curso de ingreso, con exámenes y

una práctica dirigida que debe seguir toda persona que desee ingresar al sistema de la Defensa, salvo para el caso de los asistentes que por lo general son preferidos frente a otras personas, pero todos son sometidos a procesos de evaluación mediante el sistema de nombramientos interinos. Ello ha permitido realizar una mejor tarea de nombramiento, y se puede constatar porque no han generado las dificultades ni las polémicas que se han originado en lo interno del Ministerio Público en ese campo.

Pero como indicamos, se trata de una práctica cuyos buenos resultados debe incorporarse a una ley, pues nada impide que la situación pueda variar ante la ausencia de reglamentaciones especiales.

En ese sentido, al igual que para el Ministerio Público, debe crearse una Carrera de la Defensa Pública, que determine las políticas de ingreso, traslado y ascenso, recogiendo esa experiencia ya generada en la práctica, y donde se visualicen en forma objetiva los parámetros específicos para determinar las bases de la calificación del defensor público, según la naturaleza de sus funciones. Para ello debe establecerse en la ley las líneas generales de la "Carrera del Defensor Público", donde se determinen las políticas de ingreso, traslado y ascenso.

Como lo señalamos para el Ministerio Público, esta opción no solo fortalece la institucionalidad de la Defensa Pública, sino que también mejoraría la prestación del servicio que se espera de ella, porque el ingreso y el ascenso a la carrera estaría determinado por causas más objetivas, en donde las personas mejor calificadas se harían acreedoras del nombramiento con base en la preselección que debe realizar el Consejo, eliminando la posibilidad de que se introduzcan criterios subjetivos o arbitrarios.

Pero como lo indicamos antes, desde luego, en el diseño de los criterios objetivos debe dejarse algún margen a criterios subjetivos tales como la honradez y probidad de los concursantes, su motivación, actitud e interés en el trabajo, pues no siempre las personas mejor calificadas desde el punto de vista académico son las más idóneas para el cargo, sobre todo si no tienen además una vocación de servicio y una actitud permanente de trabajar, máxime si observamos la mística que se requiere y la sensibilidad social necesaria para desempeñar las tareas asignadas a la Defensa.

4.- Dos propuestas comunes para los órganos auxiliares de la justicia penal

A.- Independencia administrativa y financiera

Uno de los aspectos que debe ser estudiado, evaluado y valorado con profundidad, lo constituye, sin lugar a dudas, la definición de las relaciones de los órganos auxiliares de la justicia penal (Organismo de Investigación Judicial, Defensa Pública, Ministerio Público) con la administración central del Poder Judicial, tanto en el ámbito administrativo como en el financiero.

Ya existe un proyecto de reforma a la Constitución Política elaborado por el entonces magistrado Eduardo Sancho y avalado por una comisión y por la Corte Plena,

según el cual se pretende financiar al Organismo de Investigación Judicial, a la Defensa Pública y al Ministerio Público con fondos adicionales al seis por ciento constitucional, de manera que este último fondo se reserve solo para lo jurisdiccional.

Sin embargo, independientemente de que se acoja dicho proyecto, deben estudiarse y evaluarse las relaciones de dependencia administrativa y financiera que hasta la fecha vinculan a los órganos auxiliares de la justicia penal con la Corte Plena y el Consejo Superior, para establecer si debe dárseles mayor autonomía de funcionamiento.

Lo primero que ha de observarse es que no se pretende crear mayor burocracia, ni duplicar en cada uno de esos órganos las oficinas administrativas del Poder Judicial (departamentos de Planificación, Personal, Financiero Contable, Servicios Generales, Comunicación, Auditoría, etc.); sin embargo ya la Corte ha emprendido un programa de regionalización presupuestaria por unidades, no solo frente a los órganos auxiliares, sino también en distintos circuitos judiciales, con excelentes resultados. Cada uno de ellos elabora su anteproyecto de presupuesto y se encarga de su ejecución hasta donde lo permiten nuestras regulaciones internas. Resta plantearse si debe otorgársele mayor autonomía a estos órganos tomando en cuenta la naturaleza de sus actividades.

En ese sentido, son posibles varias alternativas:

- 1.- Órganos dependientes de la administración central del Poder Judicial (como está actualmente).
- 2.- Órganos con absoluta independencia administrativa y financiera, pero ubicados dentro del Poder Judicial.
- 3.- Órganos dependientes del Consejo Superior en lo administrativo, pero con poder para definir sus necesidades y relativa autonomía en la determinación y ejecución de su presupuesto.

Todas las reformas planteadas se someterán a estudio y análisis por parte de profesionales de otras disciplinas, especialmente administradores, planificadores y, en general, expertos en gerencia administrativa, materia en la que los abogados necesitamos mayor auxilio para llegar a una definición posible.

La mayoría de nuestros funcionarios administrativos consideran más viable la tercera opción, al menos frente a la segunda, a la cual le han señalado una serie de objeciones, principalmente la imposibilidad que tendrían esos órganos de desarrollarse en forma independiente sin contar con los servicios básicos de los departamentos

administrativos del Poder Judicial, por lo que de acogerse esa tesis habría que duplicarles las estructuras administrativas, algo inviable desde el punto de vista presupuestario, o bien, dejar que funcionen sin ese auxilio, lo que sería catastrófico para ellos, para la institución y para el servicio que prestan.

Sí parece conveniente fortalecer las jefaturas y los cuerpos deliberativos de esos órganos auxiliares, de manera que se descentralice la estructura jerárquica que ha caracterizado a la administración judicial, máxime que en la programación y en la ejecución presupuestaria existen hoy día una serie de responsabilidades que deben ser asumidas por los órganos que ejecutan las políticas plasmadas en el presupuesto, sin mediatizar o diluir responsabilidades en la administración central.

B.- Reformulación e independencia del régimen disciplinario.

Finalmente, otro aspecto que en nuestro criterio debe examinarse en este proceso de mayor autonomía administrativa de los órganos auxiliares de la justicia penal es la reformulación y posible independencia del régimen disciplinario de las personas asignadas a cada uno de esos entes.

En ese esfuerzo son posibles dos opciones: una primera consistiría en sustraer de la Inspección Judicial el régimen disciplinario de los entes auxiliares (Defensa, policía y Fiscalía), y una segunda opción puede consistir en especializar una sección de la Inspección Judicial en el tema disciplinario para cada uno de ellos.

En cualquiera de esos casos, sí resulta indispensable establecer los criterios comunes para disciplinar a todos los funcionarios judiciales, y señalar los parámetros especiales aplicables a cada uno de los órganos auxiliares en particular, tomando en cuenta la naturaleza de las funciones asignadas a cada uno de ellos.

La posibilidad de sustraer del todo la función disciplinaria de la Inspección Judicial, y crear órganos especializados en cada uno de esos entes, podría ser más eficaz puesto que cada uno de ellos conoce las circunstancias y las razones por las cuales debe disciplinarse a alguno de los funcionarios que lo integran, lo que tomaría el régimen disciplinario más justo.

Sin embargo, algunos han visualizado que los controles internos no siempre son más eficaces, objetivos e independientes desde el punto de vista del usuario o afectado con alguna actuación irregular, ante la posibilidad de que surja una especie de gremialismo o compañerismo que legitime una actuación arbitraria, además de los posibles encubrimientos cuando no existe queja directa de una persona afectada.

Por lo anterior, se considera más viable la segunda opción, en la medida en que los órganos auxiliares continúan adscritos al Poder Judicial, pues esta medida gozaría de las mismas ventajas que ofrece la especialización, pero se trata de controles externos y objetivos, desde luego manteniendo la necesidad de que se establezcan los criterios específicos en que pueden ser disciplinados cada uno de los integrantes de esos órganos, tomando en cuenta la naturaleza de su función, puesto que no puede regirse con los mismos parámetros la disciplina de un juez con la de un fiscal, un policía o un defensor. Habrá aspectos comunes, y deberán fijarse, sin embargo también han de definirse los criterios especiales para cada uno, con el fin de que no se someta a las mismas reglas funciones tan distintas.

Consideraciones finales

Como lo indicamos, se trata de ideas preliminares para propiciar una evaluación sobre las relaciones administrativas entre los órganos centrales de la administración del Poder Judicial, en especial la Corte Plena y el Consejo Superior, con los órganos auxiliares de la administración de justicia penal, que no pretenden ser recetas moldeadas, sino propuestas para la discusión.

Además, el debate que puedan generar esas ideas brindará el espacio oportuno para examinar las estructuras administrativas en lo interno de cada uno de esos órganos, con el propósito de impulsar su propio desarrollo y hacerlas más democráticas y participativas.

Son ideas preliminares y generales que deberán ser pormenorizadas ante el evento de que lleguen a aceptarse como viables. En los detalles también habrá que cuidarse de no abrir portillos que tiren hacia atrás las reformas acogidas, ni dejar mecanismos que permitan volver a estructuras rígidas y hegemónicas, si queremos instituciones más dinámicas dentro del Poder Judicial.

Solo nos resta indicar que han sido planteadas con el único fin de buscar nuevas y mejores alternativas en la administración judicial, recogiendo en alguna medida experiencias ya adoptadas por esos órganos, pero que en nuestro criterio deben ser trasladadas a instrumentos normativos, con el fin de mejorar la práctica y adoptarla con mayor seguridad jurídica.

Falta mucho camino por recorrer, el cual lo deberán transitar los integrantes de cada una de las instituciones involucradas, conforme lo consideren necesario, adoptando aquellos cambios que estimen indispensables para mejorar el servicio público que nos ha sido encomendado.

Comentario de Libro

“DE LAS ‘REPÚBLICAS AÉREAS’ AL ESTADO DE DERECHO”*

DEBATE SOBRE LA MARCHA DE LA REFORMA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA

Autores: Alberto M. Binder y Jorge Obando

Primera Edición, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2004, 826 páginas, 23x16 cm.

Dos combatientes y artífices de la Reforma Judicial en América Latina, que han volcado sus amplios conocimientos académicos en la práctica cotidiana de la transformación judicial en casi todos los rincones de nuestra región, nos obligan a reflexionar sobre el avance y las tareas pendientes, para comprender y a su vez impulsar uno de los procesos de consolidación de nuestras democracias, tal vez el más vulnerable y menos transparente de todos, como resulta ser la búsqueda de la justicia en la solución pacífica de nuestros conflictos y la consolidación de una administración de justicia apropiada a un Estado de Derecho, cada día más difícil de alcanzar ante las adversidades y debilidades que se enfrentan.

La cita Bolívar con la cual los autores nos explican el título, tiñe por completo la relevancia de la obra:

“Los Códigos que consultaban nuestros magistrados no eran los que podían enseñarles la ciencia práctica del Gobierno, sino los que han formado ciertos buenos visionarios que, imaginándose repúblicas aéreas, han procurado alcanzar la perfección política, presuponiendo la perfectibilidad del linaje humano. Por manera que tuvimos filósofos por jefes, filantropía por legislación, dialéctica por táctica y sofistas por soldados” Simón Bolívar, Manifiesto de Cartagena, 1812.

Por desgracia ese humanismo no fue suficiente para moldear una judicatura democrática en la región, se hacía necesario consolidarlo recurriendo a instrumentos jurídicos propios de un Estado de Derecho; y para referirnos sólo a la segunda mitad del siglo pasado, baste observar que el proceso de consolidación de nuestras democracias en algún momento se creyó cumplido regresando a sistemas de elección popular y abriendo el

parlamento, como máximas necesarias para conformar un Estado de Derecho. Durante algunos años creímos haber regresado a la democracia porque de nuevo volvimos a elegir a nuestros gobernantes. No pasó mucho tiempo para percatarnos de la fragilidad del Estado de Derecho que se moldeaba, compuesto en el mejor de los casos por un Poder Ejecutivo y un Poder Legislativo soberano, independiente, representativo, de elección popular. Hacía falta todavía iniciar un proceso de transformación también de la judicatura, la cual había permanecido inmutable durante las dictaduras.

En ese contexto tener en las manos una obra que, sin constituir un diagnóstico sobre el estado del proceso de reforma de la justicia, reflexiona sobre sus principales temas y problemas, toma partido y formula propuestas, representa un verdadero instrumento de provocación para un debate aún no concluido, para continuar con un proceso que no acaba de cerrarse, para comprender la naturaleza y la relevancia de los cambios, y lo que es más importante, para impulsar en cada uno de nuestros países los verdaderos procesos de transformación de la justicia. Esa es la verdadera trascendencia de este libro, que ha ocupado a sus autores más de diez años para escribirlo, enriquecido con los triunfos y los fracasos obtenidos a lo largo de esa vasta experiencia personal en múltiples países de la región, desde la cátedra y desde la trinchera. Desde la cátedra por sus enseñanzas y por los tiempos que ellos han dedicado a la formulación de propuestas para los cambios; desde la trinchera por los tiempos dedicados a la programación, implementación, ejecución y evaluación de esos cambios.

La obra es prologada por otro artífice de la reforma judicial latinoamericana: Luis Paulino Mora Mora, quien entre otros temas retoma el acceso a la justicia para involucrarse con los autores, tomando partido por mejores y más simples vías para obtener una tutela judicial efectiva.

El libro se divide en tres grandes partes. La primera dedicada a exponer los **"Problemas Generales de la Reforma Judicial"**. En un **primer capítulo** introductorio los autores debaten, ya desde el inicio, sobre verdaderos temas neurálgicos, como el origen de la reforma judicial en América Latina, para señalarnos si resultó ser una necesidad nacional o una imposición externa; reflexionan sobre la necesidad de debatir sobre modelos o sobre problemas de la justicia; evidencian el problema de la preeminencia de los intereses corporativos de la profesión jurídica, que en algunos países ha constituido un verdadero obstáculo al proceso de cambio; nos exponen los ritmos de la cooperación internacional; entre muchos otros, para plantearnos dos hipótesis de trabajo básicas: que el proceso de reforma judicial aún no se consolida, por no ser un tema prioritario para América Latina y por tratarse de una reforma dependiente de otras reformas estructurales aún pendientes; y segundo, que la debilidad del nivel estratégico pone en riesgo la sustentabilidad de la reforma. El **segundo capítulo** de esta primera parte del libro es dedicado a la Reforma Judicial y la modernización del sistema normativo. El **tercero** se centra en los hombres y las mujeres del sistema judicial, haciendo particular referencia a los abogados, a los empleados judiciales, a la delegación de funciones, a la carrera judicial, al tema de la independencia, y planteándonos como temas a debatir el determinar si la crisis judicial responde sólo a un problema de hombres y capacitación, para culminar discutiendo sobre el rendimiento de las escuelas judiciales. El **cuarto capítulo** es dedicado a la organización del sistema judicial y sus formas de gobierno, destacándose en particulares detalles sobre las formas de organización y funcionamiento de los órganos auxiliares de la justicia, como el Ministerio Público, la Policía, la Defensa Pública, para finalizarlo planteándonos varios debates, entre los cuales cabe destacar el problema del verticalismo en el gobierno judicial y la especialización de la judicatura. El quinto capítulo lo dedican a analizar la administración del sistema judicial, a su control, a los indicadores de desempeño y las relaciones entre calidad y cantidad, y finalmente al tema de la denominada "modernización judicial".

En la **Segunda Parte** de la obra sus autores debaten sobre la **"Inserción Social de la Reforma Judicial"**, dedicando el **sexto capítulo** a las relaciones entre el sistema judicial y el gobierno de la sociedad; el **séptimo** a la reforma judicial y los partidos políticos; el **octavo** a la participación de la sociedad en la reforma judicial y el **noveno** a las situaciones de crisis y la justicia de excepción, cada uno de ellos tratados en forma extensa, con amplísima reflexiones y análisis.

Finalmente, en la **Tercera Parte** del libro es dedicada a los **"Problemas Particulares de la Reforma Judicial"**, para aumentar así la cantidad de temas abordados con un profundo conocimiento cada uno de ellos. En efecto, en esta última parte los autores nos sumergen en verdaderos hitos, en problemas fundamentales de la Reforma Judicial, para recordarnos que las cosas no están tan tranquilas como parecen y que requieren de análisis, reflexión, evaluación, y en muchas ocasiones de reprogramación. Es así como se desarticulan amplísimos capítulos dedicados, el **décimo** a la solución alternativa de conflictos y el sistema judicial; el **décimo primero** al acceso a la justicia, servicios legales y Defensa Pública; el **décimo segundo** a la reforma judicial y la práctica de la abogacía; en el **décimo tercero** capítulo abordan "pluralismo, diversidad cultural y administración de justicia"; el **décimo cuarto** al tema de la corrupción y los sistemas judiciales; el **décimo quinto** a la enseñanza del derecho y sus relaciones con la reforma judicial y la cultura jurídica; el **décimo sexto** abordan la reforma judicial desde una perspectiva histórica; el **décimo séptimo** el sistema judicial frente a la globalización; el **décimo octavo** es dedicado a las visiones internas y externas de la cooperación judicial en la reforma judicial; y finalmente, el **décimo noveno** a las estrategias, los métodos y la programación de la reforma.

Como puede apreciarse la obra comprende prácticamente todos los aspectos básicos y fundamentales relacionados con la reforma judicial en América Latina, resulta de ineludible lectura y consulta para todos los operadores del sistema jurídico y demás sectores relacionados, no se detiene en un simple diagnóstico sobre la situación, trasciende las vicisitudes temporales, pues como lo afirman los propios autores el libro *"...tiene algo de ensayo y algo de manual o libro de texto..."*, pero la verdad es que va bastante más allá al abordar cada uno de los temas con base en una amplia experiencia personal, demostrada a lo largo de muchos años de bregar con la transformación de los sistemas de administración de justicia, lo cual no sólo lo legitima para desarrollar cada uno de los problemas expuesto sino además para plantearnos cuestionamientos, hacernos reflexionar y acentuar el debate sobre este proceso de cambios, al extremo de no existir en lengua española una obra tan completa y autorizada sobre la reforma judicial de la región como la de Alberto Binder y Jorge Obando.

Daniel González A.

Jurisprudencia Penal

JURISPRUDENCIA PENAL

*M.Sc. Martín Rodríguez Miranda
Letrado, Sala Tercera de la Corte*

A.- DERECHO PENAL

1.- ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO. La duda sobre el destino de los fondos no excluye el delito.

2.- ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO. Delito especial. Diferencia con la quiebra fraudulenta.

3.- ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO. Posibilidad de un concurso ideal con el delito de estafa a diferentes afectados.

4.- ASOCIACIÓN ILÍCITA. No basta un acuerdo para cometer un conjunto de delitos.

5.- COMISO. Naturaleza y alcances. Criterio de proporcionalidad.

6.- COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS. Limitación al dolo del partícipe.

7.- CONCURSO IDEAL. Límites de la pena a imponer.

8.- CONCURSO MATERIAL. Aspectos generales sobre la fijación de la pena.

9.- CONCUSIÓN. Bien jurídico tutelado.

10.- CONCUSIÓN. Elementos que la configuran.

11.- CONCUSIÓN. Error generado por disposición legal.

12.- CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL. Reglas en el concurso real retrospectivo.

13.- CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL. Requisitos para su otorgamiento.

14.- CORRUPCIÓN. Posibilidad de concurso ideal con violación o abusos sexuales.

15.- ESTAFA. Concurso aparente con ejercicio ilegal de la profesión. Reglas de consunción:

16.- ESTAFA. No es delito de mano propia. Dominio funcional del hecho.

17.- ESTAFA. Aplicación de la figura agravada. Delito especial impropio.

18.- ESTAFA. Inducción a error mediante ocultamiento de hechos o circunstancias.

19.- LESIONES GRAVES. Trauma psicológico como daño en la salud.

20.- LEY PENAL. No existe interpretación del in dubio pro reo en materia sustantiva.

21.- LEY PENAL. Vigencia temporal.

22.- PREVARICATO. Bien jurídico. Deben afectarse los derechos e intereses de los administrados.

23.- PREVARICATO. Carácter ilegal de la resolución.

24.- PRIVACIÓN DE LIBERTAD. Configuración. La libertad no puede verse condicionada por simples pactos con la policía.

25.- PRIVACIÓN DE LIBERTAD. Límites de la policía en la identificación de personas.

26.- RESARCIMIENTO CIVIL. Naturaleza extracontractual. Daños y perjuicios.

27.- RESARCIMIENTO CIVIL. Posibilidad de condenatoria civil a pesar de existir absolutoria en lo penal.

28.- RESARCIMIENTO CIVIL. Prohibición de transar en materia alimentaria.

29.- RESARCIMIENTO CIVIL. Responsabilidad solidaria del Estado.

30.- RESARCIMIENTO CIVIL. Responsabilidad solidaria del Estado.

31.- RESARCIMIENTO CIVIL. Validez de los acuerdos o transacciones extraprocesales.

32.- ROBO AGRAVADO. No hay concurso ante pluralidad de *ofendidos*.

33.- ROBO AGRAVADO. Uso de arma durante la persecución para asegurar el apoderamiento.

34.- SECUESTRO EXTORSIVO. Naturaleza del objeto que se exige a cambio de la libertad. Posición jurídica económica o mixta del patrimonio.

35.- VIOLACIÓN AGRAVADA. Concurrencia de otra persona. Complicidad.

B.- Derecho procesal penal

36.- ACCIÓN CIVIL. Carácter accesorio de las funciones del juez penal al analizar la acción civil.

37.- ACCIÓN CIVIL. Determinación de los montos por daños e intereses. Fecha a partir de la cual se debe pagar el monto.

38.- ACCIÓN CIVIL. Libertad probatoria para determinar los montos del resarcimiento.

39. - ACCIÓN CIVIL. Momento procesal para concretar pretensiones.

40.- ACCIÓN CIVIL. Posibilidad de corregir defectos conforme al artículo 15 procesal.

41.- ACCIÓN CIVIL. Representación legal del Ministerio Público. No requiere poder especial.

42.- ACCIÓN CIVIL. Representación de la víctima. Formas a través de las cuales puede actuar.

43.- ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA. Principio de preclusión y posibilidad de corregir defectos.

44.- ACTUACIÓN POLICIAL. Valor probatorio de la investigación previa en materia de narcotráfico.

45.- ACTUACIÓN POLICIAL. Validez de los actos de investigación conforme a la normativa procesal vigente.

46.- ACUSACIÓN. Defectos en su formulación. Posibles soluciones.

47.- ACUSACIÓN. Marco del pronunciamiento del Tribunal. Derecho de defensa.

48.- ACUSACIÓN. Posibilidad de corregir defectos sustanciales en la audiencia preliminar.

49.- ACUSACIÓN. Posibilidad de corregir defectos sustanciales en el debate.

50.- ALLANAMIENTO. Fundamentación de la urgencia o gravedad para practicarlo después de las 18 horas.

51.- ALLANAMIENTO. Necesaria fundamentación de la resolución que lo ordena.

52.- ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. Procedencia del testimonio ante la existencia de amenazas.

53.- ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. Procedencia del testimonio ante la existencia de amenazas.

54.- COMPETENCIA DEL JUEZ PENAL. Alcances. Supuestos en los que se puede delegar.

55.- CONCILIACIÓN. Naturaleza y alcances de los acuerdos fuera del proceso penal.

56.- CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. Alcance de los hechos. Ampliación de la acusación y variación de la calificación jurídica.

57.- DEBATE. Posibilidad de incorporar la denuncia.

58.- DEBATE. Las interrupciones del tribunal en el contradictorio no producen la nulidad de todo lo actuado.

59.- IMPUTADO. Valor de las manifestaciones ante un perito.

60.- LEY PROCESAL. Tramitación conforme a la normativa procesal de 1973, aun cuando se anule la sentencia.

61.- LEY PROCESAL. Normativa aplicada en caso de nulidad del auto de elevación a juicio o prórroga extraordinaria.

62.- MIEMBROS DE LOS SUPREMOS PODERES. El procedimiento no procede contra diplomáticos.

63.- PRESCRIPCIÓN. Interrupción por actos atribuibles a la defensa.

64.- PRESCRIPCIÓN. Irretroactividad de la reforma al artículo 33 del Código Procesal Penal.

65.- PRESCRIPCIÓN. No se pueden mezclar sistemas regulados en normativas diferentes.

66.- PRESCRIPCIÓN. Suspensión del cómputo ante acciones de inconstitucionalidad.

67.- PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. Juez que participa en la producción u obtención de prueba.

68.- PRUEBA. Debida cadena de custodia. Droga.

69.- PRUEBA. Su evacuación en debate debe ser relevante, útil y accesible.

70.- PRUEBA. Transcripción y análisis. Ciclo de violencia doméstica.

71.- PRUEBA TESTIMONIAL. Prohibición de revictimización.

72.- QUERRELLA. Naturaleza y formalidades. Obligatoriedad de pronunciarse expresamente sobre la misma.

73.- RECURSO. Adhesión. Formalidades del reclamo.

74.- RECURSO. Posibilidad de adhesión del Ministerio Público como representante de la parte civil.

75.- REVISIÓN. Inadmisibilidad.

76.- SENTENCIA. Es una unidad lógico-jurídica.

77.- SENTENCIA. Congruencia entre la motivación oral en la sala de debates y la fundamentación escrita.

78.- SENTENCIA. Lectura integral y firma tardía.

79.- SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA. Necesidad de un plan reparador efectivo.

A.- DERECHO PENAL

1.- ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO. La duda sobre el destino de los fondos no excluye el delito.

“Una cosa es que exista duda acerca del paradero final de ciertos fondos y otra, muy distinta, es que recaigan dudas sobre la ilicitud de su uso. En efecto, el tribunal —recogiendo los datos que los expertos pudieron reunir— indica que en algunos casos se desconoce el destino que se dio a ciertos fondos; pero tal afirmación (de no saber en dónde están los dineros) no significa de ningún modo que pueda afirmarse, cual lo propone el defensor, que el uso que se les dio tal vez sea lícito. Debe destacarse aquí que el único destino lícito —no antijurídico— que pudo darse a los bienes

era el que imponían las leyes o los contratos suscritos entre los bancos y sus clientes; cualquier otro destino que no derive de ninguna de esas fuentes normativas, es intrínsecamente y por definición, indebido. Dicho en otras palabras y a la guisa de ejemplo, el uso final que puede darse, con apego a derecho, a dineros ahorrados es el de reintegrarlos al ahorrista (obligación surgida del contrato y de la ley), o trasladarlos a un tercero en casos excepcionales o bien retenerlos (v. gr.: por embargo o inmovilización judicialmente decretados). Así, la tesis de que se desconoce el paradero de los fondos es por completo inútil para evidenciar o sugerir algún destino lícito (el hecho mismo de que se desconozca dónde están atenta ya contra el derecho) y más bien demuestra, sin ningún género de duda, que se consumó un perjuicio patrimonial injusto como contrapartida de un beneficio económico indebido.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 231 de las 8:45 horas del 9 de abril de 2003.

2.- ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO. Delito especial. Diferencia con la quiebra fraudulenta.

“El artículo 222 del Código Penal, que sanciona la administración fraudulenta, establece un delito especial propio, ya que delimita el círculo posible de autores a aquella persona que “*por cualquier razón, teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos o exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusiva o indebidamente*”. Es un delito especial propio porque no puede cometerlo —como autor— cualquier individuo, sino solo aquel que maneje, administre o cuide bienes ajenos y realice alguna de las conductas tipificadas. El fundamento de esta particular punición obedece a que el sujeto activo asume tareas o funciones sobre un patrimonio que le es parcial o totalmente ajeno y, por tanto, pesan sobre él una serie de deberes jurídicos que infringe con su actuar. También toma en cuenta el legislador la existencia de un vínculo que aparea la confianza depositada en el agente por el sujeto pasivo, que espera lealtad y corrección en el manejo de sus bienes, derechos y expectativas patrimoniales. En resumen, alegan los defensores N. M. y R. O. que los acusados no ejercían funciones de administración del patrimonio de los ahorristas e inversionistas, sino que se comprometían ante ellos como deudores de una obligación; y que los fondos, una vez ingresados en el Banco Germano Centroamericano, pasaban a ser patrimonio exclusivo de este y podían ser destinados a diversos usos. Sobre este tema, es prudente hacer algunas reflexiones. La actividad bancaria, tanto en Costa Rica como en las demás naciones, se halla estrictamente regulada a fin de asegurar el sano desarrollo económico del país y, entre otros motivos que no interesa aquí profundizar, porque se desarrolla en esencia a partir del capital ajeno y no de aquel que corresponde a los dueños o accionistas del banco. “La

referida actividad se realiza con capital ajeno o predominantemente ajeno. El origen de este proviene básicamente del público (depositantes o ahorristas) con el que se gestiona una intermediación financiera. Así se captan fondos pagando una tasa de interés para prestarla a otra mayor y lucrar con las diferencias entre ambas. Su característica determinante resulta de la ajenidad de los fondos prestables y objeto de la intermediación financiera. Esa intermediación no utiliza ni arriesga un capital 'propio' (como sucede en otras actividades) sino uno de origen colectivo, definitivamente finito, cuantificable, único en el país y no sustituible". (PORCELLI, Luis A., "Entidades financieras privadas. Funcionalidad e historia de su regulación", en *Crisis. Liquidación y quiebra de bancos. Responsabilidad*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2001, pp. 347-348). Estas distinciones no deben perderse de vista, pues de lo contrario es fácil incurrir en error al apreciar la naturaleza de las funciones que cumplen las entidades bancarias. Ellas trabajan siempre con el capital o el patrimonio ajeno y ese carácter de ajenidad no desaparece en ningún momento ni puede confundirse con el capital aportado por los socios o accionistas de la empresa (el cual, desde luego, también puede ser objeto de fraudulenta administración). En la especie, tanto el Banco Germano Internacional como el Banco Germano Centroamericano captaron recursos del público, a través de distintos medios: depósitos en cuentas de ahorro o corrientes; comisiones de confianza, fondos FOPEX y FODEIN y dineros que debían cancelarse al Banco Central por la compra de divisas o a los acreedores del cliente en el exterior. Los contratos de depósito de ahorros y en cuenta corriente han sido clasificados por la doctrina dentro del concepto de "depósito irregular" pues, contrario a lo que ocurre en el regular, se permite al depositario hacer uso de los bienes. Se descarta, entonces, que constituyan un contrato de mutuo o arrendamiento de dinero (ver: **DÍAZ RAMÍREZ, Enrique**, *Contratos bancarios*, Temis, Bogotá, 1993, p. 92), lo cual sí significaría un desplazamiento del patrimonio. Que las sumas depositadas en cuentas corrientes o de ahorro mantienen su carácter de ajenidad en nuestro medio (es decir: pertenecen a quien las depositó), resulta evidente de las disposiciones contenidas en los artículos 529, 612, 617, 630 y 631 del Código de Comercio y el capítulo V, Título III de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, n.º 1644 de 26 de setiembre de 1953 y sus reformas; pues aunque se permite al banco cierto uso discrecional de los fondos —sin embargo: con diversas restricciones—, el depositante sigue siendo dueño de los dineros, le pueden ser embargados o inmovilizados por orden judicial y constituyen parte activa de su patrimonio y no una "cuenta por cobrar". De allí que el artículo 3 de la citada Ley n.º 1644 define la función de los bancos en esta materia como la de "custodiar y administrar los depósitos bancarios de la colectividad"; definición que, en realidad, aunque no estuviese en la ley, se extraería de las demás normas que antes fueron citadas y a fin de cuentas solo sirve para describir un fenómeno. En lo relativo a las comisiones de confianza, la figura contractual que se utilizó en la especie conllevaba por sí misma la tarea

del BAGECE de administrar los bienes pues consistía, según lo indican los juzgadores en el fallo de mérito, en "... utilizar el dinero del público inversionista en carteras de títulos valores adquiridos a nombre y por cuenta de los clientes, alegando que sobre estos títulos supuestamente el Banco Germano Centroamericano ejercía meras funciones de administrador y custodia, correspondiéndole a cada inversionista una porción alícuota de dicha cartera". (Cfr.: folios 9455 y 9456) Los fondos correspondientes a FOPEX y FODEIN, así como los captados para compra de divisas y remesas al exterior, también tenían asignados finalidades específicas que no podían ser variadas a voluntad de los justiciables. Es obvio que la Sala no se está refiriendo a la materialidad del dinero (por ejemplo, a cada uno de los billetes depositados o percibidos), sino a la cantidad que representan como bienes fungibles. Por otra parte, el artículo 222 del Código Penal no caracteriza a la autoría solo por el desempeño de funciones de mandatario (de modo que el agente pueda actuar a nombre del titular del patrimonio y comprometerlo con sus acciones), sino que contempla otras formas de conducta que no requieren ese vínculo de representación, a saber: el cuidado y el manejo de bienes ajenos. La custodia o "cuido" lo posee quien tiene a su cargo la vigilancia, la conservación y la aplicación de los bienes confiados; y el manejo lo entiende algún sector de la doctrina como el uso de tales bienes "para uno o ciertos negocios puntuales" (así: **CÚNEO LIBARONA, Mariano y otro**, "La intervención del derecho penal en la actividad bancaria en Argentina", en *Crisis. Liquidación y quiebra de bancos. Responsabilidad*; Ob. cit., p. 304). En estos supuestos, pesa sobre el agente el deber de actuar en interés del tercero (titular del patrimonio), aunque carezca de facultades para obrar a su nombre, representándolo. Por último, el tipo penal no establece figuras jurídicas particulares que sirvan de fundamento u origen a las obligaciones que el agente incumple con su actuar típico, sino que señala que bastará "cualquier razón", de tal modo que las funciones de administrar, manejar o cuidar los bienes pueden surgir por mandato legal, contractual o incluso de hecho. En todos los casos existe, además, un deber de garante que permite la comisión por omisión impropia. Pues bien, se infiere de lo expuesto que los justiciables J. V. K. F. y J. Á. R. R. ejercieron en el BAGECE (por derecho el primero y de hecho el segundo) funciones que califican como administración de patrimonio ajeno (comisiones de confianza), de su manejo (fondos FOPEX y FODEIN y compra de divisas y remesas) y de cuidado en los demás casos... Esto evidencia que las recalificaciones que piden los recurrentes no proceden, ya que los tipos penales que prevé la sección única del Título VIII del Código Penal ("Delitos contra la buena fe de los negocios", entre ellos la quiebra fraudulenta o culposa), aun cuando contemplen conductas similares a las descritas en el artículo que reprime la administración fraudulenta, se distinguen de esta última porque al quebrado o insolvente no le compelia el deber de administrar, cuidar o manejar el patrimonio ajeno, sino que se le reprime por no velar por el suyo propio, en fraude de sus acreedores o con manejos culposos que determinaron su situación. Es este elemento (y no el factor

temporal de declaratoria de la quiebra) lo que separa ambas categorías de delitos y en el presente caso, conforme se ha venido exponiendo, las personas que depositaron sus fondos en el BAGECE nunca hicieron un desplazamiento patrimonial (como si lo implica el préstamo u otras formas de contratación), sino que mantuvieron la titularidad de las sumas depositadas o invertidas, confiadas, en fin, al cuidado de los justiciables.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 231 de las 8:45 horas del 9 de abril de 2003.

3.- ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO. Posibilidad de un concurso ideal con el delito de estafa a diferentes afectados.

“Sin perjuicio de las precisiones que hará la Sala en los apartes siguientes referidos a cada uno de los delitos que el tribunal menciona, debe señalarse que la sentencia deslinda con claridad dos grandes áreas de conductas a las cuales aplican los jueces uno u otro calificativo. La primera concierne a las operaciones propias del BANCO GERMANO CENTROAMERICANO en el que se ejecutaron diversos actos ilícitos descritos ininidad de veces en este pronunciamiento (alteración de estados contables, giros de cheques sin fondos, desvío o desaparición de recursos, suposición de operaciones falsas, entre otros). En ellos intervienen los tres acusados J. Á. R. R., J. V. K. F. y G. V. K. F., este último prestando su concurso desde el GERMANO INTERNATIONAL BANK, como receptor o generador de movimientos a través de las cuentas corrientes que el BAGECE mantenía en la última entidad, coadyuvando así en las acciones que propiamente, por decirlo de algún modo, se originaron en el BAGECE, aun cuando, como se dijo, también intervino el GIB. Estos son los hechos que el tribunal califica como administración fraudulenta. La segunda gran área concierne a las actividades realizadas a través del GERMANO INTERNATIONAL BANK, captando recursos del público a pesar de que desde junio de 1990 le había sido revocada su licencia y se hallaba en un estado de falta de liquidez tal que no podría hacer frente a las obligaciones —debido en buena medida a los ilícitos manejos a que se le sometió para darle al Banco Germano Centroamericano una apariencia de solidez que en realidad no tenía—. Los recursos captados de esa manera tuvieron distintos destinos, entre ellos los de ser transferidos al BAGECE e insertos en el círculo de maniobras fraudulentas que allí se realizaban. Estas acciones, que también se endilgan a los tres sentenciados porque los tres intervinieron activamente en ellas, son las que ameritaron el calificativo de estafa (cfr.: folios 9600 y 9601). A partir de este marco histórico, intangible para los efectos del recurso por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, la Sala estima que ambos delitos (estafa y administración fraudulenta) se configuraron plenamente y que una no absorbió a la otra (por medio de un concurso aparente) como lo proponen quienes recurren. En efecto, obsérvese que las conductas afectaron o lesionaron

patrimonialmente a dos distintos grupos de personas: en un caso: a los clientes del BAGECE y, en el otro, a los del GIB, que confiaron sus recursos a esta última entidad en la errónea creencia, fabricada por los justiciables con acciones y omisiones, de que poseía solidez económica y autorización para operar como banco, con el respaldo que además esto implica. La naturaleza de los actos y los medios empleados son igualmente diversos: los clientes que acudieron al GIB fueron sometidos a engaño para invertir o depositar allí sus recursos o renovar certificados; en tanto que aquellos que lo hicieron en el BAGECE no dispusieron de su patrimonio por error, sino que sufrieron un perjuicio originado en los fraudulentos manejos que de sus recursos hicieron los tres justiciables. Los fondos y los valores que los clientes del GIB depositaron en él fueron, antes que administrados deslealmente, objeto de una estafa que se consumó desde la recepción misma de los recursos. En este supuesto, la desviación que se hizo de ellos constituyó más bien un acto dispositivo de los bienes ilícitamente obtenidos a través del error en que se colocó a las víctimas. No sucede igual con los fondos que percibió el BAGECE pues, como se dijo, su captación fue lícita y la conducta antijurídica en cuanto a ellos ocurre en el instante en que los justiciables sobre los que recayó la condena deciden desviarlos o desaparecerlos. La pluralidad de lesiones que no se excluyen entre sí y que, ni siquiera desde la perspectiva histórica pueden confundirse, demuestra que no nos hallamos ante el concurso aparente; esas lesiones no se relacionan como diversos grados de ataque a un mismo bien jurídico, sino como ataques distintos e independientes a los patrimonios de dos grupos separados de personas que, sin embargo, el tribunal califica como una acción unitaria desde la perspectiva jurídica y de allí que concluya en la existencia de un concurso ideal entre ambas figuras (administración fraudulenta y delito continuado de estafa, ya que este último se repitió en varias oportunidades y afectó a un sinnúmero de personas, lesionando su patrimonio). Se reitera, entonces, que la concurrencia de lesiones disímiles, no excluyentes, recaídas en distintos sujetos pasivos y ejecutadas a través de diversos medios conductuales, es suficiente para constatar que los hechos no pueden calificarse como un concurso aparente de normas.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 231 de las 8:45 horas del 9 de abril de 2003.

4.- ASOCIACIÓN ILÍCITA. No basta un acuerdo para cometer un conjunto de delitos.

“Examinando la acusación y los hechos acreditados observa esta Sala que la conducta allí descrita no es típica del delito de asociación ilícita. No puede equipararse la asociación para cometer delitos, con el acuerdo para participar conjuntamente en la comisión de uno o varios ilícitos. En el presente caso lo que se acusa es el plan común de los acusados para defraudar al Banco Central

de Costa Rica, especificándose la función que cada uno debía realizar. El plan común no es sinónimo de asociación para delinquir, aunque, como en este caso, se hayan cometido varios delitos. En forma alguna se describe en la acusación el acuerdo de los acusados, previo a las estafas, para la comisión de delitos indeterminados. No se establece en la acusación que esta sea una banda para el crimen, sino un grupo de personas que idearon defraudar al fisco por medio de certificados de abono tributario. No se desprende de los hechos la lesión al orden público en su actuar, puesto que en ningún momento se indica que la intención de los acusados fue conformar una asociación para la comisión de delitos. Los hechos que se describen son los de un acuerdo para desarrollar un plan, en el que cada acusado tiene su función esencial dentro de él, con el fin concreto de defraudar al fisco, pero no para la comisión de delitos indeterminados. No necesariamente porque un grupo de personas comete bajo un plan común más de un delito, se está ante una asociación ilícita. Desde que el hecho delictuoso es ideado, hasta su agotamiento, se presentan diferentes momentos. Hay una primera fase interna, compuesta por la *ideación*, la *dellberación* y la *resolución*, una fase intermedia que es accidental pues no se presenta en todo delito, la *resolución manifestada*; y una fase externa compuesta por la *preparación*, la *ejecución*, la *consumación* y el *agotamiento*. Dentro de la primera se puede distinguir propiamente la concepción de la idea, la manifestación de esa idea; momento este, en que se externa la intención de cometer el delito, ya por una amenaza, ya por un acuerdo de voluntades cuando hay concurrencia de personas, sin que en este último caso se esté ante una asociación ilícita. En el caso bajo examen, se describe en el fallo el acuerdo entre los acusados, y la función que dentro del plan cada uno desempeñaba. Ese acuerdo era para la realización del delito continuado de estafa al Estado a través de los certificados de abono tributario, y es a ese acuerdo al que el fallo se refiere. En vista de que la conducta que se detalla en el fallo es propia del delito de estafa, y no constitutiva del delito de asociación ilícita, se casa la sentencia por este último delito y se resuelve que los hechos tenidos por acreditados son constitutivos únicamente de cuarenta y un delitos de estafa en la modalidad de delito continuado."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 820 de las 11:25 horas del 18 de setiembre de 2003.

5.- COMISO. Naturaleza y alcances. Criterio de proporcionalidad.

"Como único motivo por el fondo, el recurrente acusa como violentados los artículos 83 y 87 de la Ley n° 8.204 sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas. El recurrente estima que el tribunal de instancia incurrió en *vitia in iudicando* cuando consideró que el comiso de la vivienda solicitado por el Ministerio Público

no era procedente, dado que el inmueble inscrito en el Registro Público de la Propiedad bajo la matrícula de folio real número 482784 de la provincia de San José y que aparece a nombre de la imputada, no se utilizaba de forma exclusiva para cometer alguno de los delitos previstos en la citada Ley n° 8.204; el razonamiento del Tribunal es erróneo, dado que la normativa no exige la exclusividad en el uso del bien inmueble para la procedencia del comiso. Solicita que se declare la nulidad parcial de la sentencia en cuanto rechazó el comiso de la casa de V. L. C. C., pide que se ordene el reenvío del expediente para el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José con el fin de que se realice una nueva fundamentación en cuanto al comiso del citado bien inmueble. **El alegato no es de recibo:** el comiso es una consecuencia civil del hecho punible, los numerales 83 y 87 de la Ley n° 8.204 sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas que se aduce erróneamente aplicados al caso concreto ameritan un análisis ante los supuestos de hecho que presenta esta causa particular. Resulta ostensible que la justiciable es una persona de escasos recursos económicos que se dedicaba a la venta de cocaína base (crack) a consumidores finales desde su vivienda situada en urbanización F. M. en San Rafael Abajo de Desamparados. El principio constitucional de proporcionalidad aplica no solamente a la sanción penal impuesta a quien resulte condenado por la comisión de un delito, sino también abarca a las consecuencias civiles y administrativas que se deriven de dicha pena. En este caso, dado el perfil socioeconómico de la imputada, acceder al comiso solicitado equivaldría a proceder a extender los efectos punitivos con fines claramente confiscatorios en desmedro del único patrimonio de la sentenciada, lo que vulnera ostensiblemente el principio de proporcionalidad de carácter constitucional. Distinto es el caso de los autores y partícipes condenados por narcoactividad que cuentan con múltiples bienes muebles e inmuebles y gozan de una boyante situación financiera fruto precisamente de su ilícita actividad. En ese supuesto no cabe duda ninguna que resulta constitucionalmente proporcional adoptar la medida del comiso, puesto que la afectación al bien jurídico tutelado ha sido en mayor escala y ello se evidencia con el lucro obtenido que les ha permitido obtener los bienes que se incautan."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 024 de las 9:40 horas del 23 de enero de 2004.

6.- COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS. Limitación al dolo del partícipe.

"En lo que respecta al fondo de su reparo, lleva razón la impugnante. Efectivamente, se tuvo por demostrado que en medio de la pelea virulenta que se daba entre A. G. y S. O., O. V. le facilitó al primero un cuchillo de aproximadamente quince pulgadas de longitud, con la evidente aceptación

de un resultado homicida por obra de aquel. Asimismo, se tuvo por acreditado que el autor actuó con saña contra la víctima, causándole un dolor y heridas innecesarias (folios 570 y 571). Sin embargo, no se tuvo por cierto que O. V. hubiera dado el arma punzocortante a A. G. para que este la empleara con ensañamiento. Esto es, lo que se tuvo por demostrado fue que prestó su colaboración en el homicidio, más no que aceptara o pretendiera la muerte con ensañamiento. Entonces, el delito que se le podría imputar a este partícipe estaría limitado por el alcance de su dolo, del cual no pudo acreditarse que fuera más allá del simple animus necandi. En consecuencia, la calificación para el autor sería la de homicidio calificado por ensañamiento; pero para el cómplice O. V. lo sería por homicidio simple, por no haberse demostrado que en este caso concreto compartiera con el otro individuo la modalidad en la ejecución del homicidio (con ensañamiento). En otras palabras, no hay indicios de que su colaboración apuntara más allá del solo homicidio. Siendo así, debe declararse con lugar este aparte del recurso, recalificando la acción de H. O. V. como constitutiva de un delito de homicidio simple, cometido en grado de complicidad, en detrimento de P. S. O.”

Sala Tercera de la Corte, Voto n.º. 406 de las 9:25 horas del 23 de mayo de 2003.

7.- CONCURSO IDEAL. Límites de la pena a imponer.

“Por otra parte, su interpretación de que el artículo 75 del Código Penal permite a los jueces aumentar la pena de manera indefinida (o con el límite insuperable de cincuenta años de prisión) y que, por ello, es inconstitucional, no es compartida por la Sala, pues se considera que solo sería aceptable si el código punitivo fuese un mero conjunto de artículos sin más orden que el de hallarse numerados. Esto, desde luego, no es así. El código no es un simple conjunto, sino un sistema; es decir: una estructura compuesta de elementos que guardan entre sí estrictas relaciones de conexión lógica. No es una suma desordenada de elementos, sino que posee reglas de coherencia interna. La tarea de descubrirlas o descifrarlas es, precisamente, una de las principales funciones que cumple la dogmática. Con esto se quiere decir que el artículo 75 de cita no puede ser objeto de una lectura aislada, sino que se inscribe dentro de un plan racional, preconcebido con ideas rectoras y que se conforma, en este caso, por toda la regulación atinente a los concursos. Así, la forma “natural” (y la más reprochada) es la constituida por el concurso real de delitos (artículo 76), pues en tal caso los diversos ataques al bien jurídico son vistos en su plena independencia: puede aplicarse la pena que corresponda a cada uno o bien hasta el triple de la mayor y, en ningún caso, podrá superar los cincuenta años de pena privativa de libertad. El delito continuado (artículo 77) consiste en una subclase de concurso real que excepciona la penalidad asignada a este. Es, siguiendo un orden jerárquico, la

segunda forma más grave que reprocha el legislador y para ella se prevé que la pena más alta impuesta se aumente en otro tanto. El concurso ideal se ubica entonces en tercer lugar, ya que —según lo define el artículo 21— es una pluralidad de lesiones que derivan de una sola acción u omisión. Por ser la forma menos reprochada de los concursos, las reglas dispuestas para las demás figuras concursales le sirven como limitaciones infranqueables, atendiendo a la coherencia interna del sistema, a las ideas rectoras que lo fundamentan y preordenan y a las relaciones lógicas que vinculan a todos los elementos entre sí. De lo expuesto se infiere que **la facultad de aumentar la pena impuesta, en los casos del concurso ideal, si posee límites fijados en la propia ley; tal incremento nunca podrá llegar a alcanzar la pena imponible si se juzgase al hecho como un delito continuado ni mucho menos como un concurso material.** La Sala considera que estas inferencias son claras y no se detecta en la norma ningún roce con principios o normas constitucionales que justifique plantear una consulta ante el tribunal contralor de la constitucionalidad de las leyes.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 231 de las 8:45 horas del 9 de abril de 2003.

8.- CONCURSO MATERIAL. Aspectos generales sobre la fijación de la pena.

“No puede ser igual el reproche para quien con una única acción violó diferentes disposiciones legales, que para aquel que en diversas oportunidades infringió la ley: *“Cuando se parte del principio del derecho penal de acto, se impone un tratamiento diferencial para el caso en que con una sola conducta se incurra en dos o más tipicidades (concurso ideal) y para el supuesto en que en el mismo acto jurisdiccional deban juzgarse varias conductas típicas del mismo o de distintos tipos (concurso real)”* (Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, página 815). Lo mismo podríamos decir en cuanto a la penalidad del delito continuado. En todos estos casos se ha graduado la sanción penal según el tipo de concurso, para no llegar a castigos inoperantes o de imposible cumplimiento. *“Todo delito es una acción y toda acción tiene un agente; igualmente, todo ejercicio del poder punitivo tiene un sujeto. Cuando existen varios delitos cometidos por el mismo agente, pueden ser totalmente independientes excepto en dos aspectos: el agente de todas esas acciones y el sujeto de todas esas penas es la misma persona. Solo acudiendo a la ficción de que pueden considerarse acciones sin agente y coerciones sin sujeto, sería posible pluralizar indefinidamente las penas y anarquizar la reacción punitiva y su control judicial. Por otra parte, no puede admitirse que el estado ejerza poder punitivo a través de manifestaciones que como inflicciones de dolor (sic) o privaciones de derechos se acumulan en forma indefinida sobre una misma persona, porque agotarían la capacidad de sufrimiento o los derechos de que puede ser privada; siendo el eje central*

de las manifestaciones lícitas del poder punitivo las penas privativas de libertad medidas en tiempo, es obvio que cada persona dispone de cierto tiempo de vida y no más. El hecho inevitable de que las penas impuestas en tiempo lineal se ejecuten en tiempo existencial, hace que su efecto también sea existencial, lo que impide la ejecución irracional —y hasta absurda— desde la perspectiva del tiempo ejecutivo. De allí que cualquiera que sea el número de penas que deban ejecutarse sobre la misma persona, el principio republicano— el mínimo de racionalidad exigido a todo acto de gobierno o poder legítimo — hace necesario unificar el trato punitivo conforme a las particularidades individuales del sujeto concreto... Este principio debe respetarse tanto a) cuando existe una única acción pluralmente típica; b) cuando existe una pluralidad de injustos que deben ser condenados simultáneamente; o c) cuando existe una pluralidad de condenaciones que importan una pluralidad de penas o de restos de ellas que deben ejecutarse sobre la misma persona" (Zaffaroni, obra citada, página 961). Es en atención a esos principios que se fijan reglas para la penalidad de los concursos, tanto el ideal como el material, así como para el delito continuado, graduándose de menor a mayor según sea una sola acción (concurso ideal), varias acciones que persiguen una misma finalidad (delito continuado), o varias acciones independientes (concurso material). En el caso bajo examen se ha de analizar la penalidad del concurso material, puesto que se trata de varias acciones independientes. De conformidad con el artículo 76 del Código Penal, para el concurso material se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, no pudiendo exceder del triple de la mayor, ni superar los cincuenta años de prisión. El legislador, para computar la pena escogió el sistema de acumulación limitada, también llamado atenuada o jurídica. Consiste en cuantificar aisladamente cada pena y luego sumarla, aunque sin exceder cierto límite. Otros sistemas han optado por la absorción (que nuestro código contempla para el concurso ideal) o por la aspersion. En general, se considera que la simple suma de las penas puede conducir a la inoperancia de su fin, a la imposición de una pena perpetua, o: "... conduce a cargar el dolor de la segunda pena a un reo ya afectado por la primera; los dolores de su añadidura multiplican de intensidad hasta hacerse intolerables. En esta línea se sostuvo que mientras las penas se suman aritméticamente, el dolor aumenta geométricamente, lo que no es del todo cierto, pero, de cualquier manera, es indudable que la suma de penas conduce al absurdo" (Zaffaroni, obra citada, página 963). Ante la pluralidad de delitos de un concurso material se impone una pena total, que será la suma de las penas, si no sobrepasa el triple de la mayor impuesta, o esta última, cuando la suma la supera. Al dictarse sentencia se impone una pena única de prisión."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 560 de las 9:30 horas del 4 de julio de 2003.

9.- CONCLUSIÓN. Bien jurídico tutelado.

"Como se ha indicado líneas atrás y se precisará más adelante, el delito de concusión no es un delito que tutele el patrimonio del particular, sino **el correcto desempeño de las funciones públicas**, por la importancia que eso tiene para la colectividad, dentro de un Estado de Derecho. Mal podría pensarse en que el delito desaparece si el particular perjudicado está de acuerdo o no se siente "ofendido" con el requerimiento ilegal y hasta lo consciente y fomenta. Aquí sería del todo evidente que desde el punto de vista de ese sujeto y su patrimonio, no podría hablarse de afectación o lesión pero no podría decirse lo mismo del correcto desempeño de la función pública, pues realmente los acuerdos entre funcionarios y particulares para pedirse y entregarse beneficios indebidos, podría poner en clarísimo riesgo la estabilidad misma de la función pública. Porque al amparo de tales "concesiones", eventualmente podrían esconderse otro tipo de "favores" o "descuidos" institucionales que de igual forma lesionan y ponen en peligro la probidad de la función pública, que es un bien jurídico de primer orden, porque la ciudadanía, la colectividad en general **tiene interés en que no se beneficien, ni particulares ni sectores específicos de funcionarios públicos, con prebendas y regalías indebidas**, que ponen en tela de juicio la rectitud del proceder de esos mismos funcionarios, de cara a las restantes obligaciones —de control, fiscalización, certificación, etcétera— que eventualmente les toque cumplir."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 686 de las 16:30 horas del 12 de agosto de 2003.

10.- CONCLUSIÓN. Elementos que la configuran.

"El artículo 350 del Código Penal tipifica la figura de la concusión así: "(...)Se impondrá prisión de dos a ocho años, al funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial". La figura en nuestro medio presenta características muy particulares que la distinguen de la establecida con este nombre en otros ordenamientos, en que se da énfasis a conductas que se relacionan preferentemente con la coacción, obligación o exigencia ilegal que se hace para el pago de impuestos, tasas o contribuciones no amparados legalmente o por encima del límite correspondiente, que resultan muy similares a la conducta que nuestro legislador ha tipificado en la exacción ilegal. La concusión que tipifica el Código Penal en el artículo 350, comprende dos tipos distintos de

conducta posibles dentro del marco de la norma:

i) obligar a alguien a dar o prometer indebidamente un bien o un beneficio patrimonial indebido; **ii) inducir** a alguien a dar o prometer indebidamente un bien o un beneficio patrimonial indebido. Es un tipo penal especial propio, porque solo puede realizarlo el funcionario público y abusando de su calidad o de sus funciones. Este delito entremezcla elementos propios de la extorsión — en la voz obligar — y de la estafa — en la voz inducir — y los reúne en un solo artículo en que tales aspectos se tipifican, cuando se refieran a la conducta de un funcionario público que busca obtener un bien o beneficio patrimonial indebido. Desde el punto de vista del verbo obligar, es claro que se está en presencia de una coerción a la voluntad del particular, para obligarlo a entregar el bien o beneficio patrimonial indebido. La forma en que tal obligación se logre, acerca este aspecto de la figura a la extorsión, si bien tipificarían como concusión de igual manera otras formas de coaccionar la voluntad, distintas de la amenaza grave o intimidación propias de la figura extorsiva. Por su parte, dentro del prisma de la "inducción", se tipifican todas aquellas conductas dirigidas — sea mediante engaño, ocultamiento de hechos, falsedades, deformación de hechos reales, omisión de datos y cualquier otro mecanismo similar que permita que la víctima sea llevada a otorgar el bien o el beneficio patrimonial — a que se entregue un bien o beneficio indebido. Aquí, la figura se asemeja a la estafa y por ello, no es necesario que la víctima sea consciente del carácter indebido del requerimiento que se le formula. Por el contrario, en la mayoría de los supuestos se estaría en presencia de una víctima que ignora esas circunstancias y que, gracias a la conducta del funcionario, es inducida a entregar lo pretendido. Ambas conductas pueden darse en forma independiente — obligar o inducir — o bien, podrían combinarse dentro de una misma empresa criminal, pero es claro que por ambas vías se tipifica la concusión y que son perfectamente diferenciables."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 686 de las 16:30 horas del 12 de agosto de 2003.

11.- CONCLUSIÓN. Error generado por disposición legal.

"En el caso que se analiza, existe una norma que obliga a las empresas aéreas a transportar en forma gratuita a los miembros del Consejo Técnico, al Director y Subdirector de Aviación Civil y al personal técnico de esa Dirección, cuando deban viajar en funciones propias del cargo y es el artículo 225 de la Ley General de Aviación Civil supra-transcrito y que es claro al señalar que las empresas aéreas con contrato de explotación concedido por la autoridad aeronáutica costarricense (¡precisamente Aviación Civil!) **están obligados a transportar gratuitamente** en las rutas autorizadas por sus respectivos certificados, **"a los miembros del Consejo Técnico de Aviación Civil, al Director y Subdirector de Aviación Civil, y a los Técnicos**

de esa Dirección que se trasladen en funciones de su cargo". Si la imputación del Ministerio Público señala que los acusados, aprovechando su puesto y su posición como jefes de Aviación Civil, así como la obligación legal antes descrita, procedieron a solicitar el transporte aéreo gratuito en supuestos improcedentes, según el texto de la norma, pero que se hacían aparentar como que sí lo eran, podríamos estar — de comprobarse esa hipótesis — frente a un supuesto de inducción que se daría **gracias a la presentación de información falsa al personal de cada aerolínea**, para hacer creer que se dan los presupuestos legales que obligan a entregar el tiquete, como respaldo para permitir a la persona su transporte gratuito. Esto favorecería que el personal de la aerolínea diera trámite a la solicitud porque la norma los obliga. Estaríamos frente a una clara posición de poder con respaldo normativo que es la que sirve de plataforma para que los funcionarios — según la imputación del Ministerio Público —, en abuso de sus funciones y su calidad, gestionen los boletos aéreos en supuestos improcedentes. El transporte gratuito de los funcionarios legalmente descritos y en los supuestos que la norma contempla, es una obligación que deben cumplir las empresas de transporte aéreo que operen con certificado de explotación aéreo concedido por la autoridad aeronáutica costarricense, como requisito para poder operar en el país, de modo que su incumplimiento podría acarrear la revocatoria del permiso. Este elemento que gravita sobre la obligación legal del artículo 225, también reforzaría la posición de poder de los acusados y el control que sobre las solicitudes tenían, en detrimento de las empresas aéreas. El artículo 157 LGAC establece la posibilidad de revocar los permisos o concesiones de explotación aérea cuando se verifique el incumplimiento por parte del concesionario de lo establecido en la ley, lo que incluiría lógicamente, la negativa a cumplir con la obligación que contempla el citado artículo 225, que precisamente se ubica en el capítulo IV "De las rebajas y Franquicias", en el título IV "De las empresas de Transporte Aéreo"."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 686 de las 16:30 horas del 12 de agosto de 2003.

12.- CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL. Reglas en el concurso real retrospectivo.

"La penalidad del concurso material a que alude el artículo 76 del Código Penal está diseñado para que los delitos se juzguen en un mismo juicio. Sin embargo, por defectos del sistema, que no mantiene un registro de cada persona acusada, con los datos de cada una de las causas que se tramitan en su contra, a menudo sucede que la persona va siendo juzgada por cada delito, y obteniendo más de un beneficio de condena de ejecución condicional de la pena, que no le hubiera sido concedido si las causas se hubieran tramitado en conjunto. Para estos casos, como bien indicó el tribunal, es de aplicación el concurso

real retrospectivo, también llamado concurso real posterior. Es de aplicación en los casos en que los diferentes hechos pudieron juzgarse en un solo momento, porque fueron cometidos antes de que recayera sentencia en alguna de las causas. Así: *"No obstante, en diversas legislaciones se da cabida al llamado concurso real o material posterior, en virtud del cual se busca —en casos en los que ya se ha pronunciado la sentencia respectiva, y el agente no ha sido juzgado por infracciones anteriores o no se han observado las reglas propias del concurso delictivo— posibilitar una nueva tasación de la pena para dar cabida a la imponible de conformidad con las pautas concursales normales. De esta manera se impide, entonces, que penas impuestas en procesos independientes se acumulen aritméticamente, más allá del beneficio punitivo que reporta para el agente el ser juzgado por los diversos hechos cometidos antes del momento de dictar sentencia; como es de suponer, no cabe el concurso real posterior cuando el condenado realiza una nueva conducta después de dictada la sentencia respectiva"* (Fernando Velásquez Velásquez, obra citada, página 475). Para el sentenciado será más beneficioso que se le unifique la pena en una sola, no solamente porque así se le pone límite a la acumulación, sino también para efectos de ejecución de pena. Para otorgar la libertad condicional el sentenciado ha de ser primario (o con condena anterior inferior a seis meses, artículo 65 del Código Penal), condición que podría ser confusa si las penas se mantienen por separado. Para el otorgamiento de beneficios en sede administrativa dentro de los centros penales pesa el número de condenas que la persona tenga. Siempre que se esté ante un concurso real, ya sea que se juzguen todos los hechos en el mismo momento, o en diferentes juicios, han de aplicarse, para determinar la sanción, las normas del concurso material. En armonía con el sistema de sanciones, no resulta congruente que una persona acusada de delitos en concurso ideal, en el que el reproche es menor porque se trató de una sola acción, como siempre será juzgada por ambos delitos en un solo juicio, tenga menos posibilidad de gozar del beneficio indicado que quien ha infringido el ordenamiento en varias ocasiones y por tanto es merecedor de mayor reproche, pero tuvo la suerte de que sus causas se juzgaran por separado. Los fines que se persiguen con no ejecutar la pena de prisión: que una persona no sea institucionalizada por una pena de corta duración, así como el fin de prevención especial, dejan de ser operantes ante una pena total superior a los tres años consecuencia de varios delitos: la pena ya no es de corta duración y el efecto disuasor de la simple amenaza de ejecutar la sanción con el no cumplimiento de las condiciones, no parece ser suficiente para una persona que en más de una ocasión ha adecuado su conducta a algún tipo penal. Si bien cuando la pena de varios delitos en concurso no supera los tres años de prisión es posible otorgar el beneficio, así se juzguen juntos o por separado, a pesar de esa pluralidad, se mantiene la finalidad de no someter al penado al ambiente criminógeno de la cárcel, en vista de que se trata

de una sanción corta. II.- Resolución del caso concreto: Para determinar si en este caso el imputado puede reputarse como delincuente primario, ha de verificarse tanto el momento de realización del hecho, como de la sentencia. Se observa en autos que el juzgamiento firme que presenta el acusado refiere como fecha de comisión del hecho el 21 de marzo de 1997, y fecha de condenatoria el 31 de octubre de 2001. Los hechos que aquí se investigan aparecen cometidos el 13 de marzo de 2001 y dictada la sentencia condenatoria el 30 de agosto de 2002. Estos hechos no fueron cometidos después de recaída sentencia firme contra el acusado, por lo que para el momento de dictarse la sentencia en el asunto que ahora se conoce, el justiciable mantenía su condición de primario. Sin embargo, al acusado se le denegó el beneficio en el caso que se investiga, no porque careciera de ese requisito, sino en vista de que ya goza de una ejecución condicional concedida en causa por la que se le impuso el tanto de tres años de prisión, máximo de la pena permitida según el artículo 59 del Código Penal. Lleva razón el tribunal al denegarle la posibilidad de ejecutar condicionalmente la pena, en vista de que la pena impuesta no lo permitía. Como se analizó líneas atrás, se está en presencia de dos delitos que concurren materialmente, pero que no fueron juzgados en un solo momento. Aplicando las reglas del concurso, la pena a imponer será de cuatro años y medio de prisión, monto que supera el permitido para otorgar la ejecución condicional de la pena. Si bien la Sala Constitucional indicó que el concurso real retrospectivo busca la unificación de las penas solo cuando ellas han excedido las reglas de penalidad del concurso material y el límite de los 50 años, no ignoró que esa unificación es también útil para efectos de ejecución de la pena, ya sea para que la persona aparezca como primaria, o que deba descontar una única pena: *"Por ello es ante este Tribunal último, cuando haya unificado las penas, ante quien deberán plantearse las incidencias que respecto de la pena, su cómputo o su ejecución, e inclusive respecto del descuento a aplicarse, según lo estipulado por el artículo 55 del Código Penal se tenga, aspecto este último de especial relevancia, porque las penas han sido unificadas, han sido convertidas por imperio de ley en una sola, aunque hayan sido dictadas por tribunales diferentes, de modo que las solicitudes de autorización y aplicación del descuento respecto de penas, no deben dirigirse a cada Tribunal que las impuso, sino al que correspondió su unificación, porque solo así puede partirse de un único parámetro y una única fecha de inicio y de cumplimiento de la pena a efectos de calcular el descuento y en consecuencia, la fecha de cumplimiento de la condena con aplicación de dicho beneficio. La solicitud aislada y la aplicación del descuento en forma aislada a cada una de las penas impuestas, significa un desconocimiento de la unificación que ha operado de la totalidad y dificulta enormemente los cálculos, creándose una confusión tal que en muchos casos puede traducirse en una extensión del plazo de condena que legalmente le corresponde descontar a una persona determinada"* (Sala Constitucional, voto

3193-95 de las 15:06 horas del 20 de junio de 1995). Por un error del sistema que no hizo efectiva en este caso la unificación procesal de ambas causas, el acusado se vio beneficiado con la ejecución condicional en uno de los delitos, a que no tenía derecho según la pena total que se le debió imponer. Ese beneficio no le puede ser revocado, pero no procede otorgarlo en la causa que ahora se examina, porque como se indicó, la pena sobrepasa el límite establecido. Como se ha reiterado, en el concurso material se fija una pena única, la cual no puede estarse unificando y separando a conveniencia, excepto si la ley lo establece, como en el caso de la prescripción. Por su parte, cuando el artículo 76 del Código Penal señala que el Juez podrá aplicar la pena que corresponda a cada hecho, si es más favorable al acusado, reitera la primera parte del artículo, en cuanto a sumar cada una de las penas, cuando el resultado no exceda el triple de la pena mayor. No es que deban cumplirse o verse las penas en forma individual, sino que si resulta más favorable fijar cada una en forma separada, y luego sumirlas, así se hará, pero si esa suma excede el triple de la mayor, la pena a fijar será ese triple. Tal parece, como afirma Francisco Castillo en su obra el "Concurso de delitos en el derecho penal costarricense", que ese segundo párrafo es reiterativo."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 560 de las 9:30 horas del 4 de julio de 2003.

13.- CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL. Requisitos para su otorgamiento.

"Dos son los aspectos a considerar para determinar si el acusado calificaba con los requisitos que podríamos llamar "formales": a) que la pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento, y b) que se trate de un delincuente primario. Delincuente primario: si bien el código no define el término, una persona es delincuente primario no cuando no ha cometido delitos, sino cuando es condenada por primera vez, puesto que el término "delincuente" ha de entenderse en sentido jurídico, es decir, cuando pesa una condena sobre él, y será primario, porque es la primera condena. La persona dejará de ser primaria cuando se convierte en reincidente, concepto que sí contiene el Código Penal en su artículo 39, que dice: "*Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trató de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición*". Es así como la condición de delincuente primario se pierde con la reincidencia, y la de reincidente, con la de delincuente habitual que contempla el artículo 40 del Código Penal. Por su parte, acerca de lo que debe entenderse por delincuente primario, la Sala Constitucional señaló: "*IV.- Delincuente primario.- El Código Penal no contiene una definición expresa de lo*

*que debe entenderse por delincuente primario. El Código español refiere en el artículo 98, inciso 1) como requisito para conceder el beneficio de ejecución condicional de la pena que el reo haya delinquido por primera vez o, en su caso, que haya sido rehabilitado o pueda serlo, sin que se compute para estos efectos la primera condena por imprudencia. Por su parte, el Código Penal argentino en el artículo 26 expresa que en los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena — Esas variantes (subrayadas en negrita) no están contenidas en nuestra legislación, de ahí que se defina la reincidencia como la comisión de un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal (artículo 39 del Código Penal). Nuestro legislador estableció que debe entenderse como delincuente primario, aquel que comete un "delito" por primera vez, lo cual debe interpretarse como aquel sobre quien haya recaído sentencia firme declarando su culpabilidad por vez primera. Es indiferente si se trata de un delito doloso o culposo, sancionado con prisión, multa u otra sanción. Los únicos delitos que se excluyen son los delitos políticos, amnistiados o cometidos cuando se es menor de edad, según se apuntó". (voto 09693-00 de 15:04 horas del 1º de noviembre de 2000). Que la pena no exceda de tres años: la otra condición "formal" a considerar será si la pena no sobrepasa los tres años de prisión. Para determinar a qué pena alude el artículo 59 del Código Penal, ha de tenerse presente que el ordenamiento jurídico pretende ser un todo armónico y congruente. Es por ello que resulta de importancia referirse al instituto de la ejecución condicional de la pena, así como al modo de fijación de la sanción. El que la pena no se ejecute a condición de que la persona condenada cumpla ciertos requisitos trata de evitar que sujetos con penas privativas de libertad de corta duración, condenados por primera vez, ingresen al ambiente criminógeno de la prisión, y que la amenaza del cumplimiento de esa pena, así como la sujeción a ciertas condiciones, tenga en el condenado un efecto de disuasión. Así: "*El instituto de la remisión condicional de una pena de presidio, que en principio debería ser ejecutada, hizo su aparición en diversos ordenamientos penales a fines del siglo XIX y se ha impuesto crecientemente, desde comienzos del siglo XX, en el derecho penal de todos los Estados civilizados, si bien adoptando muy distintas formas; en Alemania, Von Liszt fue un precursor de esta novedad junto con su Asociación Internacional de Derecho Penal. Decisiva para el reconocimiento de esta nueva institución fue, por una parte, la búsqueda de una forma de evitar el efecto desmoralizador de la ejecución de la pena de presidio, en especial respecto de los autores primerizos (en tal sentido, existen estrechos puntos de contacto con el auge de la pena pecuniaria desde 1921) y, por otra parte, la expectativa de que la remisión solo condicionada,**

dependiente de la futura buena conducta del condenado, le hará mantener una especial fidelidad al derecho, con el objeto de cumplir los requisitos exigidos para el definitivo decaimiento de la pena. De este modo, todo este instituto tiene como idea central a la prevención especial" (Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, Derecho Penal, Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, página 819). En el mismo sentido Fernando Velásquez Velásquez: "...se persigue, tal como su nombre lo dice, suspender la ejecución de la sentencia condenatoria en lo atinente a la pena privativa de libertad impuesta durante un período de tiempo previamente establecido, en busca de prevenir la criminalidad y sustraer del ambiente carcelario a infractores que incurran en comportamientos delictivos de poca monta, de tal manera que su rehabilitación pueda cumplirse fuera del mundo de las prisiones; si se quiere, con su concesión el legislador reconoce expresamente que las penas privativas de libertad cortas son un verdadero fracaso y deben ser evitadas" (Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis S.A. Bogotá, 2002, página 581). Al fin de evitar la prisión, por su naturaleza deteriorante, se refieren asimismo Zaffaroni y Ricardo C. Núñez para casos de penas de corta duración. Como se observa, es un trato preferencial que se otorga a quien es condenado por primera vez, por un delito que no tiene mayor reproche, para que no ingrese a la cárcel sino que la simple amenaza del cumplimiento de la pena si no observa las condiciones impuestas le aleje de la comisión de un nuevo delito."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 560 de las 9:30 horas del 4 de julio de 2003.

14.- CORRUPCIÓN. Posibilidad de concurso ideal con violación o abusos sexuales.

"En este sentido, los juzgadores fueron claros y consecuentes al indicar las razones jurídicas en las que se fundamentan para estimar que en la especie, conforme al cuadro fáctico que se tuvo por acreditado, el justiciable no solo adecuó su conducta al delito de **corrupción agravada**, sino también a lo dispuesto en el tipo penal de **abusos sexuales contra personas menores de edad** (y no "**abusos deshonestos**" como de manera errónea lo llama la quejosa en el libelo impugnativo). Por lo anterior, si bien la reforma del Código Penal mediante la "**Ley sobre la explotación sexual infantil**", Ley n.º. 7899 del 3 de agosto de 1999, publicada en La Gaceta n.º. 159 del 17 de agosto de ese mismo año, se modificó el tratamiento que se le venía dando a los delitos sexuales, en especial a la forma en que se encontraban tipificadas algunas figuras, como lo era el caso de la corrupción, ello no significa que no se pueda estar, de suscitarse esta última delincuencia, ante otras infracciones penales. En otras palabras, la forma en la que se encuentra tipificado el delito de corrupción no excluye la posibilidad para que, las conductas con las que se configura se puedan adecuar

también en otros tipos penales, concurriendo así todas las infracciones de manera simultánea a través de un solo acto. Por ello, dado que no existe obstáculo para que ante una misma acción, de acuerdo con las circunstancias en las que se ejecuta, se lesione de manera conjunta dos bienes jurídicos que se prevén en tipos penales independientes, **es perfectamente admisible que se suscite un concurso ideal entre corrupción y abusos sexuales, o bien, entre corrupción y violación**. Nada impide que el autor del hecho constitutivo de un abuso sexual de una persona menor de edad, como lo serían los tocamientos que ejecuta sobre las partes íntimas de esta, intente también trastocar o deformar con esta conducta el normal desarrollo de la sexualidad de otro menor de edad, haciendo que este último observe lo que hace con el otro, o sea, que observe los actos eróticos o de contenido sexual (tocamientos) que perpetra en perjuicio de un infante distinto. En tal supuesto, se tendría que una misma conducta se podría adecuar simultáneamente en dos tipos penales diferentes, sin que se excluyan entre sí las diversas infracciones que se producen con dicho acto, tal y como lo establece el artículo 21 del Código Penal. Así las cosas, se estima que la decisión del Tribunal fue correcta al indicar que el comportamiento del endilgado en la causa constituye, además de los tres abusos sexuales cometidos en concurso material, dos en perjuicio de K. C. H. y uno en contra de H. A. M., también una corrupción agravada que concurre idealmente con dos de los abusos sexuales que se mencionan (uno en perjuicio de cada una de las afectadas). Lo anterior por cuanto, lo que constituye la principal queja de la defensa, se acreditó que el 5 de enero del año 2002, luego de que el endilgado les bajó los pantalones y ropa interior a las menores K. P. C. H. y H. A. M., procedió a realizar actos libidinosos o tocamientos directamente sobre el cuerpo de éstas; constituyendo cada tocamiento o abuso que llevó a cabo un ilícito independiente, lo que hace, como se dijo, que tales delincuencias concurren materialmente. Pero a la vez concurren idealmente también con el delito de corrupción agravada, ya que al momento de realizar tales actos, hace que la menor que no está siendo objeto de un abuso o tocamiento sexual, observe la conducta que ejecuta sobre el cuerpo de la otra. Propósito corruptor que además queda claro cuando el justiciable se masturba frente a las ofendidas, hasta lograr eyacular sobre sus cuerpos. Esta situación, en criterio de esta Sala, estaría afectando sin duda alguna el normal desarrollo de la sexualidad de ambas niñas."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 262 de las 11:45 horas del 25 de abril de 2003.

15.- ESTAFA. Concurso aparente con ejercicio ilegal de la profesión. Reglas de consunción.

"Tanto la acusación como los hechos tenidos por acreditados centran la actuación de M. G. en facilitar

la plataforma jurídica que permitiría lograr obtener los certificados de manera fraudulenta. Esta labor la realizó haciéndose pasar por abogado y notario, condición de la que carecía. Como parte del ardid el encartado, en su falsa condición de abogado, confeccionó un contrato simulado de proveeduría de legumbres, verduras y hortalizas para hacer aparecer un proveedor de Naviera Continental; asimismo certificó facturas espurias de Agua Expresa para que fueran presentadas ante Procomer junto al informe anual de actividades; suscribió, como Presidente de Lotificadora del Atlántico S.A., junto con el Presidente de Naviera Continental, un contrato de servicios profesionales por el cual la primera empresa supuestamente brindaría a la segunda el servicio de asesoramiento y administración de sus oficinas centrales, contrato que fue autenticado por M. G. como abogado, condición profesional de la que carecía, documento que es aportado al informe anual de actividades. También el acusado emite una certificación de personería jurídica de la Compañía Naviera Continental, la que se aporta al informe (folio 2264). El ejercicio de la función de abogado y notario, sin estar debidamente autorizado, para construir la plataforma jurídica que respaldaría los trámites a realizar para la obtención fraudulenta de los certificados de abono tributario, fue parte del ardid para la comisión del delito de estafa. Esa conducta, en consecuencia, no se encuentra en concurso ideal con la estafa, sino que se está ante un concurso aparente de normas: hay una relación de medio a fin entre el ejercicio ilegal de la profesión de abogado y cada una de las estafas, siendo que el hecho medio es menos importante (en razón de la pena, de tres meses a dos años de prisión según el artículo 315 del Código Penal) que los hechos finales (prisión de seis meses a diez años según el artículo 216 ibidem); por esta razón el delito de ejercicio ilegal de la profesión (*lex consumptae*) es consumido por cada una de las estafas (*lex consumens*), de acuerdo a la regla de consunción contenida en el artículo 23 del Código Penal (“[...] la que contiene íntegramente a otra se prefiere a esta [...]”). En conclusión: en este caso, el delito de estafa incluye el del ejercicio ilegal de la profesión, por haber sido éste parte del ardid, es decir por estar en relación de medio a fin y ser el hecho final más grave que el hecho medio; se da entonces una sola acción típica, hay unidad de acción típica. De ignorarse esta regla y observarse cada una de las conductas en forma aislada, es claro que es típica de ambos delitos, pero considerada la relación de una con la otra, la estafa incluye, en el caso bajo examen, al ejercicio ilegal de la profesión. Es por ello que no es dable sancionar en forma independiente ambos delitos, por lo cual se casa la sentencia por el delito de ejercicio ilegal de la profesión, considerando los hechos acreditados como constitutivos únicamente de 41 delitos de estafa en la modalidad de delito continuado y dejando sin efecto la pena de un año de prisión impuesta.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 820 de las 11:25 horas del 18 de setiembre de 2003.

16.- ESTAFA. No es delito de mano propia. Dominio funcional del hecho.

“La licenciada N. M. reprocha errónea aplicación de la tesis del dominio del hecho y gestiona la absolutoria de su defendido o, en subsidio, que se le imponga una pena menor, considerándolo cómplice. Luego de citar criterios jurisprudenciales de esta Sala, afirma que en el presente caso tal dominio (respecto de la estafa) lo tendría quien indujo a error al sujeto pasivo, lo mantuvo en él, simuló hechos falsos o realizó algunas de las otras conductas que describe el tipo penal y, además, sea apoderado o administrador de una empresa cuyos recursos provengan del ahorro público (a efectos de la agravante). La queja es improcedente: El reclamo parte de una errónea lectura de la sentencia n.º. 1427-2000 dictada por esta Sala a las 10 horas del 15 de diciembre de 2000. En ella de ningún modo se afirma que todos los delitos sean de propia mano —cual parece entenderlo quien impugna— ni se establecieron parámetros para definir el dominio del hecho en cada caso, sino que se apuntó que tal concepto es de carácter descriptivo y regulativo, lo que implica su determinación en cada supuesto de hecho y frente a cada tipo penal. Desde luego, ni la estafa ni la administración fraudulenta son delitos de propia mano (ambos admiten la autoría mediata) y, respecto del primero, si bien existe una agravante que constituye un delito especial impropio, el legislador se hizo cargo además de contemplar uno común (también agravado) del que, por ende, puede ser autor cualquier individuo, siempre que para realizar la conducta punible se valga de una empresa que perciba fondos del ahorro del público, aunque no ejerza en ella ningún cargo de apoderado o administrador. Desde esta perspectiva, los tres justiciables sobre los que recayó la condena fueron bien calificados por el a quo como coautores del delito de estafa realizado a través del Germano International Bank (en el que, dicho sea de paso, G. V. K. F. se desempeñaba como administrador, gerente de hecho—; mientras que J. A. R. R. era su presidente y J. V. K. F. el vicepresidente), ya que los tres utilizaron una entidad que captaba el ahorro del público, ocultando su verdadera situación económica, la cancelación de su licencia bancaria y promoviendo la afluencia de clientes a través de la publicidad. Dejando de lado el deber de garantías que les incumbía, ha de apuntarse que los tres intervinieron activamente en la consumación del delito al preordenar el desvío de los fondos depositados en el GIB hacia otras cuentas y efectuar el ir y venir de movimientos fraudulentos que culminaron con la desaparición de los recursos.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 231 de las 8:45 horas del 9 de abril de 2003.

17.- ESTAFA. Aplicación de la figura agravada. Delito especial impropio.

"La causa de agravación que contempla el artículo 216 del Código Penal (*"Las penas precedentes se elevarán en un tercio cuando los hechos señalados los realice quien sea apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente, sus recursos del ahorro del público, o por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscrita, de cualquier naturaleza, haya obtenido sus recursos, total o parcialmente del ahorro del público"*) es aplicable en la especie, pues se introdujo por una reforma legal ocurrida en el año 1988 (Ley de modernización del sistema financiero de la República, nº 7107 del 4 de noviembre). Dicha norma no exige que las entidades hayan sido creadas con el propósito de estafar —como lo entiende el licenciado C. M.—, sino que basta que se utilice ese tipo de organismos, aunque sean lícitos, para los fines de incurrir en las previsiones de la conducta genérica definida en el párrafo primero del artículo 216 de cita. La agravante vino a erigir un delito especial impropio en el cual se sanciona con mayor rigor a quien cometa una estafa prevaliéndose de su carácter de apoderado o administrador de las empresas que se mencionan; y un delito común agravado (que no requiere ninguna cualidad especial del autor) para quien en forma personal o a través de una entidad, haya obtenido recursos del ahorro del público acudiendo a los medios típicos de comisión de la estafa (inducir a error o manteniendo al sujeto pasivo en él por simular hechos falsos o deformando u ocultando los verdaderos). Conviene añadir que la estafa no requiere que el beneficio indebido lo obtenga el agente, sino que puede serlo un tercero. El fallo establece que los recursos depositados por los clientes del GIB fueron trasladados al BAGECE o a distintas cuentas y ello revela que, en efecto, fue parte del plan del autor procurar un beneficio indebido que obtuvieron los destinatarios de los fondos (el propio BAGECE que no tenía por qué recibirlos o administrarlos, u otras de las personas o entidades que se han venido mencionando). No quiere decirse con esto que la desviación de los dineros consumara el perjuicio, sino que su percepción misma estaba preordenada a esos fines (seguir captándolos para incluirlos en los movimientos fraudulentos que se mantenían, destinarlos a otras cuentas, desaparecerlos o utilizarlos para pagar a personas seleccionadas)."

Sala Tercera de la Corte, voto nº. 231 de las 8:45 horas del 9 de abril de 2003.

18.- ESTAFA. Inducción a error mediante ocultamiento de hechos o circunstancias.

"En cuanto a las circunstancias que el a quo calificó como medios que se adecuan a las previsiones del citado artículo 216, considera la Sala que el ocultar al público que el Germano International Bank carecía de permiso para

operar como entidad bancaria y mantener publicidad para atraer sus depósitos e inversiones haciendo creer que se trataba de una institución financiera sólida que actuaba con apego a la ley (cuando en realidad su estado de iliquidez y de descapitalización significaba que las obligaciones no serían satisfechas), si constituyen modos de proceder que evidentemente corresponden a las formas de conducta que el legislador sanciona por medio del tipo penal de la estafa, ya que, de cierto, ninguna persona habría concurrido a depositar allí sus dineros si estuviese informada de la real situación, a sabiendas de que al hacerlo perdería en definitiva esos recursos. Tales clientes fueron en efecto inducidos a error, no solo a través del ocultamiento de hechos significativos y esenciales sino de la simulación de un estado irreal de las cosas con el que se buscaba, precisamente, captar dineros sus y causarles un perjuicio patrimonial —usándolos, entre otros fines, para encubrir los faltantes del BAGECE—. Resulta clara, entonces, la existencia del elemento intencional en las actuaciones de los justiciables J. Á. R. R. y los hermanos V. K. F., de causar un perjuicio al patrimonio de los clientes y obtener (para sí mismos o para terceros) un beneficio indebido, todo ello logrado a través de los mecanismos engañosos a los que se ha hecho referencia."

Sala Tercera de la Corte, voto nº. 231 de las 8:45 horas del 9 de abril de 2003.

19.- LESIONES GRAVES. Trauma psicológico como daño en la salud.

"El tipo penal de las lesiones graves, figura aplicada en el caso bajo examen, señala: *"Se impondrá prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere incapacitado al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado una marca indeleble en el rostro"* (artículo 124 del Código Penal). La figura base para los diferentes tipos de lesiones es el de lesiones leves, previsto en el artículo 125 del Código Penal, que define como lesión el **daño en el cuerpo o en la salud**. Tanto la figura de las lesiones graves como la de las gravísimas, cuando se refieren a lesión, han de partir de ese concepto. El aspecto a examinar es si hubo lesión y si esta produjo debilitación persistente de la salud. El bien jurídico tutelado en los delitos de lesiones es la salud y la integridad física. La lesión es considerada *"una variedad de traumatismo definida como daño en el cuerpo o en la salud"* y el trauma como *"el daño anatómico o funcional del cuerpo humano producido por cualquier forma de fuerza exterior"* (Medicina Legal, Eduardo Vargas Alvarado, Tercera Edición, Lehmann Editores, 1983, página 105). Debe analizarse también si se produjo una debilitación persistente en la salud. Señala el recurrente, que el trauma psicológico no se puede tener por comprendido dentro del tipo penal, sino que la acción se circunscribe a la producción de un daño físico. Por ser el concepto de

salud un elemento normativo del tipo, conviene buscar su significado desde el punto de vista médico. La Constitución de la Organización Mundial de la Salud, organismo de Naciones Unidas especializado en salud, creado en 1948, establece como objetivo que todos los pueblos puedan gozar del grado máximo de salud que se pueda lograr. Dicha Constitución define la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, concepto que se retoma en la Constitución de la Organización Panamericana de la Salud, oficina regional de la OMS para América. Esta última entidad está trabajando en un enfoque de la violencia, en todas sus manifestaciones, como un problema de salud pública. Otras normas internacionales hablan de la salud comprensiva de los aspectos físico y mental, así en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 25.1 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, artículo 25.1 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. En nuestro ordenamiento, el artículo 10 de la Ley General de Salud la concibe en la misma forma, puesto que para la conservación de la salud, y prevención y tratamiento de trastornos, se contempla la orientación psicológica. Asimismo la Ley contra la violencia doméstica, en su artículo 2 define violencia psicológica, como la: *“acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal”*. Doctrinariamente se ha dicho que: *“En un sentido jurídico, dice Jorge Mosset Iturraspe (citado en Rubínzal-Culzoni, 1996) y Zavala de González, M. (citado en Marianetti, 1997), el daño psicológico debe definirse como una cierta clase de lesión (no anatómica o fisiológica, sino funcional) inferida a la persona, que constituye fuente de daños resarcibles o sancionables y supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente...Para Tkaczuk (2001) el daño psíquico es la consecuencia de un acontecimiento que afecta la estructura vital y generalmente acarrea trastornos y efectos patógenos en la organización psíquica. El daño psíquico no solo es el resultante de un acontecimiento inesperado y sorpresivo, sino también puede presentarse como el efecto de un proceso de erosión lenta y persistente, que va lesionando la estructura física y psíquica que puede resultar hasta más devastador”* (Ronald Lin Ching C., Propuesta de valoración del daño psicológico en materia de violencia doméstica, Ponencia presentada en las Jornadas de Medicina Legal, 2003). Como se indicó, el mismo Código Penal se refiere tanto al daño en el cuerpo como en la salud en las lesiones leves, figura básica. Si como indica el recurrente, nuestra legislación prevé únicamente la integridad física, esta estaría comprendida en el “daño

en el cuerpo”, por lo que la referencia al daño en la salud sería una reiteración innecesaria. Además, no se tutelaría en forma congruente el bien jurídico, si se contempla la protección de la salud de manera integral para las lesiones leves, y se deja desprotegida una parte de ella ante una lesión de mayor entidad, como en las lesiones graves. El estado de completo bienestar que constituye la salud no se puede escindir, y por tanto no es posible omitir considerar como lesivas acciones que en alguna forma menoscaban ese estado.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 907 de las 9:35 horas del 13 de octubre de 2003.

20.- LEY PENAL. No existe interpretación del in dubio pro reo en materia sustantiva.

“Hechas estas explicaciones, debe resaltarse que ni en doctrina, ni en legislación comparada, es posible ubicar un principio como el que indicó esta Sala en las resoluciones mencionadas. Es decir, no existe ninguna pauta que preceptúe que en caso de dudarse acerca de cuál norma sustantiva corresponde aplicar, deba optarse por la más ventajosa. Esto es así, porque en el orden del derecho penal de fondo (en supuestos tanto de la Parte General, como de la Parte Especial), existen reglas precisas para dilucidar el problema de cuál es la **norma correcta** que cabe utilizar en cada caso. El principio *in dubio pro reo* no se aplica en la interpretación de normas penales, sino que constituye una regla de razonamiento prevista exclusivamente para emplearse en los casos en que el juez no supere una duda razonable suscitada por la valoración de la prueba conforme al correcto entendimiento humano. En ese evento, según dispone el artículo 9 del Código Procesal Penal, en caso de duda respecto a las cuestiones de hecho, se estará a lo que resulte más favorable para el interés del imputado. Estas dudas deben ser concretas, reales y debidamente demostradas mediante prueba directa o indirecta y deben impedir formar un convencimiento judicial sobre algún **aspecto fáctico relevante** que interese al proceso (por ejemplo, la existencia del hecho o algunas de sus circunstancias, o la intervención del acusado en el suceso). El carácter favorable al que alude el citado numeral entra en juego en la valoración de la prueba y en la determinación de los acontecimientos, que son las cuestiones de hecho que cabe establecer en sentencia. Es claro que en estos casos dubitativos, el juez debe optar por fijar la plataforma fáctica en forma tal, que permita aplicar una ley más benigna (que bien puede ser una recalificación o la sentencia absolutoria), dependiendo de cuál sea el acontecimiento que resulte imposible delimitar por existir duda.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 733 de las 10:25 horas del 22 de agosto de 2003.

21.- LEY PENAL. Vigencia temporal.

“Es preciso tener en cuenta, que el principio general que rige la aplicación en el tiempo de las normas sustantivas de índole penal, es que cada hecho punible se enjuiciará con arreglo a la **ley vigente** en el momento de comisión (artículo 11 del Código Penal). No obstante, en los casos en que se modifique el texto legal tornándolo más gravoso para los intereses del acusado, debe aplicarse la ley anterior derogada, que mantiene su eficacia únicamente para aplicarse al caso concreto (artículo 12 ejúsdem). Sin embargo, debe aclararse que esta posibilidad de aplicar ultractivamente una ley penal, está condicionada por dos factores: (i) que los hechos a juzgar hubieran acaecido durante la vigencia de la ley derogada, (ii) que comparando las exigencias de ambas leyes (la derogada y la vigente), se concluya que el texto abrogado resulta más beneficioso a los intereses del acusado. Si lo que sucede con posterioridad es que se promulga una legislación novedosa cuya aplicación resulte más favorable a los intereses del justiciable, entonces es esta la que debe aplicarse.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 733 de las 10:25 horas del 22 de agosto de 2003.

22.- PREVARICATO. Bien jurídico. Deben afectarse los derechos e intereses de los administrados.

“Además de las razones expuestas, los Juzgadores también consideran que si bien es cierto por disposición de la Ley General de Aviación Civil, en su artículo 303, los acuerdos del Consejo son resoluciones administrativas, de conformidad con el contenido del artículo 350 del Código Penal, pero especialmente con relación al bien jurídico tutelado, tal y como lo entiende la doctrina y lo ha interpretado esta Sala, que se refiere al correcto ejercicio de la función pública, de cara a los derechos e intereses de los administrados, la conducta es atípica porque según el contenido material del acto, no se está en presencia de una resolución que esté en condiciones de afectar los derechos e intereses de los administrados y que exprese en relación con ellos, la voluntad de la Administración... Para esta Sala, la interpretación que hace el Tribunal del término *resolución* en el artículo 350 del Código Penal, así como de la jurisprudencia de esta sede, es correcta. Sin embargo, hay que aclarar que también existe un interés de los administrados —valga decir, de la ciudadanía en general— para que las competencias de los órganos de la Administración Pública y en general, el desempeño de los entes públicos, a través de la conducta de sus funcionarios, sea adecuado y de conformidad con la ley. El principio de legalidad en la Administración Pública tiene tanta trascendencia que es por su medio que se explica —y justifica— todo el accionar del aparato público y que se delimita su ejercicio, como también que se posibilita el control de los abusos y la desviación de poder. El principio de legalidad, que recoge nuestra Constitución Política en su artículo 11 que establece: “(...) Los funcionarios públicos

son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles responsabilidad penal por sus actos es pública” significa que la Administración —los funcionarios— solo puede hacer lo que le está permitido. Este principio —garantía fundamental del Estado de Derecho— tiene sentido desde que el Estado, por su poder y organización, está en condiciones de interferir en la esfera de los derechos y garantías de los ciudadanos y por eso su accionar está debidamente demarcado por la ley —para prevenir y evitar abusos y desviaciones— pero especialmente por la propia Constitución Política. “El principio de legalidad dispone que todo acto o comportamiento de la Administración que incida sobre los derechos del particular debe estar autorizado por el ordenamiento jurídico. Aparentemente el fin único o principal es la protección del ciudadano, que así puede anticipar la conducta de la Administración con vista de ese orden; se le indica de antemano lo que aquella puede hacer o no hacer en relación con sus derechos. Desde este ángulo, el principio de legalidad es una garantía típica del Estado Liberal de Derecho y un freno para la actividad estatal. Está permitido únicamente lo que está autorizado y está prohibido todo lo demás(...) Sin embargo, el principio de legalidad es también una garantía de primer rango de la eficiencia administrativa, en cuanto crea un orden de conducta indispensable para que la acción pública pueda realizar los fines que persigue. Vincular el Estado a la observancia del Derecho es no solo hacer previsible para el jerarca lo que puede o debe hacer sino asegurar un mínimo de oportunidad y conveniencia a su gestión(...)” (Ortiz, Eduardo, *Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I*, Biblioteca Jurídica Díké, edición 2002, p.73). Entonces, puede afirmarse que hay interés público en que las competencias y las funciones públicas se desarrollen según lo establecido en la ley. Ahora bien, es cierto, como lo razonan los Juzgadores en el fallo de mérito, que no todo incumplimiento o desviación de poder, o bien irregularidad en el ejercicio de tales competencias o funciones, interesa al derecho penal, menos aun, desde la perspectiva particular del delito de prevaricato, aunque eso no significa que sea irrelevante desde las otras esferas del ordenamiento jurídico, como ya se indicó supra. Hay otros tipos penales —el peculado, el cohecho, la exacción ilegal, la concusión, entre otros— que regulan específicos campos de desviación del accionar de los funcionarios públicos y la función pública que se han tipificado como delitos por su relevancia en el universo de bienes jurídicos esenciales que deben ser protegidos. Desde la óptica del delito de prevaricato, es evidente que no será todo acuerdo o resolución el que interese a efectos de la tutela y sanción penal, como tampoco toda ilegalidad en dichas actuaciones, sino aquellos que evidencien la voluntad de la Administración, resultado de la aplicación —instada o de oficio— del procedimiento administrativo y que esté en condiciones de afectar derechos e intereses de los

administrados. En el caso específico de la delegación que se atribuye a los miembros del Consejo Técnico, se trata de un traslado de competencias, ciertamente, de un órgano colegiado a un órgano unipersonal que está prohibida por el inciso e) del artículo 90 LGAP, según se vio. Cuánto pueda perjudicar esa decisión a los administrados, de cara al bien jurídico protegido en el delito de prevaricato, dependerá no del acuerdo en sí mismo, sino del uso ilegal de competencias que realice el funcionario que las ejecutará y de la vinculación de los funcionarios delegantes con cada acto específico. Entonces, en este caso concreto, la ilegalidad de interés para el derecho penal estaría en esos actos específicos de aplicación del acuerdo ilegal —peculado, malversación de fondos públicos, etcétera— y no en el acuerdo en sí mismo. Así, si el Director General en ejercicio de la delegación ilegal autoriza un viaje con cargo al Estado, sin que el funcionario viaje en funciones de su cargo y sin que por ello, se justifique el pago de viáticos, estaríamos en presencia de un delito de peculado en el que puede vincularse en principio, la participación de este y del funcionario que viaja y habría que determinar el conocimiento y participación de los funcionarios delegantes originales, en ese específico acto concreto. Porque indiscutiblemente la Ley General de la Administración Pública prohíbe la delegación de competencias de un órgano colegiado a uno unipersonal en el inciso e) del artículo 90, pero eso no convierte al acuerdo de delegación en delictivo desde el punto de vista del derecho penal, aunque indudablemente es ilegal desde el punto de vista del derecho público. Si esa delegación no hubiera implicado un uso ilegal y arbitrario de competencias, sino simplemente el cumplimiento de los fines de la Administración, aunque por un órgano incompetente, tales actuaciones no solo no causarían perjuicio sino que en virtud de los principios de conservación y de ejecutoriedad del acto administrativo, conservarían su validez e incluso, en algunos supuestos, estarían protegidas por la doctrina del funcionario de hecho. Esto demuestra que no toda irregularidad en el desempeño y distribución de competencias públicas está en condiciones de invalidar la actuación de la Administración, menos aun de ser relevante al derecho penal, sobre todo de cara a los derechos e intereses de los administrados. La sola ilegalidad de un determinado acto no implica, por sí mismo, su carácter delictivo, es decir, la prevaricación del funcionario que actuó ilegalmente.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 686 de las 16:30 horas del 12 de agosto de 2003.

23.- PREVARICATO. Carácter ilegal de la resolución.

“Entonces, no hay vinculación de los acuerdos que se imputan como ilegales y una conducta de autorizar **ilegalmente** tales gastos en R. G., como de una voluntad expresa del órgano colegiado para que eso fuera de esa forma. Los acusados que declararon en debate, afirmaron que el citado acuerdo se adoptó con la finalidad de agilizar el trámite para el viaje de los funcionarios técnicos y el personal correspondiente, porque el Consejo sesionaba una vez por semana y tales autorizaciones no debían demorarse. Entonces, aunque pareciera que la voluntad sí era delegar ese extremo en R. G., la conducta solo revestiría carácter delictivo, si era para hacer uso ilegal de esa potestad así delegada, autorizando viajes improcedentes y pago de gastos de igual forma ilegales y eso no solo no se acusó, sino que no se demostró y además, trasladaría el encuadre típico a otras conductas —peculado, malversación de fondos, etcétera— y no al delito de prevaricato. Y esto tiene importancia porque para que pudiera estimarse que estamos frente a una resolución ilegal, no basta solo con establecer que el acuerdo o resolución es contraria al ordenamiento administrativo, porque si la delegación se da, pero el órgano delegado hace uso correcto de las potestades, no hay perjuicio para la colectividad ni para el desempeño de la propia Administración. El punto central es que esa delegación *facilite un uso ilegal o desvío de poder con resultados abiertamente abusivos e ilegales*, porque así podría considerarse la prevaricación de los funcionarios. En el caso concreto, a juicio de la Sala no bastaría con que se describa que la competencia delegada era esencial y que tal delegación está prohibida en la Ley General de la Administración Pública, artículo 90, inciso e) o en alguna ley orgánica específica, porque hasta entonces no hemos salido del ámbito de ilegalidad y antijuridicidad administrativos y por esa sola irregularidad no podría calificarse el acto como constitutivo del delito de prevaricato. Por eso, los alegatos del impugnante dirigidos a enfatizar en la ilegalidad de la delegación por el solo hecho del traslado de competencias, no son suficientes para sustentar la imputación por el delito de prevaricato. Ahora bien, el énfasis para calificar de ilegal la delegación lo pone el Ministerio Público al señalar que esta se hizo *para evadir controles y facilitar la autorización de viajes y el pago de gastos improcedentes* y como vimos, eso no solo no fue probado —sin que a efectos de desmerecer las conclusiones del Tribunal en cuanto a este punto, sean

útiles los reclamos por vicios en la fundamentación que se formulan— sino además ni siquiera está especificado en la pieza acusatoria, como en forma reiterada se ha señalado y, se insiste, aun cuando se hubiera acreditado, lo realmente delictivo sería el uso específico de la competencia delegada, en actuaciones concretas —autorizaciones de gastos ilegales, etcétera— pero no la delegación en sí misma.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 686 de las 16:30 horas del 12 de agosto de 2003.

24.- PRIVACIÓN DE LIBERTAD. Configuración. La libertad no puede verse condicionada por simples pactos con la policía.

“En segundo lugar, no ve la Sala con base en cuál eufemismo podría sostenerse que la víctima no fue privada de su libertad. Desde luego, todas las acciones que el propio defensor se encarga de describir son constitutivas de una restricción a la libertad de movilizarse del ofendido, desde que el justiciable y varios oficiales de policía más se hacen cargo de trasladarlo e introducirlo, no se hable del centro de detención, sino al mismo vehículo policial. El tipo penal aplicado en el fallo no requiere que la privación de libertad se prolongue por un tiempo determinado, tampoco que equivalga a un encarcelamiento, sino que basta con una actuación ilegítima, en este caso, de las autoridades, que restrinja arbitrariamente la libertad fundamental que poseen los individuos para movilizarse de acuerdo con su voluntad; salvo que se trate de un mero abuso (v. gr.: demandar la exhibición de documentos de identidad a un ciudadano sin ningún motivo que justifique ese proceder, es ya una conducta abusiva, pero no constituye privación de libertad —aunque el sujeto pasivo en ese momento no pueda movilizarse—, si en un lapso corto y razonable se le permite marcharse). Por último, no puede la Sala dejar de referirse al reproche de la Procuraduría en el sentido de que el padre de J. M. “traicionó” el acuerdo de no denunciar que había pactado. Lo más sorprendente es que, según lo manifestó el propio justiciable, al parecer tal acuerdo sí existió, pues indica: *“Yo le dije al señor que lo dejaba libre si me firmaba un escrito donde aceptaba los cargos y que salía en plenitud de condiciones. Lo firmó el abogado de ellos, el de nosotros, Licenciado Durán, y el papá y yo. Luego me acusaron de abuso de autoridad”*. (Cfr.: folio 218). La sola existencia de ese “arreglo”, mediante el cual la policía condiciona la libertad de una persona —por lo demás, ilegalmente detenida en este caso—, a que la víctima “accepte los cargos”, constituye ya un vejamen intolerable en un Estado democrático de derecho y una manifestación arbitraria de poder de la peor especie, propia de regímenes autoritarios; pero que se pretenda, aunque lo sea de modo subrepticio, hacer valer ese “pacto” en esta sede, calificando la denuncia del delito como una “traición”, es perseguir que los tribunales de justicia otorguen efectos jurídicos a una imposición ilícita y abusiva (constitutiva de los delitos de coacción o abuso de autoridad), como si se

tratase de un contrato válido. Desde luego, no existe forma alguna de que un funcionario contrate con alguien para eludir una responsabilidad que le viene atribuida desde la propia Constitución Política (artículos 9 y 11); los delitos no pueden encubrirse con contrataciones (se reitera que en este caso fue más bien una evidente imposición delictiva, aunque no fuera objeto de reproche en el fallo e intente el defensor presentarla como el acto generoso de una administración benevolente, herida ahora en su “buena fe”) y el poder de accionar la tutela jurisdiccional es irrenunciable.”

Sala Tercera de la Corte, Voto No. 672 de las 9:50 horas del 7 de agosto de 2003.

25.- PRIVACIÓN DE LIBERTAD. Límites de la policía en la identificación de personas.

“En primer término, y contrario a lo que afirma el tribunal, la policía no tiene el derecho de pedir a las personas que se identifiquen o exhiban sus documentos de identidad (conceptos que son completamente distintos). Lo que sí posee es la atribución legal para realizar esos actos **cuando las circunstancias concretas impongan causar a los ciudadanos o, en general, a los habitantes, tales molestias y perturbaciones en sus derechos**. Ni la policía ni ninguna otra autoridad tiene el “derecho” de detener, allanar inmuebles, hacer requisas, exigir a otro que se identifique o cualquier otra medida coercitiva. Es más bien el particular quien goza de derechos fundamentales a que no se perturbe su libertad individual, se respete su esfera de intimidad y se eviten intromisiones estatales injustificadas en el desarrollo normal de sus actividades. Tales derechos, sin embargo, admiten ser afectados en las circunstancias que la Constitución Política establece y que son, precisamente, las que reconocen al Estado un poder de actuar siempre rodeado de limitaciones que lo restringen al mínimo necesario para la tutela de bienes jurídicos esenciales. La policía, frente al particular, no posee entonces ningún derecho, sino un poder rigurosamente delimitado, el cual debe ejercer solo en los supuestos que las normas le autorizan, lo que supone además una justificación real y verificable y no una mera exhibición arbitraria de fuerza. En las hipótesis legítimas, la policía no solo “puede” actuar, sino que más bien debe hacerlo, pues de lo contrario descuida la función que le ha sido encomendada e incurrirá en el delito de incumplimiento de deberes. Desde esta perspectiva, los oficiales de policía no se encuentran autorizados para pedir a alguien que se identifique (diciendo su nombre y las señas que permitan hacer esa identificación), o incluso exigir que les sea mostrado algún documento de identidad, de manera indiscriminada y arbitraria, sino que solo pueden hacerlo cuando existan razones válidas que justifiquen ese proceder (v. gr., sin que se pretenda enlistar una serie taxativa o cerrada de hipótesis: ante la persona sospechosa de haber cometido un delito o contravención, la que es sorprendida en flagrancia o disponiéndose de modo inminente a cometerlo; o bien cuando se trate de quien pueda figurar como testigo de un hecho punible o se establezcan

medidas de control en un sitio específico para determinar la identidad de personas que provengan de un lugar en el que se cometió un delito; se sospeche que alguien se encuentra ilegalmente en el país o es buscado para su captura por orden de autoridad competente; o, en el caso de conductores de vehículos, porque la conducción de automotores requiere la existencia de un permiso que corrobore la idoneidad del sujeto para asegurar el bienestar de terceros, entre otros supuestos restringidos, como el de las personas que se hallan en el lugar allanado por orden judicial). En caso de que exista un motivo válido, la policía puede ordenar al individuo que se identifique y este se encuentra obligado a hacerlo, so pena de incurrir, en caso contrario, en la contravención prevista en el inciso 6) del artículo 389 del Código Penal. Pero si no concurre ninguna razón válida, las autoridades policiales se enfrentan a una prohibición absoluta de perturbar los derechos, la tranquilidad y la vida normal de las personas, ya se trate de adultos o menores de edad. En el presente caso, la sentencia describe una actitud arbitraria y prepotente del imputado quien, sin ningún motivo válido, decidió ordenar a un grupo de jóvenes que se identificaran y luego, de manera persistente y violenta, continuó exigiéndole al ofendido mostrar algún documento, a pesar de que él le indicó que no llevaba ninguno y de que los compañeros del menor le advirtieron que se trataba de un estudiante colegial. Frente a tal intromisión ilegítima en su esfera de libertad (incluso un golpe en la cara que le propinó el oficial de policía), el ofendido ejerció una defensa lícita al lanzar un puntapié al acusado (hecho que, según parece, motivó la posterior detención), ya que nadie se encuentra obligado a soportar agresiones ilegítimas, provengan de quien provengan; y la resistencia solo se castiga cuando se oponga a actos de un funcionario que obre en el legítimo ejercicio de sus funciones que, además, deben realizarse dentro del marco de lo razonable y lo estrictamente necesario. Las autoridades se encuentran limitadas en un doble sentido: primero, a actuar (y deber actuar) solo en los supuestos que se le permiten y justifican; y, segundo, a dar cuentas de la justificación misma de sus actos y responder por las ilicitudes en que incurran, ya que las funciones que el Estado les confirió no equivalen a una licencia para la arbitrariedad o para que se suponga la legitimidad de sus actuaciones, sino un compromiso de velar y resguardar los valores constitucionales. Concluye la Sala, entonces, que examinar si el ofendido aparentaba o no su minoridad a la fecha de los hechos, carece de todo interés en este asunto, desde que la privación de libertad a la que se le sometió (dado que los previos abusos de autoridad del justiciable no fueron reprimidos por el a quo), fue ilegítima y ejercida ella misma con abuso de autoridad; ilegítimidad que se mantiene con prescindencia de que se tratase de un niño o una persona mayor de edad."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 672 de las 9:50 horas del 7 de agosto de 2003.

26.- RESARCIMIENTO CIVIL. Naturaleza extracontractual. Daños y perjuicios.

"Para determinar en qué consistió la errónea aplicación de la ley sustantiva, es necesario entrar a analizar cuál es la naturaleza jurídica de dichos intereses y además, determinar qué reglas le son aplicables. En este caso, el deber de indemnizar civilmente surgió a causa de un hecho ilícito y el daño que debe resarcirse es por lo tanto, de naturaleza extracontractual. El artículo 122 del Código Penal de 1941, cuyas reglas sobre responsabilidad civil se encuentran vigentes, dispone que la reparación civil comprende: "a) la restitución de la cosa; b) la reparación del daño material y moral y, c) la indemnización de los perjuicios". Así, la doctrina ha definido que el daño debe entenderse como "todo menoscabo material o moral causado contraviniendo la norma jurídica, que sufre una persona y del cual ha de responder otra" (Santos Briz, Jaime. Derecho de daños, p.107). Aunque se ha acostumbrado a hablar indistintamente de daños y perjuicios, tanto que tales términos se conocen como el binomio "daños y perjuicios", prevalece el criterio de considerar como daños al directo y perjuicios a los indirectos o derivados (en este sentido, ver Puig Brutau, José. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II, 1983, p.179. Santos Briz, Jaime. Derecho de daños, p. 107). Así, el concepto perjuicio ha sido definido como, "la frustración de ganancias que la víctima podía razonablemente esperar de acuerdo con las circunstancias del caso, si no hubiere sucedido el hecho ilícito" Abdelnour, Rosa María. La responsabilidad civil. 1984, p. 313). En otras palabras, perjuicio es la ganancia que deja de producirse, las pérdidas de utilidades o de lucro (ver en este sentido, Pérez, Víctor. Responsabilidad civil extracontractual y Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de las Obligaciones y los contratos). IV.- Según se expuso en el Considerando II, es evidente que en el caso en estudio, esos intereses que el Tribunal procedió a fijar, son precisamente lo que se conoce como la indemnización de los perjuicios o bien, lo que el recurrente extraña como parte del lucro cesante. Tales ganancias que el ofendido dejó de percibir desde el momento en que entregó su dinero, son ni más ni menos, los perjuicios derivados del hecho punible y han de tratarse como las consecuencias civiles del mismo, tal y como lo alega el recurrente. Es por ello que el Tribunal incurrió en un error de aplicación de la ley, pues toma esos intereses y los regula mediante las normas propias que establecen los intereses surgidos como consecuencia de un incumplimiento contractual, cuando la naturaleza de tal indemnización es otra, sea, es de carácter extracontractual."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 259 de las 11:30 horas del 25 de abril de 2003.

27.- RESARCIMIENTO CIVIL. Posibilidad de condenatoria civil a pesar de existir absolutoria en lo penal.

“En primer lugar, en cuanto se refiere a las causas en las que resultó absuelto el justiciable, conforme lo dispuesto en el artículo 40 del Código Procesal Penal, que establece: “... **La sentencia absolutoria no impedirá al tribunal pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, cuando proceda...**”; si bien es cierto, normalmente la responsabilidad civil se impone por la constatación de una conducta injusta (típica y antijurídica), nada impide que la condena civil pueda surgir de otra fuente normativa, de la cual se derive válidamente la obligación de indemnizar. **La sentencia absolutoria no implica automáticamente, ni autoriza al Tribunal para omitir el análisis y pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil, aspecto señalado reiteradamente en diversas resoluciones de esta Sala** (cfr. fallo número 101-F, de 11:00 horas del 8 de octubre de 1982; 241-F de 10:45 horas del 2 de octubre de 1986). En el sentido anterior: “... esta Sala ya ha admitido como posible el que se declare con lugar una acción civil resarcitoria aun cuando ni siquiera se configure un injusto penal. Por ejemplo, en la sentencia N° 565-F-94 de las 16:15 horas del 12 de diciembre de 1994, se dijo lo siguiente: “Si bien en sede penal normalmente la responsabilidad civil es impuesta por la constatación al menos de una conducta injusta (es decir, típica y antijurídica), en los términos del artículo 103 del Código Penal (así, las resoluciones 496-F de las 11:30 del 23 de octubre de 1992 y 52-F de las 9:45 del 29 de enero de 1993), nada se opone a que esa condena civil sea impuesta también cuando la responsabilidad pueda surgir de otra fuente normativa, de la cual derive la obligación de indemnizar, posibilidad que expresamente prevee (sic) nuestra legislación en los artículos 11 y 398 del Código de Procedimientos Penales” (la negrilla y el subrayado no son del original). Así las cosas, es perfectamente viable el que sin un injusto penal, proceda la condena por responsabilidad civil, siempre que se cumpla con la exigencia de que haya otra fuente normativa distinta del ordenamiento penal que permita tal cosa. En el caso en examen se está frente a un hecho en el que la conducta típica de uno de los presuntos autores ha sido descartada por el tribunal de mérito. Ello significa que no hay injusto penal. Por ende, solo queda el dilucidar si hay un régimen de responsabilidad aplicable en este asunto, de forma tal que sea factible condenar civilmente...”. (Así, Sala Tercera, resolución número 2000-00619, de 11:20 horas del 9 de junio de 2000).”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 685 de las 15 horas del 12 de agosto de 2003.

28.- RESARCIMIENTO CIVIL. Prohibición de transar en materia alimentaria.

“A mayor abundamiento cabe destacar, que no obstante la autonomía de la voluntad, por disposición legal existe la prohibición expresa de transar en cuanto a algunos extremos. En efecto, conforme lo dispuesto en el artículo 1377 del Código Civil: “... **es nula la transacción sobre el derecho de recibir alimentos...**”, derecho que en todo caso encuentra tutela en sede penal, según lo dispuesto en las **reglas vigentes sobre responsabilidad civil** (Ley número 4891, del 8 de noviembre de 1971), contenidas en el Título IV, Libro I del Código Penal de 1941, artículo 127: “... **En los hechos punibles contra la salud o la integridad corporal, se observarán las reglas siguientes: ...1°. El condenado pagará los gastos de curación del ofendido y lo que hubiere dejado de ganar durante el período en que, por motivo del hecho, no haya podido trabajar, según la profesión o el oficio del perjudicado... 2°. Si el ofendido quedare en incapacidad absoluta de trabajar, le pagará además el penado una pensión alimentaria vitalicia que se fijará sobre la base de lo que hubiese sido el producto del trabajo del incapacitado... 3°. Si el ofendido no quedare en incapacidad completa para trabajar, pero con evidente pérdida de su anterior habilidad o resistencia, la pensión dicha se determinará en proporción al decrecimiento efectivo del poder de trabajar...**” y 128 ibídem: “... **Cuando a consecuencia del hecho punible se produzca la muerte del ofendido, el condenado satisfará, por vía de reparación, a más de los gastos hechos en obtener la curación o alivio de la víctima, una renta para los acreedores alimentarios legales que recibían del occiso alimentos o asistencia familiar en la fecha de la comisión del hecho punible... La pensión será proporcional a la suma que, obtenía o habría podido obtener la persona fallecida con su trabajo o en que deba apreciarse su asistencia familiar tomando en cuenta la condición y capacidades del interfecto. Los alimentarios gozarán de la renta a partir de la fecha referida, por todo el tiempo en que, normalmente y según la ley civil, habrían podido exigir alimentos del occiso durante el resto de vida probable de este... Sin embargo, cuando por cualquier motivo resultare exiguo el monto total de lo adeudado según la regla del párrafo anterior, los jueces podrán obligar al responsable a pagar una indemnización equitativa adicional, que se fijará, cancelará y distribuirá de acuerdo con las disposiciones del artículo siguiente...**”. Obsérvese, que en relación con este aspecto, el numeral 131 del mismo cuerpo normativo dispone, que: “... **Las rentas alimenticias a que se refieren los artículos 127 y 128 no son embargables ni susceptibles de compensación; el derecho de pedirías es irrenunciable**

e intransmisible, y sobre ellas solo se puede transigir previa autorización judicial, siempre que queden asegurados o cubiertos suficientemente los alimentos debidos... (la letra negrita y la cursiva se suplen). Desde esta perspectiva, el derecho alimentario reviste tal importancia, que de ahí se deriva su indisponibilidad. Además, en sede penal ni siquiera es indispensable ostentar la condición de heredero del occiso, porque de acuerdo con el contenido del artículo 128 *ibidem*, tratándose de acreedores alimentarios legales que recibían del occiso alimentos o asistencia familiar, procede la indemnización correspondiente... (Sala Tercera, fallo número 1195-98 de 10:00 horas del 3 de diciembre de 1998). Después de apreciar lo anterior, debe apuntarse que las limitaciones dispuestas por ley en los términos citados, se fundamentan en la necesidad de proteger ciertos intereses que se estima esenciales, entre los que destaca la obligación de no desatender los alimentos de aquellas personas con quienes se ha adquirido esa obligación, que pueden darse en razón del parentesco o como consecuencia de un hecho delictivo. En este sentido, aunque el deber de dar alimentos pueda considerarse como un efecto patrimonial o personal de la filiación, lo importante es que dicho deber se entiende como el de otorgar una prestación económica suficiente para satisfacer necesidades alimenticias, médicas, educativas, de vestido, habitación, diversión, transporte, etcétera y opera una vez establecida la relación de parentesco o el hecho ilícito productor de la responsabilidad, que supone o posibilita la existencia de un derecho a percibir alimentos. **El derecho de recibir alimentos se caracteriza por su indisponibilidad, de ahí que se encuentre fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, de forma tal que sobre ellos no puede existir ningún arreglo extrajudicial (transacción) acorde con lo dispuesto en el artículo 1377 del Código Civil, por lo que resulta manifiestamente ilegal y por ende improcedente, el aducir la existencia de las transacciones para excluir el derecho al resarcimiento, en aquellos supuestos en los que eventualmente podría corresponder disponer a favor del reclamante, un derecho de esta naturaleza."**

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 685 de las 15:00 horas del 12 de agosto de 2003.

29.- RESARCIMIENTO CIVIL. Responsabilidad solidaria del Estado.

"La última queja, por defectos en la aplicación de la ley sustantiva, se basa en las previsiones de los artículos 137, inciso 7) del Código Penal de 1941 y 106, párrafo final del Código Penal. Señala el impugnante que tales normas establecen la responsabilidad subsidiaria del Estado por delitos cometidos por sus servidores, de manera que se equivocó el a quo al establecer que debía responder de forma solidaria con el acusado. **Es inatendible el reparo:** Los preceptos a que alude la Procuraduría fueron tácitamente modificados por la Ley General de Administración Pública,

normativa posterior a la promulgación de aquellas y específica para regular la responsabilidad del Estado y sus instituciones. El artículo 201 de dicha ley señala que: *"La Administración será solidariamente responsable con su servidor ante terceros por los daños que este cause en las condiciones señaladas por esta ley"*. Dentro de esas "condiciones" se encuentra lo previsto en el artículo 199, en cuanto dispone: *"1. Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque solo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo... 4. La calificación de la conducta del servidor para los efectos de este artículo se hará sin perjuicio de la solidaridad de responsabilidades con la Administración frente al ofendido"*. El 191 indica: *"La Administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aun cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión"*. El 190 establece la responsabilidad general de la Administración, tanto por conducta lícita como ilícita, normal o anormal; el 192 se refiere, en iguales términos, a la obligación de responder por suprimir o restringir derechos subjetivos y el 197 establece como resarcible el daño "de bienes puramente morales", así como el dolor moral y físico causado por lesiones o muerte. De lo anterior se obtiene que la responsabilidad del Estado por los hechos punibles cometidos por sus funcionarios con ocasión del cargo, es solidaria y ello impone declarar sin lugar este extremo del recurso."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 672 de las 9:50 horas del 7 de agosto de 2003.

30.- RESARCIMIENTO CIVIL. Responsabilidad solidaria del Estado.

"La Ley General de la Administración Pública (n.º 6227 de mayo de 1978) establece en el artículo 190, inciso 1) que: *"La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima"*. Con base en esta norma se afirma que la Administración está sometida a un régimen de responsabilidad objetiva según el cual, independientemente de si el daño que causa obedece a una actuación normal o anormal, legítima o ilegítima siempre responde por sus actos, salvo que medie fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. Así, para verificar si la Administración es responsable o no, resulta necesario determinar si el hecho que genera el daño es imputable a esta, es decir, si es parte de su funcionamiento, sea este legítimo o ilegítimo, normal o anormal. Posteriormente, deberá establecerse si en el caso concreto ha existido alguna de las eximentes de responsabilidad antes mencionadas. En lo que interesa, primero debemos referirnos a las obligaciones

que tiene el Estado cuando contrata a determinadas personas para que realicen un trabajo, tema que adquiere aun más trascendencia si dada la naturaleza de este, deben confiársele instrumentos que son potencialmente dañinos. Sobre este tema, es evidente que si la Administración le encarga a alguien la realización de una tarea peligrosa, que incluso implica un riesgo para la vida y la integridad física de los demás, debe asegurarse de que esta sea apta para su ejecución. También, debe supervisarla, garantizándose así que conserva las condiciones que exige el puesto. La pregunta es si en el caso concreto, el Estado procedió correctamente cuando pese a los problemas personales de la encartada, le dejó a su disposición un arma de fuego, precisamente la que utilizó para la comisión de los ilícitos (folios 694 y 751 frente). En lo que interesa, se acreditó que la justiciable vivió al lado de M. M. S. una etapa de violencia doméstica donde ella resultó ser la víctima (folio 756 frente). Asimismo, el Tribunal afirma que en virtud de sus problemas emocionales, la endilgada buscó tratamiento con el psicólogo del EQUINTER, "(...) *oficina del Organismo de Investigación Judicial especializada en el tratamiento de los policías judiciales y en esa oportunidad se le diagnosticó "trastorno adaptativo con ánimo ansioso"* (folio 757 frente). De igual manera, se estableció que la encartada presentaba (sic) un cuadro psicológico crónico denominado distimia, que tenía más de dos años, padecimiento que causa en quien lo tiene agotamiento físico y mental, baja autoestima, problemas laborales, sociales, accesos de llanto y sentimientos de minusvalía (folio 758 frente). Finalmente, se apunta que dada las características de la acusada, es probable que ante situaciones que percibe como amenazantes o estresantes, reaccione de manera peligrosa e incluso, potencialmente violenta (folio 759 frente). Ahora bien, si pese a sus problemas psicológicos, la justiciable continuaba desempeñándose como oficial de capturas del Organismo de Investigación Judicial e inclusive, portaba el arma de reglamento que se le entregó para esas tareas — misma que también utilizó para la comisión de los delitos —, necesariamente se concluye que la Administración no verificó de forma diligente, constante, que esta persona estaba en condiciones de realizar su trabajo. Inclusive, véase que con base en el artículo 17, inciso 4) de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, se crearon las "Normas y Procedimientos para el uso, portación, mantenimiento y retención de las armas de uso oficial", que en su acápite XII.— contempla la retención temporal del arma de uso oficial por causas psicológicas, verificándose así que ante la existencia de un desajuste emocional de un funcionario, debe retirársele el arma de fuego e inclusive, asignarse tareas en las que no existe riesgo ni peligrosidad al grado que requiera un arma de fuego para sus funciones (folios 596 a 597 frente). No obstante la importancia de este procedimiento, el mismo nunca se utilizó. Pese a que la encartada había sido atendida en las áreas de Psicología Clínica y Psiquiatría de la Unidad de Atención Psicosocial, determinándose que presentaba problemas emocionales (depresión, estrés, ansiedad situacional, trastorno fóbico a su ambiente laboral como también reacción ansiosa depresiva)

que ameritaron medicación e incluso, la incapacitaron para sus labores durante dos días (así folios 555 a 557 frente, documento que fue incorporado al debate según se extrae de folio 670 frente), nunca se le retiró el arma de fuego. Menos aun, se le asignaron otras obligaciones donde no fuese necesario el uso de este instrumento. Así las cosas, se concluye categóricamente que la Administración es también responsable del daño causado toda vez que gracias a su omisión, una persona que no era apta mantuvo bajo su disposición un arma de fuego, que de otra manera no hubiese conseguido, permitiéndole así que la utilizara con consecuencias nefastas. Con estas afirmaciones, no se está excluyendo la responsabilidad civil de la encartada, misma que quedó debidamente expuesta en la sentencia de mérito. Lo que se pretende es que además de esta, la Administración responda solidariamente toda vez que así lo exige el artículo 190 mencionado que como se indicó, obliga a la Administración por los daños que causa su funcionamiento. — en este caso calificado de anormal dada la falta de cumplimiento de la normativa existente —, imposición que en el caso concreto, no se excluye toda vez que no ha mediado ninguna de las eximentes de responsabilidad que contempla esa norma, en concreto, fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa de la víctima."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 970 de las 12:40 horas del 24 de octubre de 2003.

31.- RESARCIMIENTO CIVIL. Validez de los acuerdos o transacciones extraprocesales.

"En su segundo alegato, se refieren los recurrentes a la excepción de transacción, reclamando que el Tribunal la acogió en forma genérica, sin considerar que los documentos de finiquito aportados eran distintos entre sí, de ahí que se debiera verificar en cada uno de los documentos, los requisitos correspondientes para poder otorgarles validez. Agregan en relación con el mismo aspecto, que el Tribunal no verificó la existencia de los elementos esenciales del contrato; así como no ponderó el miedo grave como vicio de la voluntad (cfr. folios 867 a 870, tomo XIX). **El reparo resulta atendible, en lo que se dirá:** No basta que a un documento se le denomine transacción o finiquito, para que el Tribunal omitiendo la valoración que por ley le corresponde dar, proceda a otorgarle esa connotación y haga derivar sus efectos. En ese entendido, de previo a resolver sobre la excepción de transacción interpuesta, los Juzgadores se encontraban obligados a examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por Ley para otorgar validez a la negociación; al respecto, el artículo 219 del Código Procesal Civil prevé la forma y trámite de la transacción y dispone: **"... Las partes podrán hacer valer la transacción del derecho en litigio mediante escrito en que conste el convenio, o mediante la suscripción de un acta ante juez. Este se limitará a examinar la concurrencia de los requisitos que exige la ley para la validez de la transacción, y hará o no la**

homologación. En este último caso continuará con el procedimiento...". Asimismo, el artículo 1369 del Código Civil, establece los requisitos esenciales para proceder a homologar un documento, a saber: **"... Toda transacción debe contener los nombres de los contratantes; la relación puntual de sus pretensiones; si hay pleito pendiente, su estado y el Juez ante quien pende; la forma y circunstancias del convenio y la renuncia que los contratantes hagan de cualquier acción que tenga el uno contra el otro..."**. De igual manera, acorde con lo dispuesto en el numeral 1371 del Código ibídem: **"... Si la transacción se refiere a un pleito pendiente, puede hacerse en una petición dirigida al Juez y firmada por los interesados o a su ruego, mediando la respectiva autenticidad con arreglo a la ley..."**. Desde esta perspectiva, resultaba indispensable que el Tribunal —de previo a acoger la excepción de transacción— procediera a verificar si cada uno de los documentos aportados por el representante de la Caja Costarricense de Seguro Social en sustento de la excepción planteada acorde con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, reunía los requisitos esenciales propios de una transacción. Cabe destacar entre otros, si las personas que aparecen suscribiendo los documentos se encontraban legitimadas para hacerlo, pues solo lo podrán hacer quienes validamente estén posibilitados para desprenderse personalmente, o en nombre de otro, de los derechos que en la transacción se dispone, así como verificar cuáles son los alcances de las renunciaciones consignados en ellos. En el presente asunto, se aprecia cómo el Tribunal, con vista en las fotocopias certificadas que aportó el representante de la Caja Costarricense de Seguro Social —documentos a los que denominó contratos de transacción con los pacientes— se limitó a verificar que en ellos apareciera la firma de alguna persona para darles plena validez, acogiendo como consecuencia la excepción de transacción interpuesta y declarando sin lugar las acciones civiles. Obsérvese, que los Juzgadores resolvieron: **"... Todas aquellas transacciones de pago, llámense estas, finiquitos, contratos o arreglos extrajudiciales que se firmaron con la Caja Costarricense de Seguro Social con ocasión del accidente de sobreirradiación ocurrido en el Hospital San Juan de Dios, en donde se indemnizó una determinada persona con una cantidad de dinero como reparación de los daños y perjuicios sufridos, y si esa persona a la que se refiere la transacción o pago, el finiquito, el contrato o arreglo extrajudicial aceptó todas las estipulaciones que se vertieron (sic) en el documento, y en forma voluntaria firmó personalmente o por medio de su representante, se comprometió a todo lo estipulado, se obligó a lo que se expresó en el documento y le dio perfección a esa transacción de pago, contrato, finiquito o arreglo extrajudicial, de ahí que todos los documentos que los ofendidos firmaron con la Caja Costarricense de**

Seguro Social SON LEGALMENTE VÁLIDOS Y ASÍ SE DECLARAN, por lo que la excepción de transacción o pago interpuesta por las partes resulta válida Y ASÍ SE DECLARA...". (Cfr. folio 734, tomo XVIII). Evidentemente con este proceder, los señores Jueces inaplicaron las disposiciones de naturaleza sustantiva reguladoras de la transacción, que es una de las formas anormales de finalizar los procesos y se puede definir, como un contrato mediante el cual las partes acuerdan poner término a un litigio pendiente. Por esa razón y como esta figura deriva de la plena autonomía y voluntad de las partes, la ley le concede la misma eficacia y autoridad de la cosa juzgada (artículo 1385 del Código Civil); sin embargo, por el valor que se le concede correlativamente, se dispone como **requisito indispensable que el juzgador homologue su texto, debiendo verificar que concurren los requisitos exigidos por ley para que tenga validez, conforme lo dispuesto en los artículos 1367 y siguientes del Código citado**. De ahí que en todo caso, tratándose de arreglos extrajudiciales, el Tribunal debiera —previo a homologar el contrato de transacción— determinar su validez y en caso contrario, continuar con el procedimiento."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 685 de las 15 horas del 12 de agosto de 2003.

32.- ROBO AGRAVADO. No hay concurso ante pluralidad de ofendidos.

"En efecto, el comportamiento desplegado por el justiciable junto con otro individuo no identificado, quienes empleando un cuchillo lograron intimidar a los ofendidos consiguiendo así despojarlos de los bienes que portaban, debe valorarse como una acción única en sentido jurídico, pues no solo se desarrolló en el mismo lugar durante un breve espacio de tiempo, sino que tuvo un propósito común, esto es, apoderarse ilegítimamente de los bienes de los perjudicados, afectando con ello su derecho a la propiedad —de naturaleza puramente económica— como bien jurídico tutelado. Como se deduce de lo anterior, la delincuencia aunque se desplegó contra dos afectados, solo lesionó su propiedad y no bienes jurídicos personalísimos, de ahí que constituya un solo delito de robo agravado y no dos ilícitos perpetrados en concurso ideal, como impropriamente lo estimó el tribunal de instancia. En consecuencia, procede **declarar con lugar el recurso presentado** y casar la sentencia en cuanto condenó a W. M. W., por cometer dos ilícitos de robo agravado, recalificando esta Sala los hechos tenidos por acreditados, como **un único delito de robo agravado irrogado en daño de M. B. R. y E. T. R. c.c. R. R...**"

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 370 de las 11:49 horas del 16 de mayo de 2003.

33.- ROBO AGRAVADO. Uso de arma durante la persecución para asegurar el apoderamiento.

"Según los hechos que el Tribunal tiene por establecidos, los acusados D. M. y B. M. se acercaron a la ofendida y el primero le arrebató la cadena que pendía de su cuello y en la que además se encontraban tres dijes y dos anillos, además de sustraerle tres esclavas y emprendieron la huida con los bienes, perseguidos por don G. H. A. quien sin perderlos de vista y cuando estaba a punto de dar alcance a D. M., este para asegurar el desapoderamiento, le pasó los bienes sustraídos a B. M., quien le llevaba ventaja y sacó un cuchillo con el que amenazó a don G., para facilitar así que su compinche huyera con los objetos robados. Está claro entonces que efectivamente el uso del arma es útil para lograr la consumación del robo, porque la intervención de don G. ha impedido que el desapoderamiento se materialice, precisamente porque si bien la ofendida es un hecho que ya no portaba la cadena y las esclavas, porque le fueron arrebatadas, aun no se puede afirmar que hubieran salido de su esfera de custodia, porque don G. la prolongó al perseguirlos e impedir que lograsen perfeccionar ese apoderamiento. Es tan determinante su intervención, que D. M. tuvo que pasarle el botín a su compañero del delito e inmediatamente sacar el arma para amenazarlo y poder de esta forma lograr apoderarse de los objetos, como en efecto lo hicieron, porque B. M. pudo huir, ingresó a una casa, dispuso de los objetos y tuvo además tiempo de salir con una varilla en mano, para agredir al ofendido, cuando ya en ese momento, el robo sí estaba consumado. Debe quedar claro que el uso del arma que agrava la figura en este caso concreto es el del cuchillo con el que se amenazó a G. y que permite que este no diera alcance a B. M. quien pudo así huir con el botín. Por eso, la utilización del arma favoreció la consumación del apoderamiento, fue determinante a esos fines y, en consecuencia, se está frente a un robo agravado. El delito se consumó por esa circunstancia y carecen de sustento las alegaciones en cuanto a que el hecho es tentado, porque claramente se establece en el fallo que B. M., favorecido por la intervención armada de su compañero, huyó con los bienes sustraídos a la ofendida, los que no pudieron ser recuperados. La violencia que se suscitó después de eso, cuando este imputado regresa armado con una varilla de construcción y una espátula, a juicio de la Sala queda fuera del iter criminis del robo agravado y es parte de un hecho distinto de agresión con arma, que concurre con aquel materialmente, delito que no fue acusado y sobre el que, por mediar únicamente recurso de la defensa, no puede haber pronunciamiento de este Tribunal en perjuicio de los acusados. En cuanto a los antecedentes de esta Sala que cita el impugnante, no resultan útiles a sus pretensiones, pues en cuanto a la resolución 477-01, de las 8:48 horas del 25 de mayo del 2001, en esa oportunidad se analizó: "(...)En todo caso, como ya se dijo, independientemente de que los

encartados fueron ubicados y detenidos por la policía a doscientos o bien a ochocientos metros del lugar del robo, esta circunstancia no varía la conclusión a la que se arriba en sentencia sobre su responsabilidad, pues no es la distancia que han recorrido los imputados después al suceso lo que determina la existencia del apoderamiento y desapoderamiento de una cosa mueble, con la consecuente pérdida de la misma de la esfera de custodia de su dueño o poseedor legítimo; sino que para establecer qué es lo que permite la configuración y consumación de este hecho, sea en un robo o un hurto, debe ser analizado en cada caso concreto y no limitándose a valorar uno de los posibles aspectos que entran a ponderarse en esta clase de ilicitudes, como lo sería, precisamente, el lugar de detención de los encartados. Por ello, si bien en algunas ocasiones una gran distancia entre el lugar del incidente y el de la detención del imputado podría permitir concluir que estamos ante un hecho consumado, en la medida que ello en efecto provoca tanto el apoderamiento como el desapoderamiento del bien y, por ende, que el mismo salga de la esfera de custodia de la persona que lo tenía, imposibilitándole así su disponibilidad; en otras ocasiones una pequeña o mínima distancia, lo mismo que un desapoderamiento breve o momentáneo, pueden ser suficientes para pensar que el hecho se ha consumado, y en tal hipótesis la tentativa se encuentra descartada. Claro está, ello dependerá de las diferentes circunstancias o elementos que rodeen el hecho; produciéndose la consumación eso sí cuando el "autor logra colocar la cosa mueble en orden o situación o condición conveniente para deliberar, determinar o mandar libremente lo que ha de hacerse con ella, ya sea ejercer facultades de dominio, enajenarla, gravarla, poseerla o disfrutarla..." (Sala Tercera de la Corte, resolución n.º 384-F de las 14:25 h. del 18 de julio de 1996). Aquí es claro que la distancia no es un elemento que por sí mismo determine si un hecho se consumó o no, sino que depende de las específicas circunstancias del caso concreto, relacionadas con el desapoderamiento en cada supuesto. En los hechos que se analizan es claro que para lograr que se consumara el hecho, fue determinante el uso del arma con la que se amedrentó al ofendido y por esa razón, el robo se agrava y además, se consumó, porque el arma se utilizó a esos fines y para ello no tiene importancia alguna que el ofendido haya perseguido a los imputados por "ocho cuadras", como él lo indicó."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 525 de las 9:05 horas del 27 de junio de 2003.

34.- SECUESTRO EXTORSIVO. Naturaleza del objeto que se exige a cambio de la libertad. Posición jurídico-económica o mixta del patrimonio.

"En el recurso por el fondo, aduce errónea aplicación de la ley sustantiva. En este sentido, considera que los: "... indicios probatorios no permiten la aplicación del numeral 215 del Código Penal, sea la conducta de secuestro

extorsivo, sino que por el contrario lo que permite es la aplicación de los numerales 191 o 192 del Código penal a saber la privación de libertad..." (cfr. recurso folio 231). A ello agrega, que existe una duda razonable acerca de cómo acontecieron los hechos y en aplicación del principio in dubio pro reo, considera que debe absolversele por el secuestro extorsivo y dictar condena por la privación de libertad (cfr. folio 232). De seguido, en el mismo motivo reprocha que no se fundamentó ni por qué se aplicó el tipo penal, ni tampoco se justificó la sanción que en definitiva recayó (cfr. recurso folio 234). **El reclamo no es atendible:** Así es, en la base de su impugnación, quien recurre modifica el cuadro de hechos fijados por el sentenciador, para concluir que a través de la valoración de la prueba propuesta, que esta Sala varíe la calificación jurídica establecida en el fallo de mérito por otra que resulta más ventajosa a los intereses de sus patrocinados. Esta técnica impugnativa es incorrecta, pues irrespeta el principio de intangibilidad de los hechos probados, según el cual al Tribunal de Casación le está vedado modificar los hechos demostrados. Sin embargo, de una lectura atenta del fallo en cuestión, la Sala aprecia que la adecuación típica realizada resulta conforme a Derecho, pues se comprobó que las menores de edad fueron privadas de su libertad y para obtener su liberación, se exigió entregar un rescate, lo cual enmarca en las previsiones del numeral 214 del Código sustantivo aplicado en la especie. Cabe anotar, que el citado numeral no distingue acerca de la naturaleza lícita o ilícita del rescate, con lo que es factible, como aconteció en la especie, que lo que se exige a cambio de la liberación de las personas sea un objeto ilícito. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el patrimonio (como bien jurídico comprometido en el secuestro extorsivo junto a la libertad de movimiento) puede verse afectado mediante la demanda de que se entreguen objetos, bienes o valores o que se renuncie a los mismos, en el entendido de que ese acto dispositivo tiene un valor económico. **En el caso concreto** que ahora se conoce que es un secuestro extorsivo (y que por similitud del objeto protegido, puede aplicarse en la extorsión), el patrimonio es el conjunto de bienes o valores económicos evaluables pecuniariamente, que se encuentran bajo el poder de disposición de una persona, independientemente de que gocen o no del reconocimiento del Derecho (sobre este concepto económico del patrimonio, véase: Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido: *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 37. Romero Soto, Luis: *El delito de estafa*, editorial Carvajal S.A., 1990, págs. 5 a 6. Castillo González, Francisco: *El delito de extorsión*, Seletex Editores, 1991, págs. 35 a 38, donde concluye que la teoría que debe seguirse en nuestro medio es una posición mixta o económico jurídica, en la medida en que las posiciones económicas, de acuerdo al principio de unidad del ordenamiento, deben estar respaldadas (sic) o al menos no desaprobadas por el derecho, págs. 41 a 42. En el mismo sentido: Castillo González, Francisco: *El delito de estafa*, Editorial Juritexto, 2001, págs. 74 a 75). En consecuencia, si lo que se reclamaba a cambio de liberar

a los menores, era entregar cuatro kilogramos de cocaína, se refería indudablemente a un objeto ilícito que posee un valor económico considerable (cfr. sentencia folio 167)."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 245 de las 9:15 horas del 25 de abril de 2003.

35.- VIOLACIÓN AGRAVADA. Concurrencia de otra persona. Complicidad.

"La sentencia no puede analizarse en forma aislada, sino como una unidad. Los juzgadores son claros en cuanto a establecer los hechos por los cuales se concluye la responsabilidad penal de los acusados y en darles su nombre jurídico: violación agravada en cuanto a D. B., violación simple y complicidad en un delito de violación agravada, con relación a J. Z.. Expresamente señalan (ver sentencia, folio 328 y ss.) que a J. Z. no es posible atribuirle la conducta de violación agravada, porque se demostró, con el dicho de la ofendida, que cuando este la accedió carnalmente, *lo hizo sin colaboración* de D. B., quien se apartó, pero la accedió con uso de la fuerza física en perjuicio de la agraviada y a esta conducta la califican simplemente de violación. Detallan, por su parte, que D. B. la accedió carnalmente, facilitado por la colaboración de J. Z., quien la tenía sujeta de los brazos y le tapaba la boca y razonan que ese hecho es violación agravada. No puede entonces desconocerse que se trata de una violación agravada por la participación de más de una persona, porque así se expone de claro a lo largo de todo el fallo y pese a que los jueces no citan expresamente los artículos, sí expresan el *nomen iuris* de las conductas. Tampoco puede desconocerse cuál es la conducta de complicidad que se le atribuye a J. Z., cuando los juzgadores expresamente razonan que sujetó a la víctima para que D. B. la accediera carnalmente. Esta Sala estima que no hay vicio alguno, pues la utilización del *nomen iuris* de las conductas es suficiente para establecer con claridad cuál es la calificación legal asignada a los hechos que se acreditan, además de que sí exponen claramente su razonamiento jurídico, que calza sin mayor esfuerzo en las normas penales que corresponden a las calificaciones jurídicas que el fallo establece."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 585 de las 10:45 horas del 11 de julio de 2003.

B.- DERECHO PROCESAL PENAL

36.- ACCIÓN CIVIL. Carácter accesorio de las funciones del juez penal al analizar la acción civil.

"El error que, sin embargo, puede considerarse más grave consiste en que el accionado civil **no se opuso y más bien reconoció la responsabilidad por daño material**. En la propia sentencia los jueces consignaron, como

manifestaciones de la parte demandada: *"En cuanto a la acción civil instaurada a favor del menor, no se opone a ello, es evidente que el niño se ha visto afectado por la muerte de su padre, es quien más debe recibir apoyo, sin embargo, discrepa en cuanto a los montos y considera que si bien es quien más debe recibir indemnización, la misma debe ser racional, por tal motivo no está de acuerdo con el peritaje realizado y considera que los montos que se fijen para la educación y tratamiento psicológico del menor deben ser fijados a discreción por los jueces y para ello, existe como ya lo indicó una póliza suscrita con el Instituto Nacional de Seguros."* (Cfr. folio 418). Se desprende de lo transcrito que el tema de la responsabilidad por daño material **no fue controvertido en el proceso**, sino que ambas partes estuvieron de acuerdo sobre su existencia y el diferendo entre ellas radica exclusivamente en el monto que haya de fijarse. Cuando los jueces deciden denegar la existencia misma del daño material, están con ello desconociendo por completo la naturaleza **civil, privada y disponible** de este extremo del proceso y asume funciones oficiosas que no le están autorizadas. En materia de acción civil resarcitoria, los tribunales penales actúan como juzgadores civiles; son llamados a resolver un conflicto de interés privado, junto a la definición de la responsabilidad penal (de eminente carácter público) y el motivo de la accesoriadad radica en que el daño a resarcir es producto de lo que, en principio, se calificó como un hecho punible. Se sigue de lo anterior que los jueces se encuentran sometidos, en esta materia, a ciertos principios generales del proceso civil, en particular al dispositivo y al subprincipio de que el objeto del proceso lo fijan las partes. En consecuencia, el juzgador ha de decidir conforme lo alegado y probado y su fallo habrá de enmarcarse dentro de los límites determinados por las pretensiones del actor y lo que reconoce o controvierte el accionado (principio de congruencia). Si en la especie, como se dijo, la parte demandada admitió la existencia de la responsabilidad por daño material, no podía el a quo desconocerla, pues el principio dispositivo —salvo las excepciones legalmente establecidas— se extiende tanto a los actos procesales (v. gr.: definición y aporte de las pruebas que las partes estimen oportunas, uso facultativo de medios impugnativos, entre otros), como a los derechos sustanciales que se discuten (a través del desistimiento del actor, el allanamiento del demandado, la transacción u otras formas). Se reitera, entonces, que el a quo se excedió en sus atribuciones al desconocer como un hecho probado aquel que ambas partes sí tuvieron como tal y lo que procedía era definir, no ya esa responsabilidad no controvertida, sino el monto concreto a indemnizar."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 745 de las 8:55 horas del 29 de agosto de 2003.

37.- ACCIÓN CIVIL. Determinación de los montos por daños e intereses. Fecha a partir de la cual se debe pagar el monto.

"La cuarta queja se refiere a la decisión del a quo de reconocer el pago de intereses legales sobre la suma de daño material que el demandado civil debe cancelar a la señora M. R. C., propietaria del vehículo que el ofendido conducía el día de los hechos y que resultó destruido por la acción culposa del justiciable. Solicita el recurrente se declare que los intereses deberán correr a partir del día del hecho y no de la firmeza del fallo, como lo dispuso el tribunal de mérito. **El reclamo debe acogerse:** En la sentencia n.º. 1195-98 de 10 horas de 3 del diciembre de 1998, la Sala examinó con amplitud el extremo relativo a los intereses y el momento a partir del cual deben computarse en distintos supuestos... De las consideraciones anteriores —aplicables en el presente caso— se desprende, en resumen, que es posible acudir a la regulación legal de los intereses para utilizarlos como un factor de indexación que asegure que el daño será integralmente reparado, cuando su valor sea conocido o fácilmente determinable de antemano y no dependa de la decisión jurisdiccional. En tales supuestos, los intereses deberán correr desde el momento en que el daño se produjo (el "día del hecho"); en tanto que los moratorios se computarán a partir de la firmeza de la sentencia y hasta su efectivo pago. En el fallo de mérito los juzgadores establecieron, con base en el valor declarado del vehículo de la actora, que el bien valía quinientos cincuenta mil colones y acordaron esa suma como monto a indemnizar. Salta a la vista que el tribunal no recurrió a ningún método de indexación o actualización para asegurar un resarcimiento pleno (como lo solicitó en debate quien impugna, según se lee en el folio 492), sino que lo dispuso por el valor que el menoscabo patrimonial significó para la actora el día que sufrió la pérdida del bien, desconociendo que desde esa fecha —y en vista de que no ha mediado reparación— se han producido perjuicios que no serían indemnizados si se mantiene lo decidido por los juzgadores."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 745 de las 8:55 horas del 29 de agosto de 2003.

38.- ACCIÓN CIVIL. Libertad probatoria para determinar los montos del resarcimiento.

"En efecto, se estableció en el fallo que el niño A. F. R. U. es hijo del ofendido R. R. C. y que este último falleció en un accidente de tránsito, debido a una conducta culposa del imputado B. S. R.. Puesto que el actor civil, representado

por su madre, es menor de edad, **califica de pleno derecho como acreedor legal alimentario** (artículo 169, inciso 2º del Código de Familia), pues recibía —según se determinó en el fallo— o bien podía recibir en el futuro dicha asistencia alimentaria, con facultad incluso para exigirla judicialmente de su progenitor si fuere preciso, pues la obligación se encuentra establecida por ley —caso que contempla el artículo 129 del Código Penal de 1941—. (Ver sentencia n.º. 1195-98 dictada por esta Sala a las 10 horas del 3 de diciembre de 1998). En el plano procesal se detectan errores de bulto, no sólo en la apreciación de las pruebas —lo que, en el proceso civil, corresponde a un defecto de fondo, según lo señalan los artículos 595, inciso 3) y 610 del Código Procesal Civil—; sino también en el ámbito de las atribuciones que competen al juez respecto de la acción resarcitoria. Por un lado, los juzgadores rechazaron la demanda por daño material aduciendo que no se aportaron recibos que indiquen que el occiso costaba los gastos de educación del niño. Con semejante argumento olvidan que el deber alimentario comprende no solo la educación, sino también los costos de alimentos, vestido, recreación, transporte y otros. También se está desconociendo que, en el proceso penal y aun en lo que concierne a la acción civil, el ordenamiento no sigue un sistema de pruebas tasadas o legales, sino que todo se puede demostrar a través de cualquier medio, siempre que sea lícito y en el presente caso, de ningún modo se ve por qué el testimonio de la madre sería insuficiente para probar el extremo que se comenta.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 745 de las 8:55 horas del 29 de agosto de 2003.

39.- ACCIÓN CIVIL. Momento procesal para concretar pretensiones.

“A partir de lo descrito, procede señalar lo siguiente: el artículo 112, inciso d) del Código Procesal Penal establece la facultad del actor civil de no precisar el monto de sus pretensiones en el mismo escrito a través del cual solicita se le tenga como parte en el proceso. Esta, sin embargo, es una mera facultad, por lo que nada obsta para que decida concretar el monto de lo que pide en ese mismo libelo. Tal situación es la que ocurrió en el presente caso, pues el Ministerio Público señaló un monto, aunque fuese provisorio, de un millón de colones. Ahora bien, la audiencia prevista en el artículo 308 del Código de rito persigue asegurar el pleno ejercicio de la defensa del accionado civil y obliga al actor a concretar —ahora sí— el monto de los daños y perjuicios que estime haber sufrido hasta ese momento; fijación que todavía es relativamente provisional, pues es posible que las partidas resulten aumentadas “por las consecuencias futuras”, es decir, las que se produzcan después de concretados los montos en la oportunidad dicha. Cabe señalar, como lo refirió esta Sala en sentencia n.º. 815-01 de 9:40 horas del 24 de agosto de 2001, que: “... el precepto contenido en el artículo 117 *ibidem* que establece el desistimiento tácito

cuando el actor civil ‘... no concrete sus pretensiones oportunamente...’, debe entenderse del modo que mejor favorezca su intervención y sí, en la especie, a pesar de no estar obligada a ello, la actora decidió concretar sus pretensiones en el propio escrito en que solicitó constituirse como parte, no puede concluirse otra cosa sino que lo hizo en su momento oportuno, sin que fuese necesario que las repitiera cuando el Ministerio Público se lo hizo ver, pues ello implicaría sumirse en un rigor formalista carente de sentido e incompatible con los principios que inspiran la normativa procesal. Por lo demás, lo que se propone el artículo 308 del Código de rito es obligar al actor civil a que defina, aunque sea de modo preliminar, cuáles son sus pretensiones resarcitorias, con el fin de que ellas sean conocidas por el demandado antes del juicio y pueda así ejercer su plena defensa —en vista de que no se requiere que el actor las concrete en el escrito en que insta su constitución—; y ese mismo propósito se cumple a cabalidad cuando el accionante las establece desde su solicitud inicial, por lo que no cabría aplicar una “sanción”, como el desistimiento tácito, si ya se alcanzó el fin que el propio instituto busca tutelar... Puede concluirse, entonces, que el incumplimiento por el actor civil de la prevención que establece el artículo 308 del Código Procesal Penal, no constituye motivo para que se tenga por desistida su acción si en alguna fase previa ya cumplió su deber de concretar los datos y pretensiones que señala la norma, pues lo cierto es que en su momento se alcanzó el fin que ese mismo precepto se propone”. Idénticos razonamientos son aplicables en el caso que se examina. El actor civil concretó sus pretensiones desde el inicio (en la solicitud de constituirse como parte), estableciendo con ello un límite mínimo a sus expectativas indemnizatorias que podría haberse aumentado a través de dos modos: a) haciendo saber el incremento cuando se le confirió la audiencia prevista en el artículo 308 del Código Procesal Penal —para que lo conocieran las partes accionadas—; o, b) demostrando en debate que ocurrieron consecuencias lesivas posteriores al momento en que hizo su fijación inicial de los montos cuyo pago demandaba.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 672 de las 9:50 horas del 7 de agosto de 2003.

40.- ACCIÓN CIVIL. Posibilidad de corregir defectos conforme al artículo 15 procesal.

“Según los suscritos Magistrados, si como apunta el Tribunal, en la vía civil los defectos de la demanda se le señalan a la parte puntualmente, dándole la oportunidad de que los corrija en un plazo determinado (artículo 291 del Código Procesal Civil), la misma razón justifica que puedan rectificarse los que presenta la acción civil resarcitoria que se interpone en sede penal, con base en lo que dispone el artículo 15 del Código Procesal Penal. Esta norma indica: “El tribunal o el fiscal que constate un defecto formal saneable en cualquier gestión, recurso o instancia

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. Si no se corrige en el plazo conferido, resolverá lo correspondiente". De lo expuesto se obtiene que todo defecto de naturaleza formal susceptible de corrección puede serlo, como también que no solamente el Ministerio Público, sino también los Jueces tienen el deber de concederle al interesado la oportunidad de rectificar. Ahora como se indicó supra, en el caso concreto la prevención que contempla este último artículo nunca se realizó. Ni el Fiscal ni la Jueza Penal que conoció el asunto, previnieron al impugnante para que enderezara la acción que interpuso. Más grave aun, el Fiscal oficiosamente decidió que el Estado era demandado, dándole traslado de la acción civil desde el inicio del proceso (folio 69 frente). Pese a estas deficiencias en la actuación de los órganos encargados del proceso, esta Sala observa que el recurrente sí hizo las correcciones a la acción civil que planteó, resultando clarísimo que el Estado sí fue demandado. Así, pese a que no existió prevención alguna, durante la audiencia que se realiza en la etapa intermedia, solicitó que se tuviera como demandado civil al Organismo de Investigación Judicial "representado por el Estado" (folio 366 frente). Véase que en esa oportunidad, hasta el licenciado J. J. S. C., Procurador de la República, reconoce que el licenciado S. U. pretende que se corrijan los defectos que tiene la acción interpuesta al solicitar que se tenga como demandado civil al Estado (folio 367 frente). Asimismo —aunque de manera bastante confusa—, del auto de apertura a juicio se extrae que la Jueza Penal admitió la corrección (folio 377 frente), concluyéndose entonces que uno de los demandados civiles es el Estado. En este punto, se reitera que el defecto mencionado en la acción civil puede corregirse no solamente porque así se deriva expresamente de los artículos 115, 176 y 179 del Código Procesal Penal sino porque también así lo impone el principio de acceso a la justicia que contempla el artículo 41 de la Constitución Política. Sin duda alguna, este se vulneraría si ignorando lo que sucede en vía civil, no aceptamos que dentro del proceso penal, las gestiones que presentan las partes civiles pueden subsanarse, remitiendo a las víctimas a un ordinario contencioso administrativo de larga duración. Finalmente, es importante señalar que la posibilidad de corregir los defectos de la acción civil no es irrestricta. Por el contrario, está limitada al derecho de defensa conferido al demandado civil, que según consta en este proceso, no ha sido vulnerado. En este sentido, véase que el Estado ha tenido amplias oportunidades de defenderse. Así, la acción civil le fue notificada a la Procuraduría como representante del Estado (folio 70 frente), se apersonó un Procurador en el proceso (folio 76 frente), se le notificó a ese profesional el señalamiento de la audiencia preliminar y asistió a ella (folios 351, 359, 364 a 368 frente) y finalmente, el Procurador asignado participó ampliamente en el debate, emitiendo conclusiones en defensa del Estado que no solamente se limitaron al tema de la legitimación sino también al por qué según su criterio, los actos de la acusada

no generan responsabilidad para la Administración (acta de debate, particularmente los folios 679 a 682 frente). De esta manera el Estado, como demandado, no solamente ha sido representado por la persona legitimada para ello sino también notificado de todas las actuaciones pertinentes del expediente, por lo que en realidad ningún perjuicio efectivo se ha causado a su defensa, como tampoco se ha quebrantado el debido proceso en su contra."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 970 de las 12:40 horas del 24 de octubre de 2003.

41.- ACCIÓN CIVIL. Representación legal del Ministerio Público. No requiere poder especial.

"Finalmente, respecto a la participación del Ministerio Público en representación de los actores civiles, corresponde recordar que en lo tocante a la participación del actor civil en sede penal, el artículo 111 del Código Procesal Penal, dispone: "... **Constitución de parte.** Para ejercer la acción resarcitoria, su titular deberá constituirse en actor civil... Quienes no tengan capacidad para actuar en juicio deberán ser representados o asistidos del modo prescrito por la ley civil... El actor civil deberá actuar con el patrocinio de un abogado y podrá hacerse representar por un mandatario con poder especial...". Dicha norma debe interpretarse en forma conjunta con lo dispuesto por el artículo 39 del Código ibidem, que establece: "... **Delegación.** La acción civil deberá ser ejercida por un abogado de una oficina especializada en la defensa civil de las víctimas, adscrita al Ministerio Público, cuando: a) El titular de la acción carezca de recursos y le delegue su ejercicio... b) El titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quién lo represente, sin perjuicio de la intervención del Patronato Nacional de la Infancia...". Conforme lo expuesto, se trata de una situación extraordinaria, en la que por disposición legal el Ministerio Público asume una doble actividad, ya no solo en su tradicional ejercicio de la acción penal pública, sino también correlativamente se le faculta para ejercer la acción civil representando a las víctimas. Al respecto, la Ley Orgánica de ese Ministerio dispone: "... **Artículo 33. Funciones.** La Oficina de Defensa Civil de las Víctimas estará adscrita al Ministerio Público y a cargo de un abogado con categoría de fiscal adjunto. Además de ejercer la acción civil resarcitoria, este abogado, velará en general por el respeto de los derechos de las víctimas, derivados de delitos de acción pública, para lo que podrá ejercer las actuaciones y gestiones que resulten necesarias, inclusive fuera del proceso penal..." y luego: "... **Artículo 34. Asistencia legal.** El Ministerio Público proveerá a la víctima que le delegue el ejercicio de la acción civil resarcitoria, un profesional en derecho. Esta función puede ser asumida directamente por un abogado de la oficina de Defensa Civil de las Víctimas, o por cualquiera de los representantes del Ministerio Público en el territorio nacional, según la distribución de trabajo que apruebe el Fiscal General...", de ahí que por disposición

de la Ley un órgano del Poder Judicial— en este caso el Ministerio Público— pueda ejercer la representación civil de la víctima, sin que para cumplir esa función resulte necesario que se deba aportar un poder especial, como ahora se alega.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 685 de las 15:00 horas del 12 de agosto de 2003.

42.- ACCIÓN CIVIL. Representación de la víctima. Formas a través de las cuales puede actuar.

“El defensor impugna en este aparte la declaratoria con lugar de la acción civil entablada por la Junta Liquidadora de la Quiebra del Banco Germano Centroamericano, pues considera que dicho órgano es responsable solidario de las acciones punibles cometidas en el fallido al que representa, de modo que no puede ser parte actora, sino demandada civil. Añade que existe falta de representación de la referida Junta: la licenciada X. A. M. no es mandataria de los damnificados (clientes del banco), pues no ostenta poder especial judicial conferido por cada uno de ellos; tampoco representa a la Junta Liquidadora, sino a un fideicomiso creado mediante el contrato respectivo por el que se cedió la propiedad de bienes y derechos. Sobre este punto, afirma que la Junta no es representante de los damnificados ni de los acreedores del banco, pues tiene las mismas funciones de curador de la quiebra y por ello representa a la empresa fallida. A raíz de tal situación, no podía transmitir al fideicomiso un poder del que carece. Concluye el defensor señalando que, según la doctrina, a los cesionarios les está vedada la vía penal para ejercer los derechos cedidos, toda vez que el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales de 1973 establece una lista taxativa que no los incluye, por lo que deben acudir a la vía civil. **La queja es inatendible:** Dejando de lado la circunstancia de que el reproche es, en realidad, de forma y no de fondo; lo cierto es que no existe obstáculo legal de ninguna naturaleza para que los damnificados u ofendidos actúen a través de una misma representación o utilicen otros medios contractuales para que sus pretensiones sean satisfechas a través del proceso ni tampoco para que intervenga un cesionario, pues el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales no pretende descartar el carácter supletorio del Código Procesal Civil. La Junta Liquidadora del Banco Germano Centroamericano también poseyó legitimación propia ya que, aunque no se haya insistido en el punto dentro del proceso o en la sentencia, el mismo BAGECE (como entidad diferenciada de sus personeros) resultó perjudicado con las actuaciones delictivas que se les reprocha a los justiciables; y también la posee el fideicomiso, en su carácter de administrador de los bienes de los acreedores reunidos en la quiebra. Desde luego, la “Junta”, como tal, no es “responsable solidaria de las conductas delictivas” que se investigan pues, para no ahondar en otras obviedades, baste decir que surgió a la vida jurídica con posterioridad a los delitos y como producto de la quiebra. Así las cosas, se desestima el alegato.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 231 de las 8:45 horas del 9 de abril de 2003.

43.- ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA. Principio de preclusión y posibilidad de corregir defectos.

“Algunos han sostenido que el artículo 179 del Código Procesal Penal y que se encuentra en las normas que regulan la actividad procesal defectuosa, instituye el principio de preclusión procesal en el proceso penal. Sobre el tema es necesario hacer algunas aclaraciones. Hay dos conceptos procesales que se encuentran íntimamente relacionados: el concepto de preclusión y el concepto de caducidad. Cualquier proceso penal ubicado en coordenadas espacio-temporales, desde la *acusatio romana* hasta el modelo mixto napoleónico, y en general, cualquier proceso de cualquier rama del derecho desarrollado a través de la historia, tiene determinadas reglas referidas a su desenvolvimiento. Estas reglas están relacionadas con las diferentes etapas del mismo, así como de la posibilidad de avanzar o retroceder dentro de esas etapas. Un determinado modelo procesal puede ser muy rígido en cuanto a su desarrollo, o puede ser sumamente flexible. El grado de preclusión de cada proceso se ve reflejado en la posibilidad que tiene cada parte procesal de realizar determinados actos en ciertos momentos del desarrollo del mismo. El principio de preclusión procesal históricamente se ha asociado a los procesos civiles escritos, sin embargo, en realidad todo proceso maneja algún grado de preclusión, mediante las reglas referidas al desarrollo del mismo. El D.R.A.E. define la preclusión como una característica del proceso según la cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella. En el mismo sentido opina COUTURE, para quien el principio de preclusión “*está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impliéndose el retroceso a etapas y momentos procesales ya extinguidos o consumados*” (COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 194. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª Ed., Madrid, 1992, Tomo II, p. 1654). Esta característica del proceso se refleja en la imposibilidad de las partes de realizar determinados actos en ciertas etapas del proceso, lo cual se conoce con el término de caducidad. El D.R.A.E. entiende como caducidad la acción o efecto de extinguirse un derecho, una facultad o una instancia. En el mismo sentido NÚÑEZ, siguiendo a COUTURE, concibe la caducidad como “*la sanción consistente en la extinción, consunción o pérdida de un derecho o facultad por vencimiento de un plazo u ocurrencia de un suceso previsto por la ley*” (NÚÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Lerner, Córdoba, 1978, p.468. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª Ed., Madrid, 1992, Tomo I, p. 253). De manera que si

bien la preclusión es una característica del proceso, que puede reflejarse en diferentes grados de preclusión, la caducidad es una consecuencia de la primera, reflejada en una parte procesal en concreto, y con respecto a un acto determinado. Esta es la distinción esencial entre ambos conceptos, que están de por sí íntimamente relacionados. El concepto de preclusión es generalmente desarrollado por la doctrina procesal civil. Durante la Edad Media se difundió en Europa el denominado "proceso común europeo", que fue un proceso civil coexistente con el proceso penal de la Santa Inquisición. Era un proceso escrito, lento, oneroso, altamente preclusivo, formalista, a instancia de parte, desconcentrado y de prueba mediatizada y tasada. De él provienen las leyes de enjuiciamiento civil españolas del siglo XIX y la mayoría de las legislaciones procesales civiles latinoamericanas, incluyendo la costarricense. España no fue parte de un movimiento reformista creado precisamente en el Siglo XIX, denominado "movimiento a favor de la oralidad". Propiciaba un proceso civil oral, público, antiformalista, concentrado, oficioso, de libre convicción e inmediatez. Tuvo éxito en muchos países europeos, como Francia, Alemania, Austria, generando una notable reducción en la duración de los procesos civiles (CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, EJE, Buenos Aires, 1972, p. 45. VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1984, p. 31. ANTILLÓN, Wálter, *Teoría del Proceso Jurisdiccional*, IJSA, San José, 2000, p. 148). Nuestro país, dos siglos después de las reformas europeas, recientemente ha impulsado la creación de un Código Procesal General inspirado en el movimiento de la oralidad (ZELEDÓN, Ricardo, —comp.—, *La Gran Reforma Procesal*, CONAMAJ, Poder Judicial, San José, 2000). La doctrina procesal penal hace pocas referencias al principio de preclusión, o utiliza el término de preclusión como sinónimo de caducidad, sin deslindarlo conceptualmente. Uno de los pocos autores de Derecho Procesal Penal que intentan esta distinción es CLARÍA OLMEDO, el cual, citando mayoritariamente doctrina procesal civil, reconoce que la preclusión no es un principio rígido, y por lo tanto debe tener excepciones (CLARÍA OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo IV, Ediar S.A., 1963, p. 75). En efecto, en los procesos civiles escritos, la principal excepción al principio de preclusión es precisamente la nulidad procesal, que permite el retroceso a etapas agotadas (RODRÍGUEZ, Luis, *Nulidades procesales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1945, p. 228). Es sumamente significativo el hecho de que CLARÍA OLMEDO, dentro del marco del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, redactó en el año de 1978 las denominadas "Bases para la unificación legislativa en Latinoamérica en materia procesal penal". Dicho documento sirvió de base al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, principal antecedente de nuestro C.P.P. de 1996. Esta parece ser la razón por la cual, tanto el artículo 228 del Código Modelo como el artículo 179 del C.P.P. utilizaran el concepto de "periodos ya precluidos", que obviamente tiene alguna relación con el

principio de preclusión desarrollado por la doctrina procesal civil. Esta última norma establece: "Los defectos deberán ser saneados siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error, o cumpliendo el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado. Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no puede retrotraerse el proceso a periodos ya precluidos, salvo los casos expresamente previstos por este código". Esta norma no debe entenderse como una prohibición absoluta de retroceso, pues se refiere al momento procesal en que debe realizarse el saneamiento de defectos y no al desarrollo del proceso. La intención del legislador fue que la corrección de defectos se realizara en la misma etapa procesal en que se advierte el mismo, sin necesidad de remitir el expediente a los funcionarios encargados de las etapas anteriores para que ellos (sic). En cuanto al retroceso procesal, está expresamente previsto como resultado del recurso de casación o del procedimiento de revisión, pero debe también admitirse en casos graves, cuando la negativa a retroceder puede afectar derechos constitucionales de las partes. Sin embargo, la regla general es que todos los saneamientos procesales se realicen en la misma etapa en que los defectos sean advertidos por el tribunal o por las partes."

Sala Tercera de la Corte, voto n° 984 de las 10:20 horas del 31 de octubre de 2003.

44.- ACTUACIÓN POLICIAL. Valor probatorio de la investigación previa en materia de narcotráfico.

"En lo que a los métodos y técnicas de investigación en asuntos de narcotráfico se refiere, esta Sala ha sido muy rigurosa en lo que atañe a la suficiencia, objetividad y legitimidad de los medios probatorios recolectados, así como a las conclusiones que puedan deducirse de los mismos, sobre todo cuando la verificación de las conductas ilícitas se sustenta de modo importante en labores policiales sin control jurisdiccional, tales como compras controladas y vigilancias estacionarias. Es así como, en lo que a este tema que nos ocupa se refiere, se ha dicho lo siguiente "... Con respecto a los operativos controlados de compra de droga, método de investigación policial de frecuente uso en delitos relacionados con el tráfico y comercialización de drogas, esta Sala se ha pronunciado en forma reiterada y a los efectos de esta sentencia, resulta relevante retomar lo dicho en el fallo 162-98 de las 11:17 h. del 20 de febrero del año anterior, oportunidad en la que se señaló lo siguiente: (...) II.- En la investigación de los delitos relacionados con el tráfico y comercialización de drogas, la actividad de la policía es de trascendental importancia pues permite no solo individualizar a los partícipes, sino, antes bien, identificar su forma de operar, sus relaciones, contactos, en fin, la serie de indicios comprobados que legitimarán —de ser procedente— la intervención del aparato jurisdiccional, para ordenar la realización de diligencias probatorias, anticipos jurisdiccionales de

prueba y, finalmente iniciar el proceso para juzgar a los responsables. Sabido es que en esta materia resultan de utilidad las llamadas compras controladas de drogas, en las cuales se utilizan colaboradores de la policía que actúan como "agentes encubiertos" es decir, personas que, ocultando su verdadera identidad, se hacen pasar por adictos para tratar de adquirir droga y reforzar, con estas diligencias, la investigación que se realiza. Ha sido reiterada la jurisprudencia, tanto de esta Sala como de la instancia constitucional, que si bien reconoce la utilidad de este tipo de estrategia de investigación, sí señala que deben utilizarse y valorarse en el contexto de unas diligencias que al menos arrojen su necesidad y utilidad probatoria. A su realización deben unirse otros elementos, por ejemplo, informes que señalen el punto de interés como reconocido por el tráfico de drogas, vigilancias, los llamados fijos, o seguimientos policiales que refuercen la sospecha de que el ilícito se da y deseable es que, además, en caso de que sea factible, esas vigilancias y fijos se registren audiovisualmente. La Sala Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en la sentencia 5573-96, de las once horas seis minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y seis, oportunidad en la que señaló: "(...)La rigurosidad que debe tenerse en esta materia de "experimentos" u operativos simulados, se debe a que se trata de preconstitución de prueba contra el acusado. Por ello, el juzgador debe ser exigente en cuanto a la valoración de este tipo de operativos. La intervención en ellos del juez de la fase de investigación, como garante de la legalidad de la prueba es lo recomendable, pero de antemano no podría negarse valor a un operativo encubierto si esta participación del juez no se da. Lo cierto es que, reiterando lo que esta Sala y su jurisprudencia han manifestado, la intervención del juez es indispensable cuando se pretenda incursionar o lesionar derechos fundamentales, por ejemplo, si se pretende realizar un allanamiento; si es necesario realizar una intervención telefónica, en fin, si el operativo incluye la afectación de algún derecho fundamental. En los demás casos, el juez al valorar la prueba obtenida de las investigaciones policiales, debe ser particularmente exigente respecto de la existencia de indicios que legitimen el operativo encubierto, de modo que no sirva como pretexto para que las autoridades tienten a los sospechosos y los induzcan a ser autores de hechos delictivos que a lo mejor no tenían planeado realizar, actuando como típicos agentes provocadores, porque ese proceder de la policía es inconstitucional (...)Corresponderá en todo caso a los jueces penales decidir si con la prueba obtenida del operativo simulado es suficiente para destruir el estado de inocencia y llegar a la necesaria demostración de culpabilidad". Por su parte, la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido su pertinencia, al tiempo que, al determinar sus alcances probatorios, ha sido especialmente rigurosa si no se acompaña de mayores elementos. Por ejemplo, se ha dudado de su legitimidad cuando además ha fallado la cadena de custodia de la evidencia obtenida en las supuestas compras —sentencia 792-97, de las 15:55 del 7

de agosto del año anterior— ; ha puntualizado la necesidad de que las compras controladas se respalden en actas en las que, previamente la policía se asegure de haber requisado al agente encubierto e individualizado los billetes y luego, registre el resultado de la compra, la evidencia obtenida y la remita a las autoridades judiciales respetando la cadena de custodia, aunque también se ha admitido que la ausencia de esas actas de antemano no resta valor a las diligencias, si pueden acreditarse por otros medios ... contextualmente ha reconocido su validez para acreditar el hecho delictivo, cuando además de las compras, existen vigilancias, seguimientos o fijos de los cuales se ha podido extraer la actividad desarrollada por el imputado —entre otras, sentencias 398-97 de las 16:35 horas, del 29 de abril y 419-97 de las 9:35 h. del 9 de mayo ambas del año anterior— ... Se desprende de lo transcrito, no solo los argumentos en pro de la legitimidad de tal práctica de investigación policial —expresamente reconocida y autorizada por la actual Ley sobre Estupeficientes, artículos 10 a 13— sino además, su utilidad procesal como medio de comprobación, es decir sus resultados constituyen elementos de prueba que pueden ser utilizados para reforzar o corroborar que determinada persona se dedica a la actividad delictiva investigada si bien en ocasiones pueden ser considerados suficientes, por sí mismos, para fundamentar una sentencia condenatoria, lo que corresponde a los jueces en cada caso concreto y en aplicación de las reglas de la sana crítica determinar, al valorar si los resultados probatorios de tales diligencias, son suficientes para alcanzar el grado de certeza necesario para sustentar una sentencia condenatoria. En resumen, los resultados dependen de cada caso concreto porque en esta materia, sujeta además a la apreciación de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica, no pueden estructurarse fórmulas preestablecidas ni sentarse criterios definitivos. Sin duda alguna la utilidad de tales instrumentos —las compras controladas— se ve aumentada cuando se acompaña de otras diligencias de investigación como vigilancias, filmaciones, seguimientos, intervenciones telefónicas, declaraciones testimoniales de adictos y análisis de la droga obtenida en cada compra, pero la ausencia de las mismas no excluye de antemano que las compras controladas por sí mismas puedan sustentar una condena, situación en la que habrá de ser especialmente riguroso y así lo ha puntualizado esta Sala: "(...)En términos generales, en materia de psicotrópicos, el operativo final constituye un acto policial de comprobación de una actividad delictiva en curso y a la vez, se presenta como un medio de prueba idóneo para sustentar el reclamo del acusado. Empero, por no existir en nuestro sistema de valoración, la tasación de prueba, no puede exigirse que la "venta controlada" contando con la presencia de la autoridad jurisdiccional y con la utilización de billetes previamente identificados, sea el único medio de prueba idóneo para fundamentar un fallo condenatorio por venta de drogas. Debe hacerse notar, que este caso difiere sustancialmente, de los supuestos en que

simplemente existe una "precompra" sin vinculación alguna previa del sujeto investigado por el delito atribuido y en los que no se realiza ningún otro operativo para comprobar la acción delictiva, porque en estos casos, para comprobar la venta de droga, no bastará con el solo dicho del colaborador para acreditar el ilícito (...)" sentencia 1033-98, de las 8:45 h. del 30 de octubre de 1998 ...", Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n° 531-99, de las 9:35 horas del 7 de mayo de 1999. De acuerdo con lo anterior, resulta claro que en relación con la materia que nos ocupa no existe una regla preestablecida a partir de la cual se le deba fijar de antemano al juzgador, como si se tratara de un sistema tasado, el valor que habrá de corresponder a cada elemento probatorio y su peso en la decisión de fondo a adoptar, pues ello deberá ser determinado caso por caso a partir de la consideración de la prueba receptada en juicio, siempre bajo el prisma del absoluto respeto a las reglas del correcto entendimiento humano, controlado por las partes ante el órgano de casación gracias a la ineludible obligación de fundamentar adecuadamente el fallo. Lo anterior nos lleva a establecer, como una primera aproximación, que no resulta acertado afirmar, como si se tratase de una máxima invariable, que las compras controladas llevadas a cabo por la Policía sin control jurisdiccional, siempre y en todos los casos, resultarían inidóneas o insuficientes para establecer el juicio de culpabilidad. Este deberá ser definido individualmente, dependiendo de la calidad probatoria del asunto que se trate."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 277 de las 10:40 horas del 2 de mayo de 2003.

45.- ACTUACIÓN POLICIAL. Validez de los actos de investigación conforme a la normativa procesal vigente.

"En primer término, el registro realizado en este proceso no requería la cooperación del imputado, e incluso este último no podía negarse a su práctica. Así las cosas, carece de importancia si los oficiales de la Fuerza Pública advirtieron o no al justiciable sobre su derecho de abstención toda vez que acogiéndose a él no hubiese impedido la actuación policial, como parece entenderlo el recurrente. Por otra parte, en las diligencias de investigación no siempre se requiere la presencia de un Juez de Garantías, un Fiscal o bien un abogado que represente los intereses del imputado. En este sentido, el Código Procesal Penal le otorga a la policía administrativa facultades en la investigación de hechos delictivos cuando asume las tareas que el ordenamiento jurídico le impone a la policía judicial (así artículo 284 del Código Procesal Penal). En estas circunstancias, la policía administrativa está en la obligación de "(...) investigar los delitos de acción pública; impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores; identificar y aprehender preventivamente a los presuntos culpables y

reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para basar la acusación o determinar el sobreesimiento" (artículo 285 del Código Procesal Penal). Como se extrae de la norma antes citada, los oficiales de la Fuerza Pública —actuando como policía judicial— estaban facultados para detener al justiciable —evitando así que se fuera de Siquirrés—, como también para revisar el bolso que portaba y asegurar la prueba que se localizó dentro del mismo. Se trata de actos básicos de investigación que dada la celeridad con la que deben realizarse, no requieren la intervención de un Juez de Garantías, un representante del Ministerio Público, o bien un defensor."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 316 de las 9:03 horas del 16 de mayo de 2003.

46.- ACUSACIÓN. Defectos en su formulación. Posibles soluciones.

"En realidad, hay muchas formas en que el Tribunal puede rebasar el marco fáctico de la imputación y una de ellas podría estar originada precisamente en una acusación defectuosa, pero esa no es la única hipótesis. Las soluciones que corresponda dar a estas situaciones deben ser valoradas en cada caso concreto, porque para unos supuestos, como por ejemplo cuando se acredita un hecho diverso, lo que procedería es anular la sentencia y ordenar el reenvío y en otros, como por ejemplo cuando no se impute hecho delictivo alguno, por ser absolutamente omisa la imputación, lo que procedería eventualmente es no la absolutoria, porque no se ha acusado nada, sino el cierre del proceso, sin perjuicio de que el ente fiscal inicie correctamente una nueva causa, si la acción penal no ha prescrito. Pero además, debe puntualizarse que no en todos los supuestos de una acusación defectuosa podría llegarse a una solución unívoca, pese a que existen antecedentes de esta Sala en que se ha dispuesto la absolutoria por esa circunstancia (141-02 y 577-02), porque habría que analizar el supuesto en cada caso concreto, la naturaleza de los defectos, si fueron corregidos o no, en qué etapa y cuál fue la respuesta procesal dada en tutela del derecho de defensa del acusado, si se menoscabó o no. Lo que se quiere dejar claro es que no puede darse una solución unívoca a todos los supuestos de falta de correlación entre acusación y fallo —y la jurisprudencia de esta Sala es una muestra de ello— como tampoco a los casos de acusación defectuosa. En este caso concreto, en realidad no cabría hablar de acusación defectuosa, porque lo que sucede es que la acusación no tiene a M. V. G. como partícipe en ventas controladas de droga y únicamente se refiere a él como "parte" de una organización dedicada al tráfico, pero ni siquiera describe cuál sería su rol, su participación, y la otra referencia es cuando lo señala presente al momento del allanamiento, poseyendo una gorra en la que se encontró una pequeña cantidad de marihuana y además, dentro de la casa en que se halló el estupefaciente. Sin embargo, el

Tribunal integra de oficio la imputación —sin excitativa del órgano fiscal— y establece, con base en la evacuación de pruebas en el contradictorio, que en los hechos tercero y sexto, en que se alude a “un sujeto tatuado”, debe leerse M. V. G. y son esos elementos los que le permiten establecer la responsabilidad penal. Entonces, lleva razón la defensa en su reclamo, el que debe acogerse. Esta Sala considera que no procede ordenar el reenvío para que se integre y corrija la acusación —suponiendo, entonces, que el sujeto tatuado efectivamente es M. V. G.—, pues eso acarrearía un perjuicio al imputado, porque permitiría —en el eventual caso de que el Ministerio Público *construya* la imputación en su contra, pues ahora no existe— delimitar claramente un rol en estos hechos, cosa que la acusación actual —con la que el Ministerio Público decidió llevarlo a juicio— no permite, todo ello de conformidad con los antecedentes que sobre el punto ha emitido esta Sala (así, resoluciones 141-02 de las 9:00 horas del 22 de febrero y 577-02 de las 9:48 horas del 21 de junio, ambas de 2002. En el mismo sentido además, Tribunal de Casación Penal, resolución 593-03 de las 9:07 horas del 26 de junio de este año). Se trata de un **aspecto esencial** que atañe a la atribución específica de la conducta al imputado y por esa razón, no puede ser enmendado en el reenvío, cuando el reclamo es de la defensa, porque ello significa conceder una oportunidad al Ministerio Público para que integre la acusación correctamente —y perjudique entonces al acusado—, cuando pasó la etapa de investigación e incluso el filtro de la audiencia preliminar, sin que esos aspectos fueran contemplados, y esa integración ni siquiera se advirtió en el debate, de donde resultaría por completo violatorio del principio de razonabilidad, de proporcionalidad y de justicia pronta y cumplida, dar otra oportunidad adicional para que enderecen la acusación —sobre todo porque esa “deficiencia” no fue evidente sino hasta que el Tribunal decidió integrar la acusación oficiosamente—, cuando es precisamente quien sufre las consecuencias, el que lo reclama y además, ello implicaría retrotraer el proceso a etapas ya precluidas y en las cuales debieron definirse estos aspectos sustanciales para la defensa.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 592 de las 9:30 horas del 18 de julio de 2003.

47.- ACUSACIÓN. Marco del pronunciamiento del Tribunal. Derecho de defensa.

“El objeto del proceso está constituido por los hechos que el órgano acusador plasma en la imputación, que sirve de marco indispensable para el adecuado ejercicio del derecho de defensa. Sin una acusación clara, precisa, el derecho de defensa simplemente no puede desarrollarse en toda su extensión. Hay que tener claro a quién se acusa y los hechos que se imputan, para que la defensa pueda establecer cómo y cuál será su estrategia, pero especialmente, cuál es la expectativa de responsabilidad penal a la que el juicio mismo lo expone.

Indiscutiblemente para el Tribunal esa imputación es el marco de su pronunciamiento, al menos de aquel que puede representarle responsabilidad y consecuencias penales a los acusados. Estas son garantías fundamentales del debido proceso y cuya existencia y respeto, permiten estimar legítimo un fallo condenatorio.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 592 de las 9:30 horas del 18 de julio de 2003.

48.-ACUSACIÓN. Posibilidad de corregir defectos sustanciales en la audiencia preliminar.

“En primer lugar hay que señalar que el Código Procesal Penal no establece una clasificación o tipología de defectos procesales. Sin embargo hay cuatro normas que señalan algunos tipos de defectos, sin que pueda considerarse que se trata de una lista taxativa. El artículo 15 habla de la categoría de “defecto formal saneable”. El artículo 146 se refiere a “errores materiales” en las resoluciones de los jueces. El artículo 178 da una lista de “defectos absolutos”, lo que por exclusión podría hacernos pensar que existen “defectos no absolutos”. El artículo 317 señala que en la etapa intermedia se pueden objetar la solicitud —sin especificar cuál— formulada por el Ministerio Público o el querellante por “defectos formales o sustanciales”. Además de que, exceptuando el enlistado del artículo 178, no se definen este tipo de defectos, no establece la normativa ningún vicio que se denomine “esencial” o “no esencial” y mucho menos “secundario” o “periférico”. A pesar de la imprecisión conceptual en la normativa del código sobre el tema de los defectos materiales, formales, sustanciales y absolutos, lo cierto del caso es que hay una norma expresa que regula la etapa procesal y el tipo de defectos que se pueden objetar en la acusación. En efecto, el artículo 317 supracitado establece que dentro del plazo de cinco días otorgado a las partes luego de la formulación de la acusación, las mismas podrán “objetar la solicitud que haya formulado el Ministerio Público o el querellante por defectos **formales o sustanciales**”. Si las partes pueden objetar defectos sustanciales en la Etapa Intermedia, es evidente que el juez penal puede pronunciarse respecto de esas objeciones, ya que tiene el deber, según el artículo 319, de resolver todas las cuestiones planteadas. Por otro lado no tendría sentido permitirle a las partes hacer objeciones sustanciales a la acusación pero prohibirle al juez pronunciarse sobre ellas. Aunado a lo anterior, es necesario recalcar que el tema del saneamiento procesal no está descrito exclusivamente en el artículo 15 del C.P.P., sino fundamentalmente en los artículos 177 a 179 del citado código. Esto significa que la limitación hecha por el artículo 15 en cuanto a que solo se pueden corregir “defectos formales saneables” no se aplica a todos los actos procesales y a todos los saneamientos de defectos, sino únicamente a “gestiones, recursos o instancias de constitución” de los sujetos procesales, como expresamente lo indica el artículo. De lo anterior se puede concluir que

negar la posibilidad de corregir defectos sustanciales en la acusación en la etapa intermedia implica hacer caso omiso no solo del artículo 317 del C.P.P. sino de las facultades de saneamiento descritas en los artículos 177 a 179 del mismo cuerpo normativo."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 984 de las 10:20 horas del 31 de octubre de 2003.

49.- ACUSACIÓN. Posibilidad de corregir defectos sustanciales en el debate.

"La acusación sí puede ser modificada durante la etapa de debate. El artículo 347 del C.P.P. prevé expresamente la posibilidad de ampliar la acusación para incluir hechos nuevos que integran el delito continuado o configuran circunstancias agravantes del delito. La corrección de errores materiales o de circunstancias que no modifican esencialmente la acusación ni siquiera se consideran ampliación de la acusación, según lo establece el artículo 348. Esa norma regula la ampliación de la acusación, mas no el saneamiento de actividad procesal defectuosa, tema que está regulado en los artículos 175 y siguientes del mismo cuerpo legal. Queda por resolver el problema de los defectos de la acusación que no impliquen la inclusión de hechos nuevos configurativos de agravantes o delitos continuados, o que no sean errores materiales o circunstancias que no modifiquen sustancialmente la acusación. Sobre este punto en particular, y durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973, esta Sala, en la resolución de la nulidad por la nulidad comentada en el considerando tercero, estableció: "Lo importante es que esas variantes fácticas en la acusación sean adecuadamente imputadas al acusado, y se le permita declarar, así como defenderse de ellas. El correctivo tiende precisamente a garantizarle su derecho de defensa, puesto que de lo contrario se violaría también el principio de correlación entre la acusación y la sentencia. Esta acusación correctiva es particularmente desarrollada por la jurisprudencia y por la doctrina italiana, con sustento en los dispositivos del Código Procesal Penal de 1930, del cual el nuestro tomó sus bases, por medio de la versión cordobesa (particularmente véanse las siguientes monografías específicas sobre el tema: SANSÒ, Luigi. *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*. Giuffrè, Milano, 1953, en especial p. 367 y ss.; BRICHETTI, Giovanni. *La modificazione dell'accusa nell'istruzione e nel giudizio penale*. Jovene, Napoli, 1956, en especial p. 191 y ss.; y LEMMO, Elio. *L'accusa suppletiva nel dibattimento penale*. Giuffrè, Milano, 1972, en especial p. 31 a 195". El subrayado es suplido (SALA TERCERA, n°. 137-F-92 de las 9:10 h del 4 de abril de 1992). En criterio de esta Sala, este precedente es plenamente aplicable al nuevo Código Procesal Penal, sobre todo si se toman en cuenta las consideraciones arriba expresadas sobre la similitud entre los dos sistemas de invalidez de actos procesales. En realidad no estamos frente a un problema de etapas procesales, sino de derecho de defensa. Si la corrección

de la acusación se hace dando al imputado la posibilidad de declarar y ofrecer prueba sobre los cambios en la acusación, ordenando incluso la suspensión del debate hasta por diez días para preparar la defensa, no hay razón para impedir la corrección de defectos sustanciales de la acusación en la etapa de debate."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 984 de las 10:20 horas del 31 de octubre de 2003.

50.- ALLANAMIENTO. Fundamentación de la urgencia o gravedad para practicarlo después de las 18 horas.

"En este caso en particular, ha constatado esta Sala la concurrencia de un defecto procesal absoluto, el cual obliga a restar eficacia al allanamiento practicado y toda la prueba que deriva de esta diligencia. Si se observa la orden de allanamiento, registro y decomiso que consta a folios 17 y 18, se constata un equívoco importante en el que incurrió la Jueza Penal de Heredia. Se aprecia que mediante dos resoluciones contradictorias se autoriza llevar a cabo el allanamiento fuera de los plazos establecidos por ley. En efecto, se lee a folio 18 que la Jueza –licenciada L. M. T. A. –adiciona la orden de allanamiento, registro y decomiso en casa de la justiciable, a la cual agrega un permiso para que las diligencias se lleven a cabo luego de las 18:00 horas. Como "fundamento" de esta nueva decisión, dicha autoridad jurisdiccional indica que la actuación señalada: "...se efectuará luego de las dieciocho horas en virtud de que según la información suministrada es a partir de dicha hora en que la actividad que se investiga tiene mayor auge" (folio 18). Como se aprecia, se afirma que: "la actividad que se investiga tiene mayor auge" después de las 18:00 horas, lo que necesariamente implica que antes de esa hora también se desarrollaba la actividad ilegítima, y no obstante se tiene como urgente y necesario el inicio del allanamiento cuestionado. Si la actividad a investigar se desarrolla en cualquier momento del día, entonces no subsisten las razones de necesidad y urgencia que en forma muy excepcional autoriza la ley para practicar el allanamiento en horas de la noche, de conformidad con el artículo 193 del Código Procesal Penal. Con base en nuestra legislación, solo en supuestos excepcionales, los cuales se determinan con base en razones de suma gravedad o urgencia, puede practicarse un allanamiento entre las 18:00 y las 6:00 horas. Aunado a lo anterior, cabe reiterar que el "fundamento" de la resolución de referencia se ve desacreditado por la compra de fecha 11 de septiembre de 1998 (folio 6) pues la misma se realiza a la 15:30 horas, es decir, antes de las 18:00 horas. Así, no es urgente allanar la morada de la acusada durante la noche, ya que puede hacerse durante el día y en cualquier fecha, pues se deriva de lo expresado por la autoridad jurisdiccional que se trataba de un comportamiento habitual de la justiciable. Así planteadas las cosas, en realidad no explica la licenciada L. M. T. A. cuál es la razón por la que

resultaba urgente y necesario realizar el allanamiento luego de las 18:00 horas del 14 de noviembre de 1998. Por ello, por contravenir lo dispuesto en los artículos 193, 195, inciso d) y 142, párrafo final del Código Procesal Penal y con base en lo estipulado en el artículo 178 del mismo cuerpo normativo, considera esta Sala que se está ante un defecto procesal absoluto, por lo que en el marco de la alegada violación al debido proceso, debe decretarse la ineficacia de la adición a la orden de allanamiento, registro y decomiso que consta a 18 (sic). Esto último acarrea que tanto el acta de allanamiento del folio 21, como los demás elementos probatorios derivados de la diligencia de comentario devengan igualmente ineficaces.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 481 de las 16:06 horas del 9 de junio de 2003.

51.- ALLANAMIENTO. Necesaria fundamentación de la resolución que lo ordena.

“El profesor argentino Alberto Binder expresa: *“La búsqueda de información en estos ámbitos de intimidad o de desarrollo personal [el autor de cita se refiere al domicilio, la correspondencia, papeles privados e incluso el escritorio de trabajo, entre otros supuestos] solo es admisible si se cuenta con una orden de allanamiento o de registro, esto es, una autorización formal, precisa y circunstanciada del juez —y de ninguna otra autoridad— que permite, en el caso concreto, la violación de tales ámbitos protegidos... No solo debe ser una orden circunscrita espacial y temporalmente, sino que, además, debe ser una orden “circunstanciada”. Esto significa que debe contener una referencia expresa al proceso en el cual ha sido ordenada (no pueden existir allanamientos “por fuera” de un proceso) y, además, debe indicar qué es lo que se busca. En modo alguno se trata de una orden genérica que habilita para violar el domicilio de una persona; es la orden específica de buscar determinados objetos, relacionados con una determinada investigación, en un ámbito específico. Toda orden de allanamiento que no cumpla con estos requisitos y toda la información que sea recolectada por medio de ella o sin contar con una autorización judicial, es una información ilícita que, por lo tanto, no puede ingresar al proceso penal”.* (Ver: BINDER (Alberto) *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2000, 2ª edición, 1ª reimpresión, página 188). Comparte esta Sala el criterio del académico argentino, especialmente en cuanto a que con el instituto del allanamiento se trata de garantizar el respeto del ámbito de intimidad de las personas. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos proscribió en su artículo 12 la injerencia arbitraria en el domicilio de una persona. En términos prácticamente idénticos a los del instrumento recién mencionado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos también prohíbe, en su artículo 11, la intervención arbitraria o abusiva en el domicilio de una persona. Por su parte, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también

se estipula que toda persona tiene derecho a no sufrir injerencias arbitrarias o ilegales en su domicilio. En los tres instrumentos internacionales de Derechos Humanos recién indicados, el tema del respeto del domicilio está ligado con el de la protección de la vida privada de las personas; de allí que ciertamente de lo que se trata al regular el allanamiento es de establecer una serie de reglas claras y precisas en que resulta permitido intervenir en el ámbito de intimidad de un sujeto. Esta reglamentación lo que persigue es garantizar al individuo que en principio su intimidad no podrá ser perturbada, pero que —en caso de ser necesario— solo mediante resolución fundada de un juez competente podrá allanarse su morada, secuestrarse su documentación privada, etcétera. Esto es lo que se ha plasmado en la Constitución Política (artículo 23) y en el Código Procesal Penal (artículos 193 a 197). Debido a lo anterior, si se irrespeta la forma como está regulado el instituto del allanamiento, entonces la realización del mismo deviene ilegal y ello acarrea su ineficacia, al igual que la de toda la información obtenida mediante la práctica de esa diligencia. Ya ha tenido oportunidad esta Sala de referirse en varias ocasiones al problema de comentario. Por ejemplo, véanse las sentencias 699 de las 09:40 horas de 23 de junio de 2000, 917 de las 10.00 horas de 21 de septiembre de 2001 y 408 de las 10:20 horas de 3 de mayo de 2002.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 481 de las 16:06 horas del 9 de junio de 2003.

52.- ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. Procedencia del testimonio ante la existencia de amenazas.

“La posibilidad que establece el artículo 334 del Código Procesal Penal de incorporar por lectura prueba al debate, debe entenderse como un procedimiento excepcional que procede solo a) en aquellos casos indicados taxativamente por el mismo numeral, b) sea indispensable para resolver el caso sometido a conocimiento del Tribunal y c) no se cause un perjuicio grave e irrazonable a los intereses del imputado. El procedimiento de incorporación por lectura no debe emplearse para violentar el derecho de defensa del endilgado, por lo que el testimonio rendido mediante anticipo jurisdiccional puede incorporarse siempre que el o los obstáculos difíciles de superar que se consideraron para ordenarlo, subsistan en la etapa del debate o que a pesar de ser distintos, los nuevos tengan esa naturaleza. Uno de esos obstáculos lo constituye, verbigracia, las amenazas de muerte que sufra un testigo contra él o su familia. Sin embargo, debido a que estamos ante un supuesto de particular excepcionalidad, esas amenazas deben ser demostradas y no basta la simple afirmación del testigo. Al efecto, los juzgadores deben considerar todo tipo de material probatorio, incluso indiciario, que lleve a concluir sin duda alguna acerca de la magnitud de las amenazas y del peligro que corre el testigo. Si no existe obstáculo difícil de superar, el Tribunal debe hacer comparecer al testigo al

juicio oral. En este caso concreto contra J. M. V. V. y G. H. U., la incorporación que realiza el Tribunal tiene un fundamento válido —como lo señalan los juzgadores— al existir prueba que acredita las amenazas de muerte contra el testigo M. F. N. R.. Al respecto, el Tribunal considera el mensaje enviado por fax para advertir de las amenazas en cuestión. Nótese que el contenido de tal documento fue leído en el debate por la jueza M. A. A. R. —según consta en el acta de folio 622— y la defensora pública D. V. B. se refirió al mismo —según consta en el acta de folio 624—, lo cual evidencia que el documento sí existió, a pesar de que no fue agregado a los autos. Ese documento fue confrontado con las manifestaciones de F. N. S. —padre de M. F. N. R.—, quien indicó su renuencia a declarar sobre el caso porque su familia estaba en ese momento amenazada de muerte por declarar en el debate. Estos elementos los considera el Tribunal en forma correcta y en concordancia con la justificación que se tuvo para ordenar el anticipo jurisdiccional de prueba de folio 9 a 12: las posibilidades de que el testigo saliera del país y de que “...por ser conocido y coterráneo...” de los imputados, fuera “...amedrentado o manipulado para desviar la investigación policial, y lo más grave es que podría verse afectado en su integridad física si los autores del delito se enteran de la información que brindó a las Autoridades Judiciales...” (folio 7). El Tribunal deriva correctamente de aquellas dos pruebas —el mensaje enviado por fax y el dicho del progenitor del testigo— el estado de amenaza de muerte en que se hallaba sometido M. F. N. R.. Nótese que en este caso concreto, los fundamentos probatorios utilizados por el Tribunal —para ordenar la incorporación por lectura— son suficientes y válidos, sin importar que sean indiciarios, pues está en primer término la protección de la vida de un ser humano —específicamente la del testigo—.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º, 671 de las 9:40 horas del 7 de agosto de 2003.

53.- ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. Procedencia del testimonio ante la existencia de amenazas.

“...Lo que interesa destacar es que el artículo 293 del Código Procesal Penal estipula que el anticipo jurisdiccional de prueba puede realizarse, entre otros supuestos, en aquellos casos en los que “deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse durante el juicio”. Adviértase que para autorizar este tipo de diligencias —que son excepcionalísimas— lo que debe darse es una presunción razonable de que el testigo no irá a juicio y que ello obedece a un obstáculo difícil de superar. El miedo insuperable es precisamente uno de tales obstáculos, pues es perfectamente posible que por miedo a las consecuencias que le acarrearía el declarar, una persona decida no hacerlo, ya sea por decisión propia o mediante amenazas o coacciones por los justiciables o personas allegadas a ellos. Claro está que no se puede admitir, por

lo excepcional que resulta la aplicación de este instituto, que se realice un anticipo jurisdiccional de prueba simplemente con el alegato de que un testigo sería intimidado, sino que es indispensable contar con elementos probatorios —cuando menos indiciarios— que permitan acreditar como razonablemente posible que tal cosa suceda. En el caso bajo examen, el hecho que se investigaba constituía un indicio claro de que quienes perpetraron el hecho eran personas particularmente violentas. A ello debía aunarse la circunstancia de que según el informe policial... [el testigo] había solicitado a la policía su anonimato (cosa que no es viable en el ordenamiento procesal costarricense; véase el párrafo segundo del artículo 211 del Código Procesal Penal), por temor a las represalias que los aquí encartados pudieran tomar en su contra. Además, ese nivel de peligrosidad de los justiciables fue advertido por otro testigo entrevistado por la policía... quien incluso precisó que ellos eran muy temidos en Barrio E., que solían portar armas de fuego y tenían la costumbre de ir a disparar a la montaña. Así las cosas, había suficientes elementos probatorios como para estimar razonablemente como probable que el testigo... no podría superar el miedo que tenía a los imputados y que ello lo motivaría a no declarar en juicio. Asimismo, debe considerarse que el anticipo jurisdiccional de prueba no es un instituto concebido simplemente para asegurar un elemento probatorio, pues si se utilizara solo para tal fin se estarían irrespetando los principios rectores del proceso penal, según los cuales el juicio es la fase más importante y en ella impera como regla la oralidad. Ciertamente es que el anticipo sí permite asegurar la existencia de un elemento de prueba, pero solo en los casos en que lo permite la ley, nada más. Así, cuando no sea posible acreditar la concurrencia del supuesto autorizante, se está ante un simple aseguramiento de prueba, el cual sería contrario a Derecho. En cambio, en el presente caso está claro que si resultaba atendible la pretensión del Ministerio Público de que se recibiera anticipadamente la declaración... [del testigo], pues al momento en que ello se requirió, había elementos probatorios que sustentaban la presunción de que no se haría presente en el debate, por el fundado temor hacia las represalias por parte de... [los imputados], lo cual en efecto se enmarca dentro de lo que el legislador denominó un obstáculo difícil de superar. En síntesis y retomando lo expuesto por esta Sala en la sentencia 2001-00483 de las 9:15 horas de 25 de mayo de 2001, **pese a que el anticipo jurisdiccional de prueba es una medida excepcionalísima, pues la regla es que las probanzas se evacuen directamente en el juicio oral, existe una serie de circunstancias, las cuales deben constatar en cada caso concreto, que hacen viable la utilización de este instituto cuando se esté ante una presunción razonable de que un testigo enfrentaría una situación tal (como coacciones o amenazas para que no declare o declare una falsedad, así como el miedo insuperable y fundado a las consecuencias que podría depararle el declarar) que su declaración podría no ser recibida en debate.** Nótese que lo que da validez al anticipo es que

al momento en que se practicó existía el obstáculo difícil de superar (que en el asunto bajo examen lo constituye el nivel de miedo que mostraba el testigo hacia lo que podría ocurrirle si los encartados se daban cuenta de que él había declarado en su contra, por lo que incluso pidió el anonimato) y ello, aunado a otros elementos probatorios (como la violencia exhibida en el homicidio que se investigaba y lo narrado por el testigo... sobre el temor que inspiraban en Barrio los aquí encartados), hacía razonablemente presumible que podría no contarse con la declaración de [el testigo] durante el juicio. Así las cosas, estima esta Sala que el anticipo jurisdiccional de prueba que aquí se cuestiona sí se ajusta a Derecho, por lo que deviene válido.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 472 de las 15:16 horas del 9 de junio de 2003.

54.- COMPETENCIA DEL JUEZ PENAL. Alcances. Supuestos en los que se puede delegar.

“Como consta en el expediente, efectivamente la Jueza Penal de Puntarenas, licenciada A. R. M., no obstante que se encontraba disponible para realizar las diligencias o labores propias de la etapa preliminar y sin que existiera además motivo alguno que le impidiera actuar de manera directa, es decir, causa que lo justificara, procedió a delegar funciones que por ley le correspondía en el Juez Contravencional de Garabito (sic), en concreto le asignó las actuaciones que se realizaron en la localidad de Tárcoles el día 26 de abril del año 2002. En este sentido, como lo señala la defensa, el artículo 165 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es muy claro al establecer cuáles son los alcances o implicaciones que tiene la competencia que a toda autoridad jurisdiccional se le ha encomendado, sin que pueda, en tesis de principio, exonerarse de conocer o realizar lo que a ella le corresponde. Así, en lo que interesa, se dice claramente que: **“Todo juez tiene limitada su competencia al territorio y a la clase de asuntos que le estén señalados para ejercerla...”**. En otras palabras, es por ley y, de manera excepcional, por disposición administrativa (v. gr. por acuerdo de Corte Suprema de Justicia, según lo prevé el párrafo segundo de este numeral) que a una determinada autoridad jurisdiccional se le encarga o encomienda realizar, en una materia y territorio concretos, un conjunto de actos específicos. No puede en consecuencia, cuando se le arbitrariamente decida hacerlo (sic), pedirle o bien ordenarle a otras autoridades, sean estas jurisdiccionales o administrativas, que haga lo que por ley a ella le corresponde, tal y como sucedió en este caso. En este sentido, el numeral 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es muy claro al señalar que es únicamente a los **jueces penales** a quienes les compete **“conocer de los actos jurisdiccionales de los procedimientos preparatorio e intermedio, así como el recurso de apelación en materia contravencional”**. A esta asignación o competencia, a diferencia de lo que

sucedé en otras materias distintas a la penal, no se le aplica la limitante que prevé el artículo 165 de la Ley de cita, en cuanto dice que **“las diligencias que los procesos de que conozca exijan se hagan en el territorio de otro juez, solo podrán practicarlas por medio de este”**, pues conforme lo dispone el artículo 45 del Código Procesal Penal se extiende a todo el territorio nacional con respecto a todos aquellos asuntos o actuaciones que tengan relación con la causa que sometida a su conocimiento, en tanto establece: **“La competencia de los tribunales de justicia se extiende al conocimiento de los hechos delictivos en el territorio de la República, así como a los ejecutados en los lugares donde el Estado costarricense ejerce una jurisdicción especial”**. Es decir, existe una prórroga legal de su competencia territorial en estos casos y, de acuerdo con lo que la misma norma establece, no se requiere de una autorización especial para ejecutar, en otros territorios o circunscripciones distintas a la que le fue asignada, los actos que requieran los asuntos que están sometidos a su conocimiento. Como se colige de todo lo anterior, aun cuando a las autoridades jurisdiccionales se les ha delimitado material y territorialmente su competencia (artículos 107 y 165 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), los jueces penales, en virtud de la naturaleza e importancia de los asuntos que deben resolver, se les permite por ley actuar en otros territorios o circunscripciones del país sin necesidad de que se les autorice para ello y sin que esta situación implique un conflicto de competencias. En estos supuestos, se está hablando de la función o tarea que realiza de manera directa el juez penal en las causas que a él le competen por ley y que, en tesis de principio, han sucedido o han tenido sus efectos o resultados también en la circunscripción que a él le fue asignada. Ahora bien, no obstante que se supone que la autoridad jurisdiccional en el ámbito penal está autorizada para llevar a cabo sus funciones en cualquier parte del territorio nacional, la normativa procesal prevé la posibilidad de que en ciertas situaciones, sin perder la competencia que le corresponde, delegue la realización de determinados actos, diligencias o pruebas, en razón de lo que dispone el numeral 153 del Código Procesal Penal. Esta delegación por supuesto no es, como se adelantaba, ante cualquier circunstancia o supuesto, o sea, no es cuando al juez penal arbitrariamente decide pedirle u ordenarle a otra autoridad realizar lo que a él le compete. La norma de comentario establece un límite a la forma o en las hipótesis en las que se pueda dar, al decir que: **“Cuando un acto procesal deba ejecutarse por intermedio de otra autoridad, el Tribunal o el Ministerio Público podrían encomendarle su cumplimiento”**. O sea, solo cuando la autoridad judicial competente, aun cuando procesalmente le fue encomendada dicha tarea, no pueda ejecutar de manera directa el acto que se requiere concretar, puede delegar su realización en otra autoridad jurisdiccional. En criterio de esta Sala, esto sería factible que ocurra cuando se esté ante un (1) **impedimento de naturaleza funcional** (v. gr. se está realizando otra diligencia de igual naturaleza e importancia a la que se

delega o comisiona) o (2) de **carácter material** (por ejemplo, no cuenta en ese momento con medio de transporte que le permita trasladarse de inmediato al lugar de los hechos; el sitio en el que se debe ejecutar el acto se encuentra a gran distancia —ya sea dentro o fuera de otra jurisdicción— y debido al tiempo que necesita para llegar, dicha tardanza puede afectar los resultados de la investigación; o bien, en ese momento la autoridad competente sufre de alguna clase de padecimiento físico o de salud que le impide actuar o diligenciar lo ordenado o solicitado en ese instante). **La idea fundamental, conforme lo decidió el legislador al aprobar esta normativa, es que los juzgados o tribunales competentes en materia penal realicen siempre en forma directa todas las tareas que a ellos les corresponde y, solo por excepción, cuando a ellos les resulte funcional o materialmente imposible hacerlo, delegue, ordene, o bien, "comisione" la ejecución del acto o diligencia en otra autoridad.** De no cumplirse con lo anterior, las diligencias que se practiquen estarían comprometiendo las garantías procesales que han sido reconocidas legal y constitucionalmente, como lo serían, a modo de ejemplo, el **principio de juez natural** y el de **seguridad jurídica**. Esto acarrearía a la vez la nulidad de todo lo actuado en virtud de que constituiría un defecto procesal absoluto, de acuerdo con lo que disponen los numerales 175 y 178, inciso a) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 168 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este último al indicar que: ***"Salvo disposición legal en contrario, todos los actos y procedimientos judiciales de quien no tiene facultad legal para ejecutarlos, serán absolutamente nulos"***.

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 607 de las 14:35 horas del 24 de julio de 2003.

55.- CONCILIACIÓN. Naturaleza y alcances de los acuerdos fuera del proceso penal.

"La Conciliación debe entenderse como un procedimiento de negociación asistida de las partes, es decir que es una forma de negociación en las que las partes intentan poner fin a un conflicto, en muchas ocasiones con la ayuda de un tercero imparcial —que es el conciliador—, que facilita el proceso comunicacional entre ellas, con el fin de lograr el avenimiento. Así las cosas, al ser una forma de negociación, comparte los principios y las características de este tipo de mecanismos de solución de conflictos. Dentro de los principios que se deben destacar se incluyen el de libertad de las partes, el de participación, y el de contextualidad. El primero alude a la circunstancia de que los involucrados deben participar de forma voluntaria en el proceso de negociación o conciliación, lo cual implica tanto la libertad para decidir si asisten o no al proceso, como también si llegan o no a acuerdo sobre el conflicto que les atañe. El principio de participación, se refiere a que los involucrados directos en el conflicto deben asumir un rol activo dentro del proceso de negociación, de manera que

tengan un rol protagónico en el aporte de alternativas y opciones para la solución del conflicto. El otro principio importante a destacar es el principio de contextualidad, según el cual el eventual acuerdo al que arriben las partes debe responder al contexto vivencial de ellas, es decir se debe corresponder con su realidad, sus necesidades y percepciones sobre la problemática que les aqueja. Estas consideraciones hacen ver que la conciliación favorece la construcción de acuerdos por los involucrados, respetando su autonomía de voluntad, pero además partiendo del hecho de que los involucrados participen de buena fe y con la intención de finalmente resolver el conflicto que les involucra. En este orden de ideas, la función del juez —en su condición de conciliador—, no es, como tradicionalmente se ha considerado, la de avenir a las partes o proponer alternativas de solución, sino que cumple un rol de facilitador de la comunicación entre los afectados, pero además cumple también las funciones de regulador de la equidad y de fuente de legitimación. Con respecto a la función de regulador de equidad, esta se plantea en un doble sentido, en primer término el conciliador debe mantener una actitud balanceada en relación con las partes, pero además debe evitar una interacción destructiva entre ellas a efectos de que no se planteen acuerdos únicamente con base en un desbalance de poder entre los involucrados. Por su parte, la función de fuente de legitimación se refiere a que la funcionalidad de la conciliación reside en que el acuerdo que se logre no solo tenga el respaldo legal, sino también que satisfaga los intereses de las partes, por ello el conciliador tiene la obligación de firmar el acuerdo conciliatorio, como testigo privilegiado de que los acuerdos tomados fueron consensuados por los afectados en el conflicto. En este sentido, el conciliador es una fuente que refuerza lo negociado y se ocupa de que lo acordado haya sido debidamente expresado en el documento final que firma junto con las partes. De ahí que incluso, en caso de incumplimiento del conciliador de estas funciones podría incurrir en responsabilidad, según lo establece el numeral 17 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Como se puede apreciar, la conciliación parte del principio de que las partes asisten al proceso dispuestas a negociar, y que además negocian de buena fe, de forma que existe una predisposición al cumplimiento del acuerdo. **III.- Acuerdos realizados fuera del proceso penal.** Los principios citados en el considerando anterior deben ser relacionados asimismo con la normativa vigente en relación con el instituto de la conciliación, la cual se encuentra recogida en la Ley número 7727, Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, que en materia penal se debe entender como subsidiaria en todo aquello que no esté expresamente regulado por la normativa procesal penal. La mencionada ley establece en su artículo 3, en lo que interesa, lo siguiente: ***"Artículo 3.- Convenios para solucionar conflictos. El acuerdo que solucione un conflicto entre particulares puede tener lugar en cualquier momento, aun***

cuando haya proceso judicial pendiente...". Asimismo, el artículo 9 de la referida ley dispone: "Artículo 9.- Acuerdos judiciales y extrajudiciales. Los acuerdos de conciliación judiciales una vez homologados por el juez, y los extrajudiciales, tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata". De la relación de estos artículos se puede colegir claramente que la ley en mención otorga efectos jurídicos a los acuerdos producidos no solo en la sede judicial, sino que el mismo valor legal adquieren los efectuados extrajudicialmente, es decir, carácter de cosa juzgada con la virtud de ser ejecutorios en forma inmediata. Así las cosas, el hecho de que la conciliación no se efectúe en la sede penal, no implica necesariamente que los acuerdos tomados fuera de tal sede y que atañen a una causa penal en concreto no deban ser tenidos en cuenta como una manifestación de la voluntad de los involucrados que deba ser tenida en cuenta por el juzgador de la sede penal para disponer lo concerniente sobre la eventual extinción de la causa penal. Véase que si la ley le otorga el carácter de cosa juzgada a los acuerdos producto de una conciliación extrajudicial, con mayor razón deben tener ese carácter cuando el procedimiento conciliatorio se realice en la sede judicial, aunque los acuerdos a los que arriben las partes aludan a procesos que no son propios de la materia que conoce el juez que interviene en la conciliación penal, pues la participación de este brinda una garantía adicional de que el proceso ha sido adecuado para que los involucrados puedan solucionar su conflicto. Recuérdese que las funciones del conciliador están dirigidas a garantizar un proceso balanceado, en tanto que es a las partes a las que concierne la discusión y resolución de los temas sustantivos. Por lo tanto, y de conformidad con el artículo 36 del Código Procesal Penal, para la homologación del acuerdo conciliatorio es indispensable que el Juez constate los requisitos que se contemplan en esa norma. Así las cosas, en el caso concreto debe verificarse si tratándose del delito de extorsión simple cabe la aplicación del instituto, si el encartado no cuenta con juzgamientos, como también si cuando se realizó la conciliación, ambas partes actuaron en un plano de igualdad, sin coacción o amenaza alguna. Otro de los aspectos que debe ser considerado para la homologación es el referente al cumplimiento de cláusulas sujetas a plazo o condición, pues en caso de que existan tales, aunque es posible homologar el acuerdo se debe dejar sujeta la extinción de la acción penal al cumplimiento de tales condiciones o plazos. Una vez verificadas estas condiciones, debe homologarse el acuerdo, procurando que no existan dudas en cuanto a los alcances de lo pactado. Así, si el acuerdo cumple con todas las condiciones, no podría negarse la homologación del mismo aunque para ese momento procesal una de las partes ya no esté conforme con lo pactado, toda vez que de actuarse de esa manera, se le estaría restando seriedad a las negociaciones que se practican fuera del proceso penal, además de que se estarían violando los principios que informan la conciliación y que fueron detallados en el considerando anterior. Debe reiterarse que de conformidad con el artículo 36 citado, a pesar de que

el acuerdo haya sido homologado, para que la extinción de la acción penal tenga efectos, debe esperarse el cumplimiento de las obligaciones contraídas, con lo cual el dictado de un sobreseimiento no procede sino hasta que se acredite si el acusado cumplió con las condiciones pactadas en el acuerdo conciliatorio. Caso contrario (determinándose que incumplió), el procedimiento continuará como si no se hubiese conciliado."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 915 de las 10:30 horas del 13 de octubre de 2003.

56.- CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. Alcance de los hechos. Ampliación de la acusación y variación de la calificación jurídica.

"En particular sobre la correspondencia que debe existir entre acusación y fallo, debe señalarse que lo efectivamente determinante para analizar si tal premisa se ha cumplido, es el análisis de **los hechos** que han sido objeto del proceso, esto es, la secuencia fáctica en la que se describe la participación y conducta del acusado y sus consecuencias, independientemente del calificativo jurídico que le asigne el acusador, sea público o privado. Claro que una errónea calificación jurídica puede tener implicaciones, por ejemplo, en la competencia del órgano de juicio, no obstante que el esquema del proceso está diseñado para que estos problemas puedan ser detectados en estadios previos al juicio, sin que se cause indefensión alguna, incluso permitiendo al superior resolver materia de competencia de un órgano distinto —numeral 46 del Código Procesal Penal— y, en último caso, el órgano que juzga los hechos menos graves, deberá remitirlos al competente para que celebre el juicio. Aun así y, salvo el cumplimiento de algún trámite esencial, todos los hechos delictivos —excepción hecha de los delitos de acción privada— comparten el mismo procedimiento en la etapa preparatoria y hasta la audiencia preliminar, de modo tal que siempre que se pueda constatar que el error en la calificación jurídica no significa una alteración en los hechos, porque estos han sido los mismos, no existe lesión alguna al principio de comentario y por ende, del derecho de defensa. Estos aspectos han sido contemplados en forma, clara y sencilla por el legislador, que en el numeral 365 *ibidem* señaló: "La sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y la querrela y, en su caso, la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado. En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica diferente de la de la acusación o la querrela, o aplicar penas más graves o distintas de las solicitadas". Es fácil desprender de este artículo, entre otras cosas, que lo relevante a los fines de controlar la correspondencia dicha, **son los hechos**, el material fáctico y no el calificativo que a él le asignen las partes y así lo confirma la doctrina y reiterada jurisprudencia, tanto de esta Sala como de la instancia constitucional, sin que ello signifique, en todo caso, desconocer que una

adecuada calificación jurídica del hecho tiene importancia para el correcto ejercicio del derecho de defensa, por ejemplo, a los fines de la estrategia a seguir, no obstante ello, lo relevante para establecer si hay una afectación o no a esa garantía, será siempre el análisis **de los hechos**. Tanto es así que incluso se ha previsto por el legislador que el Tribunal sí, sobre la base fáctica que se discute y ventila en juicio, advierte la posibilidad de que los hechos sean calificados de modo diferente sin que las partes se hayan percatado de ello, podrá advertirlo expresamente, con el objeto de facilitar la defensa al imputado —art. 346 del Código Procesal Penal—. Nótese que la norma está redactada en términos facultativos, porque se parte de que se trata de los mismos hechos. Esta disposición se complementa con aquella del artículo siguiente —347 del Código Procesal Penal— que regula la ampliación de la acusación y/o la querrela *“mediante la inclusión de un hecho nuevo una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o la querrela, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado”*. En esta disposición se contempla la posibilidad de incluir un *nuevo hecho o circunstancia* no contemplados nunca, pero que se pueden “añadir” al material que ya se discute y con ello, dan paso a una modificación en el encuadre típico de la conducta, lo que es menester advertir al acusado, pues obviamente de ello se deriva una agravación de las condiciones con las que llega a juicio. De todo ello se extrae en primer lugar, que la importancia para valorar si un fallo respeta el principio de correlación con el hecho acusado radica en *los hechos*. En segundo lugar, existen previsiones que permiten incluso “aumentar” en forma más grave para el acusado el material fáctico, con la posibilidad de añadir hechos o circunstancias nuevas a los ya intimados, aun en fase de juicio, sin que ello importe lesión al derecho de defensa, porque ello habrá de serle informado expresamente y conceder el tiempo razonable para preparar la defensa a las nuevas condiciones. En tercer lugar, las variaciones en la calificación jurídica que no surjan precisamente de la facultad de ampliar la acusación o la querrela, no importan, en principio, lesión al derecho de defensa y el Tribunal sí advierte esa posibilidad en el transcurso del debate, puede hacerla notar para prevenir a la defensa mas, si ello no sucede, tampoco podría en principio, hablarse de una lesión a la congruencia entre acusación y fallo, porque los hechos serían los mismos.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 251 de las 9:55 horas del 25 de abril de 2003.

57.- DEBATE. Posibilidad de incorporar la denuncia.

“Con cita de los artículos 142 y 369, inciso c) del Código Procesal Penal de 1996; 39 y 41 de la Constitución Política; y 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la defensora pública del imputado A. R. P. aduce que el fallo incurrió en una fundamentación

ilegítima, pues los “documentos” (no niega que se trata de elementos probatorios) no podrían sustituir la declaración oral del ofendido. En concreto, se reprocha que el Tribunal utilizó “datos” que la víctima no dio en el debate, sino en la denuncia que había interpuesto. Si se hubiera respetado el principio de oralidad, el imputado hubiera resultado absuelto, pues el ofendido no lo reconoció en la audiencia del debate, no determinó cuál fue su participación, ni individualizó los hechos. ***El reproche no es de recibo:*** Conforme al diseño legislativo del actual proceso penal (de corte marcadamente acusatorio), durante la fase del debate rige el principio de *oralidad*. No obstante, el artículo 334 del Código Procesal Penal introduce algunas excepciones a dicha regla general, pues admite la facultad del Tribunal de incorporar algunas pruebas documentales, entre ellas la denuncia, que obviamente deberá valorar a efectos de resolver. Siendo ello así, no se advierte ningún vicio o irregularidad por el hecho de que, frente a un testigo que presenta dificultades para recordar los hechos, o se muestra confundido en cuanto a algunos detalles, los Jueces lo interroguen acerca del contenido de la denuncia por él formulada, pidiéndole razón de ella. Tampoco podría calificarse como una violación al debido proceso, el que, al fundamentar la decisión, se analice de forma armónica e integral, tanto la prueba oral como la documental. Tal fue lo ocurrido en el presente asunto, pues según se explica en el fallo *“... En la declaración rendida en el debate, sí bien el ofendido no pudo describir los rasgos físicos del aquí imputado, por haber transcurrido más de tres años, sí indicó claramente que la persona que más lo atacó fue la más grande (el imputado mide 1.78 y era el único mayor de edad al momento de los hechos, mientras que el ofendido era más bajo —1.6— y el resto de los participantes todos menores de edad), y quien andaba con un pantalón color kaki con bolsas a los lados, topo “carga”, extremos que también coinciden con lo especificado en la denuncia en cuanto al color del pantalón con bolsas a los lados, que portaba el imputado el día de los hechos, y así lo ratificó en el juicio el perjudicado ...”* (cfr. folio 136, línea 21 en adelante). Conforme a lo transcrito, resulta claro que no resulta acertada la afirmación que vierte la defensora, en el sentido de que durante su declaración en juicio el ofendido no determinó cuál fue la participación del imputado, ni individualizó los hechos. En realidad, al motivar la sentencia el Tribunal relacionó el relato oral que aportó el agraviado (donde sí explicó la dinámica del hecho, y describió la estatura y vestimenta del principal agresor) con la información plasmada en la denuncia, de lo cual se estableció una coincidencia absoluta entre ambos elementos probatorios, lo que permitió establecer con toda certeza su efectiva responsabilidad en el hecho, todo ello a pesar de que por el transcurso del tiempo el señor J. G. admitiera que no podría reconocerlo actualmente. Así las cosas, se declara sin lugar la queja.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 1155 de las 10:16 horas del 19 de 12 de 2003.

58.- DEBATE. Las interrupciones del tribunal en el contradictorio no producen la nulidad de todo lo actuado.

"En efecto, en el sistema procesal vigente (de corte marcadamente acusatorio) la audiencia del juicio, fase esencial del proceso, reviste una naturaleza esencialmente oral, lo que precisamente permite darle un efectivo cumplimiento a los demás principios que imperan en dicho modelo procesal, esto es, la intermediación, la celeridad, la publicidad, la continuidad y el contradictorio. Si ello es así, es fácil comprobar lo impropio de esta práctica viciada en la que han caído los tribunales penales de la República, al exigir que la persona deponente, en contra de las características propias e inherentes de la exposición verbal (fluidéz, espontaneidad, agilidad, sencillez, claridad, naturalidad, etc.), de modo forzado tengan que detenerse a cada momento a fin de que el juez la plasme por escrito, todo lo cual constituye un motivo improcedente e ilegal de interrupción. Si el funcionario actuante no tiene la capacidad o destreza de ir digitando a la misma velocidad que depone el testigo, es claro que, entonces, debería tomar nota a mano y en un momento posterior debe transcribir esa minuta. Esta práctica afecta el normal curso de la oralidad de la audiencia, constituye una irregularidad, y lo deseable sería que no ocurriera, máxime que los Tribunales no están obligados a transcribir la totalidad de las declaraciones y las argumentaciones orales, sino solo los aspectos fundamentales en que se sustentan. Sin embargo, esta irregularidad por sí sola no justifica la nulidad de la sentencia pues no se produce una afectación a los derechos de las partes, salvo que se logre acreditar en el caso concreto que la frecuente interrupción de alguno de los jueces durante la declaración, hubiere afectado el normal desarrollo de la deposición, al extremo de producir alguna confusión o afectación a la persona que declara, pues se constituiría en una alteración al desarrollo de una prueba, producida innecesariamente por las interrupciones del tribunal. Los suscritos conocemos la práctica muy difundida en nuestros tribunales de juicio colegiados (ya no solo en el caso de autos), de encargárle a uno de sus miembros que durante el curso del debate recopile y transcriba el contenido de las declaraciones orales. Conforme se indicó, esta práctica por sí sola no configura ningún vicio que ocasione la nulidad de la sentencia, puesto que no se produce ninguna afectación a los derechos de las partes y ni a los demás sujetos del proceso, pero ello es así siempre que dicho juez continúe prestando la debida atención a todos los acontecimientos de la audiencia, puesto que de aislarse en una tarea que pueda dificultarle poner atención, ello se traduciría automáticamente en una desintegración del tribunal, violándose así principios fundamentales porque la decisión tendría que descansar en lo que hubieren percibido los otros dos integrantes del Tribunal, con todas sus implicaciones, no obstante que la decisión debió ser de tres jueces y no de dos o peor aun de uno."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 257 de las 11:20 horas del 25 de abril de 2003.

59.- IMPUTADO. Valor de las manifestaciones ante un perito.

"En primer lugar, debe señalarse que según consta en el dictamen psicológico forense SPPF-2791-2001 visible de folios 97 a 100, a S. C. se le advirtió del carácter voluntario de la valoración y el acusado asintió y de esa forma, advertido de ese derecho, se sometió al examen. Pero además, debe resaltarse que en el momento mismo en que fue intimado de los cargos en su contra, en presencia de su defensor, se le preguntó si deseaba ser valorado por un psicólogo y contestó que sí e incluso firmó, por esa razón se gestionó la cita y se le valoró (cfr. intimación de folios 15 y 16), de modo que no resulta sorprendente para la defensa, ni para el imputado puesto que esa, prueba fue realizada con el consentimiento expreso e informado de S. C. y cuyo contenido —recuérdese el principio de comunidad de la prueba— fue puesto en conocimiento y su admisión para el juicio se ventiló en la audiencia preliminar sin objeción alguna (cfr. acusación, folios 104 a 119, acta de audiencia preliminar de folios 123 a 127). Sin embargo, debe puntualizarse que es cierto que tales manifestaciones del acusado, no pueden ser introducidas al proceso por la vía del dictamen, pues si la voluntad manifiesta del imputado en la audiencia fue no declarar, eso alcanza a la imposibilidad de introducir indirectamente toda otra **manifestación procesal** que haya hecho y le pueda implicar responsabilidad, pues es un derecho irrenunciable y que puede ser ejercitado en cualquier fase del proceso, con efectos incluso a manifestaciones anteriormente rendidas dentro del mismo y a sus distintos actores, como por ejemplo, los peritos oficiales "... 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". (Ver Sala Tercera, n.º 2002-0100, de 10:30 horas del 8 de febrero de 2002). Aunque voluntaria la prueba —y la comunidad procesal de su resultado— tales manifestaciones no pueden estimarse voluntarias y ante el silencio del acusado en debate, no pueden ser introducidas,

Entonces, la parte en que se reseña, en dicha pericia, lo que el acusado dijo respecto de los hechos, no puede introducirse ni considerarse. Pero esto no significa, como pareciera entenderlo el impugnante, que **las conclusiones** que el profesional extrae, no solo de la información que el acusado le da, sino de la aplicación de los tests y la interpretación que sus conocimientos le permitan obtener, no puedan ser utilizadas, porque la valoración fue voluntariamente aceptada por el imputado y la prueba ya incorporada es común, sus resultados son perfectamente válidos y utilizables y está en la valoración que de ellos hagan los juzgadores, el aspecto trascendental para medir su validez e incidencia en el dispositivo del fallo."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 604 de las 9:30 horas del 24 de julio de 2003.

60.- LEY PROCESAL. Tramitación conforme a la normativa procesal de 1973, aun cuando se anule la sentencia.

"En primer término, ha de apuntarse que la aplicación retroactiva o ultractiva de la norma más favorable solo concierne a las de carácter sustantivo (la ley penal de fondo) y no a las procesales, para las cuales rige el principio de temporalidad (la vigencia temporal concreta de la ley adjetiva dentro del lapso definido por el legislador). Se sigue de lo dicho que cualquier pretensión que se funde en la benignidad de las previsiones del nuevo Código Procesal Penal con el fin de que sea esta normativa la que se aplique en una causa concreta; o que buscan hacer comparaciones de criterios jurisprudenciales "ahora que existe otro código", parten de erróneos supuestos y no podrán prosperar. En segundo lugar, el Transitorio I del nuevo texto legal, en tanto dispuso: "Los procesos que, a la entrada en vigencia de esta ley, tengan auto de elevación a juicio o de prórroga extraordinaria, aunque no estén firmes, continuarán tramitándose de conformidad con el Código anterior...", no significa más que una selección por el legislador de ciertas actividades procesales, a fin de determinar un momento específico del curso de los procedimientos que permitiría distinguir la concreta aplicación de cada una de las sucesivas leyes. Las cuestiones sobre validez, eficacia o firmeza de los actos escogidos carecen de todo interés. Solo se requiere que la actividad procesal que en ellos se manifiesta y concreta se haya producido. Por ese motivo, aun en el evento hipotético de que el auto de elevación a juicio decretado en esta causa hubiese sido declarado nulo o revocado, esa circunstancia no daría paso a que debiese aplicarse el Código Procesal Penal ahora en vigor, sino que los procedimientos tendrían que seguirse con arreglo a las previsiones del texto de 1973. Así lo señaló también esta Sala en sentencia n.º. 692-01 de 8:55 horas del 13 de julio de 2001: "...El legislador, en procura de resolver con certeza posibles conflictos de aplicación temporal de las normas,

seleccionó un momento específico para distinguir cuándo las causas pendientes al entrar en vigencia el nuevo Código se adecuarían a las reglas de este o, por el contrario, seguirían el trámite establecido en el cuerpo legal anterior. Ese momento se concreta en el dictado, antes del 1º de enero de 1998, de las resoluciones que acordaban la elevación a juicio o la prórroga extraordinaria de la instrucción, "aunque no estuvieren firmes". Debe destacarse aquí que la escogencia particular de tal "momento" no tiene otro propósito que el antes mencionado de evitar o resolver, de manera cierta y anticipada, cualquier posible conflicto de aplicación temporal de las leyes; y la selección hecha (aunque respaldada por justificaciones lógicas, pues la fase del proceso afectada en mayor medida a través del nuevo Código fue la "instructiva", que llegó a desaparecer; en tanto que respecto del juicio oral el resultado fue el de apuntalar con más rigor ciertos principios que lo informan, al tiempo que se introdujeron algunas modificaciones importantes, pero manteniendo siempre la forma o núcleo esencial de la estructura que lo caracteriza) es, por lo demás, "arbitraria", en el sentido de que bien pudo el legislador definir otro momento procesal para resolver el problema de aplicación de las leyes (v. gr.: que se hubiese dictado auto de citación a juicio; señalado a debate o, sencillamente, que el nuevo Código solo se aplicaría a los procesos que se iniciaran a partir del 1º de enero de 1998). En vista de esa finalidad y puesto que no se persigue, conforme se indicó antes, asegurar un interés de las partes a obtener la aplicación de normas que, eventualmente, les aparezcan mejores ventajas procesales que las que les asignaba la ley anterior (puesto que, se reitera, no rige en esta materia el principio de "norma más favorable"); el legislador señala que basta con que alguno de los actos procesales (el decreto de elevación a juicio o la prórroga extraordinaria) se haya producido antes de la entrada en vigor del Código Procesal Penal para excluir la aplicación de este. No es necesario entonces que las resoluciones se encuentren firmes y, por tales términos, se entiende no solo la circunstancia referida al transcurso del plazo para impugnarlas, sino incluso al evento de que sean revocadas o anuladas. En otras palabras, la anulación por el ad quem de tales autos no podrá dar lugar a que los procedimientos deban readecuarse y cumplirse con apego a las reglas del nuevo Código (asumiendo que "ya no existe" la prórroga extraordinaria o el decreto de elevación a juicio), sino que continuarán tramitándose conforme a las del texto de 1973, pues los actos o "momentos" definidos por el legislador para resolver la problemática ya se produjeron y cumplieron su propósito — estrictamente formal o procesal — de fijar la ley adjetiva que habrá de seguirse aplicando".

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 231 de las 8:45 horas del 9 de abril de 2003.

61.- LEY PROCESAL. Normativa aplicada en caso de nulidad del auto de elevación a juicio o prórroga extraordinaria.

“El primer aspecto esencial para resolver es determinar cuál normativa le es aplicable al caso. De conformidad con el transitorio I de la Ley n° 7594, que crea el Código Procesal Penal, se establece que: *“Los procesos que, a la entrada en vigencia de esta ley, tengan auto de elevación a juicio o de prórroga extraordinaria, aunque no estén firmes, continuarán tramitándose de conformidad con el Código anterior”*. En sentido similar, el Transitorio III de la Ley de Reorganización Judicial (n° 7.728 de 15 de diciembre de 1998) dispuso que: *“Los procesos que a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, se encuentren con auto o providencia de elevación a juicio, o con prórroga extraordinaria aunque no estuvieren firmes, continuarán tramitándose conforme al Código de Procedimientos Penales, Ley n° 5377 de 19 de octubre de 1973”*. Al respecto esta Sala había expresado que con dicha normativa *“... el legislador ha diseñado un sistema provisional y diferenciado, según el cual, para establecer el régimen de prescripción a aplicar en cada causa pendiente a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1996, deberá —en primer lugar— determinar-se claramente cuál de los códigos rituales debe aplicarse en la especie. De esta forma, únicamente en los procesos en que a la entrada en vigencia de la nueva legislación, se hubiere dictado auto o providencia de elevación a juicio o de prórroga extraordinaria —aunque no estuvieran firmes— (Transitorio I del Código Procesal Penal y Transitorio III de la Ley de Reorganización Judicial # 7.728 del 15 de diciembre de 1998), así como en las causas por delitos de acción privada en que se hubiera citado a juicio (según voto # 4.397-a, de 16:06 horas del 8 de junio de 1999), deberían —inexorablemente— seguir tramitándose conforme los lineamientos del Código de Procedimientos Penales de 1973. En los otros asuntos, es decir, en aquellos en que la tramitación no hubiera alcanzado el estado procesal suficiente para haber dictado aquellas resoluciones, verbigracia, en las causas seguidas por Instrucción formal en que no se hubiera dictado aquellos autos o providencias, o en querrelas en que no se hubiera convocado a las partes para ofrecer prueba (citación a juicio), preceptivamente, las diligencias debieron actualizarse de acuerdo al nuevo Código”*. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n° 1236-99, de las 9:00 h del 30 de setiembre de 1999). Es claro que el Código de 1996 introduce un nuevo concepto en materia de prescripción, pues si bien no se maneja un plazo fijo y predeterminado para la duración del proceso, sí se utilizan los plazos de prescripción (así como sus causales de suspensión, interrupción y reducción) con miras a acelerar la respuesta y la tutela judicial efectivas, procurando así una justicia más pronta, con el fin de reducir la mora. Dicho lo anterior, se tiene que en el caso que nos ocupa, cuando el 1° de enero del año 1998 entra en vigencia el Código Procesal Penal, ya se encontraba

dictado el auto de elevación a juicio (cfr. folios 802 a 813). En consecuencia, debía aplicarse al caso el Código de Procedimientos Penales de 1973, independientemente de que luego se anulara el mismo y se retrotrajeran los trámites a una etapa anterior que ya había sido superada. El derecho transitorio considerado tomó como criterio para determinar la aplicación de la nueva y anterior normativa, dos aspectos: el inicio del año 1998 y dos actos procesales o resoluciones típicos, a saber, la prórroga extraordinaria de la instrucción o el auto de elevación a juicio y, en este caso, al 1° de enero de 1998 el proceso ya tenía auto de elevación a juicio. Luego, las reglas refieren que esas resoluciones definen la normativa a aplicar: *“aunque no estuvieren firmes”*, lo que significa que admitió el legislador que tanto el auto de elevación a juicio como la prórroga extraordinaria de la instrucción podrían ser objeto de modificación, por revocatoria o nulidad, pues lo importante no era su contenido concreto, sino la existencia de esas resoluciones como acto definitorio. El punto merece un mayor detalle: la nulidad del auto de elevación a juicio, independientemente de que se considere que el proceso retrotrae en sus efectos al momento antes del dictado del mismo, no implica, para efectos de aplicación de la normativa, que deba readecuarse el procedimiento y seguir las reglas del Código Procesal Penal. Nótese que no es la permanencia o inmutabilidad de la decisión la que interesó al legislador para distinguir las reglas procesales a seguir, sino la existencia misma de la resolución al momento de la entrada en vigencia, de forma tal que si la misma existía, tenía la virtud de desplegar la eficacia para efectos de tomar uno u otro sistema de tramitación. Obsérvese también que tratándose del auto de prórroga extraordinaria —que también define el régimen aplicable— podría luego ser revocado y dictarse en su lugar un procesamiento, con lo que el trámite quedaría fijado en una fase anterior al dictado de la elevación a juicio, que es el caso que se conoce y no por ello se podría aplicar la nueva legislación, sino que seguiría hasta su fin con las reglas del anterior Código de Procedimientos Penales. De esa forma, comparando las dos resoluciones que el legislador consideró para hacer la distinción, se observa que, aun cuando no estuvieren firmes o fuesen anuladas, revocadas o modificadas posteriormente, ello no hace atendible que se les aplique la nueva legislación, sino que lo importante es que su existencia despliega los efectos e indica si corresponde aplicar esta o la otra legislación. Otro aspecto a considerar es que, cuando entra en vigencia el actual Código, el caso se siguió conociendo con el de 1973, siendo que se envió al tribunal de Juicio en apelación del auto de elevación a juicio, y así estuvo por más de un año, hasta febrero de 1999 en que se decidió ordenar la nulidad. Esta resolución interlocutoria de segunda instancia, que de por sí era propia del código anterior, permite afirmar que el caso duró más de un año siendo tramitado con la legislación anterior, desplegando así sus efectos conforme a las normas transitorias, por lo que no es dable que ante la nulidad decretada, estimemos que deba variarse el régimen procesal.”

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 539 de las 9:40 horas del 27 de junio de 2003.

62.- MIEMBROS DE LOS SUPREMOS PODERES. El procedimiento no procede contra diplomáticos.

"Con cita de los artículos 1, 31, 33 y 282 del Código Procesal Penal; 1 y 3 del Código Penal; y 214 de la Ley General de Aduanas, el fiscal auxiliar del Ministerio Público plantea en el presente caso una solicitud de desestimación, a partir de los siguientes alegatos: Nos encontramos en presencia del delito de defraudación fiscal previsto por el numeral 214 de la Ley General de Aduanas, según el cual *se sancionará con pena de 1 a 3 años y multa equivalente a dos veces los tributos dejados de percibir, con sus intereses y recargos, a quien mediante simulación, maniobra o cualquier otra forma de engaño, eluda o evada total o parcialmente el pago de la obligación tributaria aduanera, siempre que el valor aduanero de las mercancías supere los cinco mil pesos centroamericanos*. Agrega que en vista de lo anterior, y que los hechos denunciados datan de 1996, ha operado el término de la prescripción que establece el artículo 31 supracitado, por lo que solicita la desestimación. Por otra parte, y al conocer de la anterior gestión, mediante resolución de las 8:25 horas del 19 de febrero de 2003 (cfr. folio 141) el Juez Penal de Goicoechea se declara incompetente por razón de la materia, remitiendo las presentes diligencias a esta Sala. En síntesis, dicha autoridad jurisdiccional estima que, por tratarse de una acusación penal formulada contra el embajador de N. en Costa Rica, nos encontramos en un supuesto en el que debe aplicarse el procedimiento especial que regulan los artículos 391 y siguientes del Código Procesal Penal (Juzgamiento de los miembros de los Supremos Poderes). II.- Esta Sala se declara incompetente por razón de la materia. De los antecedentes expuestos se determina con facilidad que en la especie no nos encontramos ante una hipótesis que determine la aplicación del procedimiento especial al que se hace mención, siendo entonces erróneo el criterio que expone el Juez Penal del Segundo Circuito Judicial, pues resulta claro que la persona aquí denunciada (quien ostenta el cargo diplomático de Embajador de N. en nuestro país) no califica como un miembro de los Supremos Poderes de la República, por lo que en su caso resultaría improcedente el ante juicio político (desafuero) (sic) que contempla el artículo 121, inciso 9º de la Constitución Política. En este sentido debe hacerse notar que cuando esta norma fundamental hace alusión a: "*Ministros Diplomáticos*", se refiere a los funcionarios costarricenses que ejerzan dicho cargo en el exterior, mas no a los extranjeros que lo hagan en nuestro país. Así las cosas, se devuelven las presentes diligencias al despacho de origen para que dicte la resolución que corresponda."

Sala Tercera de la Corte, voto n°. 508 de las 10:00 horas del 20 de junio de 2003.

63.- PRESCRIPCIÓN. Interrupción por actos atribuibles a la defensa.

"El artículo 33, inciso c) del Código Procesal Penal prevé como supuesto interruptor de la prescripción, el hecho de que: *"la realización del debate se suspenda por causas atribuibles a la defensa, con el propósito de obstaculizar el normal desarrollo de aquel, según declaración que efectuará el tribunal en resolución fundada"*. Esta norma persigue, como resulta obvio, evitar que por diversos medios "la defensa" intente postergar la celebración del juicio oral y entorpecer así el curso normal de los procedimientos. Es posible señalar aquí varios presupuestos o situaciones generales que no pretenden agotar: 1) la causal opera en un momento específico del proceso, a saber: en la etapa de juicio que regula el Código de rito a partir del artículo 324. Tal cosa significa que el entorpecimiento puede darse: a) antes de que se convoque a debate, por medio de acciones con las que se pretenda evitar esa convocatoria; b) una vez señalada la fecha para el juicio, a través de actos que obliguen a postergar su celebración; c) ya iniciado el debate, por actuaciones u omisiones que impongan suspenderlo, impidan su normal continuación o fuercen a iniciarlo de nuevo. 2) Por "*causas atribuibles a la defensa*" no deben entenderse solo las conductas en que incurra el defensor técnico, sino también las propias del acusado. La ley utiliza aquí el término "defensa" en el sentido de una unidad de intereses constituida por ambos sujetos (como lo señala quien recurre); de allí que no indique "por causas atribuibles al defensor", sino que acude a un concepto mucho más amplio, no restringido a un sujeto procesal único. 3) Los actos u omisiones deben orientarse a entorpecer u obstaculizar la realización normal del juicio oral y público. Pueden revestir el carácter de una "maquinación" (conductas desleales con la finalidad, evidente o encubierta, de obstaculizar el normal desarrollo de los procedimientos), aunque esto no es del todo indispensable, pues en determinadas circunstancias basta con que el hecho obstaculizador sea conocido, o bien, previsible para la defensa y, a pesar de ello, no haya dispuesto las medidas oportunas y necesarias a su alcance para evitarlo o, en caso de inevitabilidad, para comunicarlo al tribunal con la antelación suficiente que permita adoptar las decisiones que procedan a fin de asegurar la continuación del proceso con la debida celeridad, reduciendo así los efectos causados por el evento obstaculizador. Desde luego, no surtirán eficacia interruptora de la prescripción los actos o eventos que no sean "anormales", por ejemplo: el uso de algún medio procesal lícito que forme parte de las funciones propias de la defensa (planteamiento de excepciones o alguna solicitud particular justificada); o las peticiones razonadas, documentadas y con justa causa con el fin de que se postergue la celebración del debate (por ejemplo: por tener otro señalamiento en la misma fecha que deba prevalecer sobre el hecho en el proceso concreto). Sin embargo, el abuso evidente de ciertos mecanismos o su uso indebido, puede también ser una maquinación encubierta que origine el efecto interruptor: por ejemplo, insistir de manera repetida en gestiones que ya

fueron resueltas en su oportunidad; plantear articulaciones manifiestamente improcedentes o no previstas en la ley con el fin de retrasar los procedimientos (v. gr.: recursos de casación contra resoluciones interlocutorias, aprovechando que el a quo se encuentra inhibido para ejercer un control de admisibilidad); esperar hasta pocas horas o pocos días antes de la fecha en que debería celebrarse el debate para solicitar una postergación en virtud de otro señalamiento en distinto tribunal que le fue notificado a la parte tiempo atrás y que, por ende, pudo haber informado desde que se le convocó al juicio. 4) Los actos obstaculizadores no implican, necesariamente, la ausencia del defensor o del acusado, sino que también pueden referirse a la actuación que se espera de otra persona. Por ejemplo, insistir que declaren en debate testigos esenciales para decidir el asunto, que la propia parte se ha hecho cargo de ocultar o de impedir su localización o su comparecencia en el juicio, o que se imposibilite evacuar un dictamen médico, psicológico, psiquiátrico o de otra índole, en vista de que el justiciable, sin causa justa, no se presenta a la cita que le fue concedida. En general, los actos fraudulentos con los que se logre impedir la recepción de cualquier prueba que se espera introducir en debate (y que justificó suspender su señalamiento o postergarlo para otra fecha), tendrían efecto interruptor (v. gr.: ocultar la cosa que debía inspeccionarse; sustraer o interceptar documentos que el tribunal aguarda; entre otras muchas hipótesis). 5) Corresponde al juzgador constatar y declarar: a) que se han producido alteraciones del curso normal del procedimiento en la etapa de juicio que implicaron que no pudiera señalarse a debate (suspender o postergar su realización), obligaron a suspenderlo luego de iniciado o a realizarlo por completo de nuevo; b) que tales retardos y alteraciones son producto de actos u omisiones atribuibles al imputado o su defensor o defensores; c) que los actos u omisiones corresponden a conductas interesadas precisamente, ya sea en forma obvia o encubierta, en lograr tales retardos; o tuvieron esos mismos efectos en virtud de que la defensa no pretendió evitarlas o no las comunicó al despacho con la debida antelación; y, d) que el plazo de prescripción de la acción penal fue interrumpido por esas razones. Es importante destacar, que la declaratoria que debe hacer el tribunal no tiene efectos constitutivos, sino declarativos. Esto significa que la eficacia interruptora habrá de retrotraerse al momento en que las acciones retardatorias lograron su propósito de alterar el curso normal del procedimiento; momento que deberá ser fijado por el tribunal de forma expresa, con sustento en los datos que se obtengan del expediente y a partir del cual se computará de nuevo el plazo de prescripción que corresponda. Ese "momento" será, entonces, aquel en que fue preciso postergar o variar la convocatoria a debate, suspender el ya iniciado o cuando este se torne ineficaz por exceder los límites previstos en la ley para la suspensión —lo que obligaría a realizarlo de nuevo—; entre otros supuestos. Aunque lo aconsejable es que los Juzgadores declaren la interrupción de la prescripción en el mismo momento en que se produjo el evento que obstaculizó el normal desarrollo del debate, esto no viene exigido por la ley, por lo que la declaratoria puede hacerse posteriormente,

cuando se constate que concurren los presupuestos de los que antes se hizo mención. Lo anterior es así porque, en ocasiones, la obstaculización no se produce a través de una sola conducta activa u omisiva, sino por un conjunto de ellas y es preciso valorarlas de tal modo para determinar que en realidad existió un afán de obstaculizar que no se evidencia con el análisis de una única actuación u omisión."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 911 de las 9:55 horas del 13 de octubre de 2003.

64.- PRESCRIPCIÓN, Irretroactividad de la reforma al artículo 33 del Código Procesal Penal.

"Este criterio es erróneo y la Sala ya lo ha enmendado, pues no es dable conceder determinados efectos a un acto procesal que ya ha ocurrido y que al momento de producirse, no los tenía. La ley procesal es de orden público y se aplica de inmediato, lo que no significa aplicación retroactiva de todos sus institutos o previsiones, aun cuando resulten más favorables al acusado, que es la tesis que se expone a lo largo de ese fallo 832-02, solo que por error no resultó aplicada al supuesto específico de la reforma parcial que, con posterioridad se introdujo al numeral 33 citado. En cuanto a este punto, la Sala expresamente había mantenido el criterio contrario en la resolución 544-02 de las 8:47 horas del 14 de junio del año anterior —citada en la sentencia que aquí se impugna—, oportunidad en la que señaló: "(...)Cuando se da una reforma a las reglas de la prescripción (cómputo, causales de interrupción o suspensión, etc.), la misma se aplicará de inmediato a aquellos procesos en curso en ese momento, en los cuales no haya recaído sentencia con autoridad de cosa juzgada, quedando desautorizado el órgano jurisdiccional no solo para darle efecto retroactivo a etapas ya superadas o precluidas (que quedarán reguladas por la norma anterior que se derogó), sino para elaborar una tercera ley, mezclando disposiciones de ambas normativas (la nueva y la derogada). Esto último en estricto respeto al ya mencionado principio constitucional de prohibición de aplicar retroactivamente una ley en perjuicio de persona alguna. Con base en lo anterior, resulta claro que si bien la primera declaración que se le tomó al acusado en relación a los hechos que se le atribuyen, conforme al inciso 1º del numeral 33 del Código Procesal Penal tuvo la virtud de interrumpir el término de prescripción, debe tenerse claro que el auto que convocó a audiencia preliminar no produjo ese efecto jurídico, ello por la sencilla razón de que para el momento en que se dictó (7 de febrero de 2000) ninguna eficacia de tal naturaleza le asignaba la ley entonces vigente(...)". Este criterio, que fue contradicho por la resolución 830-02 a la que se ha hecho mención, de nuevo fue retomado cuando, en la sentencia 1019-02 de las 9:45 horas del 11 de octubre del año anterior, expresamente se revierte esa posición, al señalarse: "(...)La reforma a la normativa procesal, ley # 8146 de 16 de octubre del año 2001, publicada el 26 de noviembre siguiente, la

cual incluye como causa interruptora de la prescripción la resolución que convoca por primera vez a la audiencia preliminar, no es aplicable al caso, puesto que es posterior a la resolución que convocó a ese acto (auto de 28 de mayo de ese año, según folio 31). De conformidad con el artículo 34 de la Constitución Política: "A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas", lo que impide sostener que la resolución que convocó a la audiencia, que le resulta perjudicial, dictada antes de la reforma legal, haya interrumpido el plazo de prescripción, criterio que se sostuvo en el voto 00830-2002 de esta Sala, y que ahora se modifica. Por las razones señaladas, la presente causa se encuentra prescrita[...]. Posteriormente, la Sala ha sido constante en sostener esta última posición y así, puede observarse como de nuevo se pronuncia sobre el punto en la sentencia 1272-02 de las 10:15 horas del 13 de diciembre de 2002..."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 287 de las 9:45 horas del 9 de mayo de 2003.

65.- PRESCRIPCIÓN. No se pueden mezclar sistemas regulados en normativas diferentes.

"El primer punto de separación con lo resuelto es que siendo las normas procesales de orden público, no puede aceptarse que a un caso se le aplique uno u otro código, dependiendo de la aceptación, expresa o tácita de las partes, pues no se trata de aspectos disponibles en el proceso. Ciertamente, en este momento procesal es inadecuado decretar una nulidad de lo actuado y devolver el proceso a la etapa en que se anuló el auto de elevación a juicio, lo que atentaría no solo contra la justicia pronta, sino contra la regla de que no hay nulidad sin perjuicio; en tanto no causa indefensión a las partes, especialmente a la defensa, que aun con la mixtura procesal siempre ha tenido la oportunidad de intervenir, de conocer la acusación y discutir la prueba en la audiencia preliminar y en sede de juicio, de ahí que no es pertinente disponer la nulidad por la nulidad misma, siendo lo razonable proceder a convalidar lo actuado, aclarando eso sí que en adelante el proceso debe seguirse bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales de 1973, pues la convalidación no alcanza lo dispuesto en cuanto a la prescripción. El segundo aspecto que no se comparte, es la interpretación que hace el fallo de las reglas de prescripción, pues permite aplicarlas a etapas anteriores a la vigencia del código procesal penal lo cual es inadmisibles, dado que no puede hacerse derivar consecuencias a la primera imputación —indagatoria— u otros actos procesales producidos en los años 93 a 1997 (sic), cuando todavía no estaba vigente el Código Procesal Penal, porque entonces estaríamos mezclando la aplicación de las nuevas reglas de prescripción, a una fase del procedimiento que tuvo sus propias reglas que eran aquellas con las que se tramitó

hasta cierta fase. En ese sentido la Sala había externado: "...que las reformas legales introducidas en esta materia (prescripción) comienzan a regir exclusivamente a partir del momento que el legislador señaló para la entrada en vigencia de cada ley y hasta su derogatoria por otra, sin que sea posible dotar a ninguna de eficacia retroactiva en perjuicio de situaciones jurídicas ya existentes". (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 861-2002, de las 10:00 horas del 30 de agosto de 2002). También expresó la Sala que resulta inadecuado atribuir consecuencias jurídicas a actos procesales que no las tenían asignadas cuando se dieron: "En efecto, no es admisible —como lo hizo el a quo— combinar ambos cuerpos de normas, dotando a uno de ellos de efectos retroactivos de los que carece y creando judicialmente, en última instancia, una tercera ley para el caso concreto, que desde luego, no existe y constituye una invasión de los juzgadores en la competencia legislativa que, desde el punto de vista constitucional, corresponde a otros Poderes del Estado. Ha de entenderse que, en supuestos como el que ahora se examina, concurren dos leyes diversas, cada una con sus específicos rangos de vigencia temporal, que nunca pueden llegar a confundirse. Así, las normas contenidas en el Código Penal mantendrán su vigor respecto de todos los actos realizados antes del 1º de enero de 1998 y, a partir de ese momento, surtirán sus efectos las previsiones del Código de rito de 1996 (resolución n.º 0383-2002 de las 9:40 h del 30 de abril de 2002)."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 539 de las 9:40 horas del 27 de junio de 2003.

66.- PRESCRIPCIÓN. Suspensión del cómputo ante acciones de inconstitucionalidad.

"A lo dicho debe adicionarse que esta Sala en la resolución 1272-02 ya citada, expresamente señaló que el hecho de que existieran acciones de inconstitucionalidad contra el artículo 33, no significaba que todas las causas penales en trámite en el país durante ese período tuvieron suspendido el curso de la prescripción, sino que esto ocurría solo en aquellas causas en las que se estuviera discutiendo expresamente el tema de la prescripción y sus causales de interrupción, cosa que no sucede en este asunto, en que el tema viene a surgir precisamente por la decisión que ahora se cuestiona y en la que se declara extinta la acción penal. Expresamente se dijo: "(...)LA SUSPENSIÓN DEL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN POR MOTIVO DE ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD.— Se alega también por parte de la fiscalía que el artículo 33 del Código Procesal Penal —que establece los actos interruptores de la prescripción— estuvo acusado de in-constitucionalidad por un lapso de casi seis meses y ello significa que el cómputo de la referida prescripción se suspendió. Aunque el argumento carece de interés —pues el propio fiscal reconoce que la suma de ese plazo

sería insuficiente para afectar lo decidido por el a quo—, la Sala estima oportuno referirse a él para señalar que dicha tesis es incorrecta. En efecto, se obtiene de lo dicho por quien impugna que, según su entender, todas las causas penales que se seguían en nuestro país permanecieron con la prescripción suspendida mientras la Sala Constitucional resolvía los cuestionamientos que se hacían a la norma de cita y esto, como resulta obvio, no es así. Los únicos procesos que estuvieron en tal situación son aquellos que se suspendieron precisamente porque el tema se discutía y el precepto no podía aplicarse (para definir si un acto interrumpió o no el plazo). El motivo lógico de este tipo de suspensiones es que, en vista de que el Estado no puede continuar la persecución por existir prejudicialidad, el término para que el asunto prescriba se detiene y seguirá luego su decurso, una vez vencido el obstáculo que impedía actuar. En el presente caso nunca se suspendió el proceso por aquel motivo; el Ministerio Público y los tribunales desarrollaron sin interrupción sus actos y resoluciones y el tema no se discutió sino ahora, cuando ya las acciones de inconstitucionalidad contra la norma fueron resueltas. De allí que el alegato no puede prosperar(...).”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 287 de las 9:45 horas del 9 de mayo de 2003.

67.- PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. Juez que participa en la producción u obtención de prueba.

“De acuerdo con lo que consta en los autos, en efecto, según lo acusa la defensa, se aprecia que el licenciado J. S. F. R., previo a integrar el Tribunal de Juicio de Puntarenas, participó de manera activa en la fase preliminar o de investigación, lo que pudo crear en él, o creó (aun cuando de manera inconsciente), una idea, conocimiento o juicio sobre la eventual responsabilidad de las personas a quienes después se acusó de haber cometido los hechos que dan lugar a la presente causa. En este sentido, como bien lo manifiesta la defensa, a pesar de que en el momento procesal oportuno dejó clara su oposición para que dicho profesional fuera parte del órgano sentenciador, se hizo caso omiso de su reclamo y se continuó con el trámite normal del debate, es decir, se procedió a evacuar la prueba, se conocieron los hechos y se emitió finalmente el pronunciamiento que ahora impugna. Este proceder, sin duda alguna, en criterio de esta Sala resulta contrario a las normas y principios que deben gobernar el sistema de enjuiciamiento penal, pues uno de los objetivos o fines que el legislador buscó al dividir el proceso en etapas y establecer claramente las funciones que le correspondían a los sujetos que intervienen en él (en particular con la reforma de 1996), consistió en tratar de asegurar precisamente que las personas a quienes les compete decidir —en forma definitiva— sobre la existencia y responsabilidad de los hechos investigados, no se hubiesen creado una idea o juicio sobre estos extremos, al punto que se puedan afectar los principios con los que —se supone— tienen

que actuar, como lo son la imparcialidad, la objetividad o la lealtad. Ahora, si bien el artículo 55 de la normativa de rito en vigencia establece una serie de supuestos o causales por las que las partes o sujetos del proceso se pueden inhibir y recusar, se considera que este listado tiene un carácter enunciativo y no taxativo (*numerus apertus*). Así, si una circunstancia, situación o hecho específico puede eventualmente afectar los principios que se citan, y aunque no se hubiese contemplado de manera expresa en la ley como una causal, las partes (y sobre todo los jueces) pueden excusarse de seguir conociendo la causa que tramitan. Incluso, de no hacerlo de manera libre o espontánea, los otros intervinientes estarían facultados para interponer la recusación respectiva. La propia Sala Constitucional ya se ha pronunciado a favor de esta tesis, es decir, a favor de la posibilidad de que los jueces u otros sujetos del proceso (fiscales, por ejemplo) se inhiban o se recusen cuando la imparcialidad con la que están obligados a actuar pueda verse lesionada de alguna forma, aun cuando el motivo que se acusa o invoca no esté previsto en la normativa de rito... (Sala Constitucional, voto n.º. 7531 de las 15:45 horas del 12 de noviembre de 1997). Conforme lo anterior, si uno de los integrantes del Tribunal, por alguna razón conoció o tuvo alguna participación directa en los hechos históricos que se someten a su conocimiento, se debe inhibir de inmediato o, en su defecto, puede recusarse por quienes tengan derecho o interés en hacerlo, toda vez que esta circunstancia podría afectar o incidir en la imparcialidad u objetividad con la que se impone que realice su función. Claro está, el motivo, causa o hecho que se invoca debe ser de una naturaleza o relevancia considerable, pues se debe acreditar que en efecto la imparcialidad u objetividad de los juzgadores está siendo violentada o vulnerada; tal y como sucede en aquellos casos en los que uno de los juzgadores participó activamente en la búsqueda o constitución de la prueba que luego debe valorar, a fin de determinar la existencia del delito que se investiga y la responsabilidad de sus autores; lo mismo que en todos aquellos otros en los que se cuestiona la licitud de la prueba en la que él —como juez de garantías— ha sido testigo al momento de su producción, recolección o hallazgo. Consecuentemente, en el caso bajo estudio, se tiene que en efecto el licenciado J. S. F. R. participó en forma directa en varios actos de la investigación como *juez de garantías*, es decir, juez de la etapa preparatoria, toda vez que autorizó y dirigió el allanamiento que se ejecutó en la casa de los justiciables A. S. A. U. y B. A. R. en Barrio... sito en Barranca de Puntarenas, diligencia en la que no solo se decomisó droga, sino también el dinero que las autoridades utilizaron para la compra de esta; todo lo cual, como resulta obvio, sirvió de base a la requisitoria fiscal y, por supuesto, a la sentencia que se dictó en el presente asunto. Además se tiene que dicha autoridad jurisdiccional: **1)** confeccionó el acta de “marcación” de billetes para realizar la compra del estupefaciente que consta en el expediente, según folio 24 frente y vuelto, **2)** dictó la orden de allanamiento de folios 24 y 25 frente y vuelto, esta en razón de la solicitud que le formuló el Ministerio Público, **3)** realizó las requisas

que practicaron en forma previa y posterior a la compra de la droga, según lo que se observa a folios 28 y 39, respectivamente, **4)** observó la supuesta transacción del psicotrópico, según lo que se dice a folios 8 y 9 del informe policial, y, por último, **5)** participó y controló la legalidad del allanamiento que obra en el expediente de folios 34 a 37. Así las cosas, al haber actuado en dicha etapa del proceso el juez J. S. F. R., realizando y presenciando actos propios de la investigación, como los que se citan, a través de los cuales se obtuvo elementos probatorios que permitieron sustentar la requisitoria fiscal que motivó el juicio, se considera que su actuación, aun cuando derivó de su cargo como *juez de garantías*, en este caso fue más allá de ser un simple contralor de la legalidad del procedimiento, y se asemeja a la de un testigo. Además, y esto es lo más grave, no obstante lo anterior procedió a integrar el Tribunal de Juicio que emitió el fallo condenatorio que ahora se impugna con fundamento en la prueba que él mismo contribuyó a producir. Por ello, si bien no está previsto de manera expresa el deber de excusarse para conocer de la causa en esta clase de hipótesis o supuestos, esta Sala estima que es inadmisibles en un sistema jurídico, que se dice respetuoso de los derechos fundamentales de las personas (en este caso, respetuoso de los principios de imparcialidad, objetividad o lealtad), que un juez concurre a dictar sentencia en un asunto o causa en el que tuvo una labor fundamental o determinante al darse a la tarea de producir o recolectar la prueba en la que se basa la decisión final (*al respecto, puede verse la sentencia del Tribunal de Casación Penal n.º 2001-781, de las 9:55 horas del 5 de octubre del año 2001, en la cual se pronuncia por la nulidad de la sentencia que se dictó, toda vez que una de las juezas que integraron el Tribunal de Juicio participó en los allanamientos, requisas y otros actos relacionados con la investigación de un delito contra la Ley de Psicotrópicos*). Por lo anterior, al considerarse que se violentó **a) el principio de imparcialidad** del juez, **b) la lealtad** con la que el juez debió actuar y **c) la objetividad** que orienta la tarea que le fue encomendada, todo esto con fundamento en los artículos 1, 2, 6, 55, 178, inciso b) del Código Procesal Penal; 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "**Pacto de San José de Costa Rica**"; y 39 y 41 de la Constitución Política, **lo que se impone es declarar con lugar el tercer motivo del recurso por la forma que interpuso el licenciado R. N. A. a favor de sus defendidos.**"

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 256 de las 10:50 horas del 25 de abril de 2003.

68.- PRUEBA. Debida cadena de custodia. Droga.

"En el tercer motivo por la forma que interpone, de conformidad con los artículos 6, 9, 63, 180, 184, 363, inciso c, y 369, incisos a), b), d), h), del Código Procesal Penal, la impugnante alega errónea valoración de la prueba con relación a los hechos sucedidos el día 10 de enero de 2001, en donde alega hubo quebranto de la cadena de custodia de la prueba y, a pesar de ello, el Tribunal condenó a su defendida imponiéndole una pena de 5 años de prisión por el delito de tenencia de marihuana para el suministro dentro del centro penal La Reforma. **El reclamo es procedente:** Luego de analizar lo expuesto por la recurrente y su alegato relativo al quebranto de la cadena de custodia, esta Sala considera que lleva razón la impugnante en cuanto a la existencia del vicio que se señala. Efectivamente, en el caso concreto esta Sala encuentra yerros relativos al manejo de la evidencia decomisada, mismos que tornan infructuosa la pureza que debe prevalecer en todo proceso penal respecto de la prueba. Esta certidumbre tiene por objeto garantizar al imputado que lo decomisado en el lugar de los hechos es lo mismo que llegó al laboratorio forense para su análisis, certitud esta sobre la prueba que resulta necesaria si se pretende atribuir responsabilidad penal a cualquier imputado con base en la misma. En el caso concreto dicha certeza no existe, fundamentalmente, porque no hay relación descriptiva entre el peso de lo decomisado el día de los hechos (folio 24), en donde se indica que la evidencia tuvo un peso de **29 gramos**; y el pesaje que se menciona tuvo la evidencia que llegó al laboratorio forense (folio 32), en donde se indica que lo pesado dio como resultado **13.37 gramos**. La anterior discrepancia en el pesaje de la droga es significativa y no se trata de una diferencia irrelevante, ya que la incongruencia numérica consiste en una desconformidad en el pesaje que es mayor a la mitad del resultado inicial, algo ilógico desde todo punto de vista, siendo esa situación razón suficiente para considerar que efectivamente se dio un quebranto en la cadena de custodia de la prueba y por consiguiente no existe plena garantía de identidad entre lo decomisado y lo que se analizó en el laboratorio forense, dando pie lo anterior, para suponer válidamente que la evidencia analizada en el laboratorio forense previamente pudo haber sido confundida o ser sustituida por otra, debido a que la magnitud en la diferencia de pesaje no admite inferir otra conclusión más lógica. Para reafirmar lo anterior, debe analizarse la manipulación que se realizó de la evidencia, misma que no es del todo clara, y por lo tanto dicha situación conduce a presumir válidamente a *priori* la existencia de yerros en el manejo de la prueba que ponen en entredicho la misma, los cuales ulteriormente

son constatados. En el informe policial de folios 14 a 16, en el Acta de Decomiso de folio 19, y también en el Acta de recibido de folio 20, se menciona la existencia de un envoltorio plástico y una bolsa transparente en donde iba depositada la supuesta droga, sin que se mencione en ninguno de dichos documentos nada respecto a la forma como se embolsó posteriormente dicha evidencia; posteriormente, en el documento que rola a folio 24, solo se menciona someramente lo relativo al embalaje, sin que en dicho documento se describa tampoco la forma como este embalaje se llevó a cabo, ya que solo se menciona que la evidencia embalada será custodiada en la bodega del Organismo de Investigación Judicial (OIJ) de Alajuela. La descripción del embalaje de la evidencia decomisada es importante en el caso concreto para determinar si se trata de la misma evidencia, porque de esta manera se podrían cotejar la descripción del embalaje que se extraña y el embalaje que se detalla en la evidencia que fue recibida en el laboratorio forense (folio 32), en donde se indica que la evidencia llegó dentro de una bolsa de papel de color café cerrada con grapas y cinta adhesiva transparente, para así corroborar si se trata o no de la misma evidencia decomisada. Asimismo, resulta insuficiente el contenido del documento que consta en folio 219, denominado "*Libro de Control de Evidencias*", a pesar de que la sentencia indica sin fundamento lo contrario, ya que allí lo que se constata es solamente que una evidencia fue recibida en el OIJ de Alajuela el día 11 de enero de 2001 para ser resguardada en dicho despacho, y también se verifica que posteriormente, siete días después, se suscitó una salida y entrega de una evidencia al laboratorio forense el día 18 de enero de ese mismo año, pero no significa que con ello se aclare la duda acerca de si la evidencia que presenta pesajes tan disímiles podría ser o no la misma, porque no se describe —una vez más— nada relativo al embalaje, lo cual pudo haber dilucidado en el presente asunto si se trata o no de lo mismo; además, en el contenido de dicho libro de control se denota una escueta descripción de la evidencia, indicándose solamente que se trata de "*un envoltorio con aparente picadura de marihuana*", saltando la duda acerca de si esa descripción corresponde o no a una evidencia que de previo ha sido embalada como corresponde, ya que allí tampoco se hace mención a la bolsa de papel que sí se describe en el documento forense ya mencionado de folio 32. Recientemente, esta Sala resolvió un asunto donde tampoco había certeza de que lo decomisado en el escenario del delito era la misma evidencia que llegó al laboratorio forense para su análisis, debido a la omisión de descripción de su envoltorio... (*Sala Tercera, n.º. 2003-238 de las 9:45 horas del 9 de abril de 2003*). Se resalta en la anterior resolución, la importancia de la descripción del estado de las evidencias cuando se decomisan para evitar dudas ulteriores relativas a su identidad, lo cual en este caso concreto también es importante de recalcar, pero esta vez en relación con la necesaria descripción de la manera como se embalsa la evidencia por parte de las autoridades policiales, ya que ello puede ser determinante

para identificar *a posteriori* si se trata o no de la misma evidencia ante la duda que exista sobre la misma, originada en esta ocasión por la desigualdad extrema que se denota en la confrontación de los pesajes realizados durante su decomiso y luego en el laboratorio forense. **Por consiguiente, al no existir dicha descripción y por ende ser imposible la comparación del embalaje, sumado a la radical diferencia en el pesaje existente entre una y otra evidencia, sin que ello tenga explicación lógica, esta Sala considera entonces que no hay certeza de que lo recibido y analizado en el laboratorio forense sea lo mismo decomisado el día de los hechos, por lo que se constata que efectivamente se ha producido un quebranto en la cadena de custodia de la prueba esencial.** Con la restante prueba no puede acreditarse que lo decomisado a la imputada efectivamente fuese marihuana; surge entonces un estado dubitativo que obliga a aplicar el principio *in dubio pro reo* a favor de la imputada."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 968 de las 12:30 horas del 24 de octubre de 2003.

69.- PRUEBA. Su evacuación en debate debe ser relevante, útil y accesible.

"Es evidente, que si bien lo idóneo es poder contar al momento del contradictorio con la presencia de los testigos y recibir de viva voz sus manifestaciones, ello no resulta posible en todos los casos, razón por la que debe ponderarse siempre el equilibrio entre garantía y eficiencia en el proceso penal. En este asunto, según se aduce en el recurso, la impugnante ni siquiera señaló en qué fecha probable vendrían al país los testigos extrañados, por lo que su presencia durante el desarrollo del debate no se confirmaba y en ese sentido, tampoco es posible obviar que los medios probatorios allegados al proceso, deben no solo ser útiles, relevantes y pertinentes para averiguar los hechos, sino también accesibles y este último aspecto se extraña en este asunto, lo que por lo consiguiente afectaría el principio de justicia pronta y cumplida. Además, visto el contenido del reproche y contrario a la interpretación personal de la impugnante, no se observa afectación al principio de verdad real, pues el Tribunal contó con diversos elementos probatorios —todos válidos y eficaces— que le permitieron suplir la ausencia de prueba reprochada."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 685 de las 15:00 horas del 12 de agosto de 2003.

70.- PRUEBA. Transcripción y análisis. Ciclo de violencia doméstica.

"Toda esta exposición evidencia que efectivamente y tal y como lo reclama la gestiona, existía abundante material no analizado que muestra que las razones dadas para no creer su versión, la que ni siquiera es posible aprehender

integralmente en el fallo, no son suficientes, porque se ha marginado material de prueba útil que debió considerarse, de modo tal que las conclusiones se obtuvieran, cualquiera que fuese su resultado, de un análisis completo de toda la prueba relevante. Así por ejemplo, la única forma de conocer que el tema de violencia doméstica estuvo latente en los alegatos de la defensa y en la versión de la acusada, lo es la mención que hace la mayoría del Tribunal, a que estamos en "una era" o "campaña" para concientizar sobre el problema de la violencia doméstica pero que, pese a ello, no debe creerse que todo lo que diga "una mujer" sea cierto, porque podríamos caer en un clima de "peligrosa impunidad". Sin embargo, no existe un adecuado y suficiente análisis de la prueba en el fallo de mayoría, que permita comprender primero, si efectivamente estamos en un caso en que G. C. era víctima de violencia doméstica, porque el Tribunal no lo señala, solo lo insinúa y este es un tema de especial relevancia para determinar la responsabilidad penal e incluso, el propio estado de emoción violenta que la mayoría del Tribunal establece; tampoco es posible comprender cómo era ese clima y en qué consistían las agresiones y, finalmente, por todo ello tampoco es posible comprender por qué no es creíble que la acusada se sintiera amenazada y reaccionara ante la agresión de M. G., pues en todo caso los argumentos que se dan para desmerecerla no son suficientes. En cuanto a que no era factible que el ofendido portara la cuchilla, por la escasa ropa que llevaba, ello no es válido, pues no se describe qué tipo de pantaloneta llevaba y si esta tenía o no bolsos, pues es posible que las tuviera y que allí portara la cuchilla. De igual forma, el hecho de que los testigos que acudieron momentos después de los hechos, no observaran a E. golpeada o que no haya un dictamen médico que especifique esas lesiones, tampoco resultan razones de peso para descartar que efectivamente M. G. golpeará ese día a E., según ella lo describe, porque se trata de golpes con objetos contundentes, que provocan generalmente traumatismos que se evidencian en equimosis que tienen un período de evolución y que normalmente no son inmediatamente visibles, salvo algún enrojecimiento de la zona golpeada, aspectos que los juzgadores no consideran. Por otra parte, también se reclama que el fallo ni siquiera menciona lo declarado por N. G. C., hermano de la promovente y quien, según dijo, convivió con ellos por cuatro meses y pudo apreciar el "clima" que allí se vivía. Efectivamente, este testigo declaró en debate (acta de debate, folio 183 vuelto) y la única mención que el fallo hace a lo que supuestamente dijo se refiere a la descripción que tanto él, como su hermano F. y su madre, hacen del ofendido M. G., como "tomador de licor, un drogadicto y un ladrón" (sentencia, folio 197) e independientemente de que solo ese haya sido su aporte, eso es algo que no puede verificarse, porque el fallo no hace cita de lo que el testigo aportó. Si a ello unimos las omisiones ya apuntadas, se tiene claro que la fundamentación de la sentencia es insuficiente y por ello, debe ser invalidada y disponer la realización de un nuevo juicio. Debe aclararse

que no se trata aquí de criticar la estructura de un fallo porque no se ajusta a un determinado patrón formal simplemente, que divide la transcripción de la prueba de su valoración, con independencia de que esta sea la forma más correcta, que en todo caso no impide que se omitan aspectos de lo declarado, por ejemplo, por los testigos, o que del todo se omita el análisis de algún elemento de prueba, como tampoco impide que se cometan errores en la valoración. Se trata aquí de que la sentencia que se revisa, no contiene una descripción de la prueba oral, como antecedente necesario para su posterior valoración, que permita, al lector imparcial, pero especialmente a las partes interesadas, controlar los razonamientos de los juzgadores al ponderar el material de prueba y apoyar en ello su decisión. El artículo 143 que cita la promovente, es la norma básica de orientación en el sistema procesal vigente, para minimizar las arbitrariedades en esta materia y claramente establece: "En la resolución el tribunal deberá consignar, una breve y sucinta descripción de la prueba oral, antes de proceder a su valoración". Esto no se cumple en la sentencia en análisis, según se ha expuesto ampliamente, además de que se dan errores importantes en las conclusiones obtenidas y por todas estas razones, el fallo debe anularse."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 360 de las 11:28 horas del 16 de mayo de 2003.

71.- PRUEBA TESTIMONIAL. Prohibición de revictimización.

"Esta Sala tuvo oportunidad de escuchar los casetes que registran la audiencia y pudo con asombro comprobar el trato humillante que recibió la ofendida cuando fue obligada a comparecer al debate. Estaba realmente temerosa, aterrada y no quería evocar lo sucedido, simplemente *no quería hablar*. Su posición de víctima no excluye su carácter de testigo y como tal, tiene el deber de contar lo sucedido. Sin embargo, hay muchísimas formas de acercarse a una víctima de un hecho como el que se analiza, a esta realidad, a este deber, sin tener que atormentarla con la amenaza de ser apresada, la que se le hizo al menos en tres oportunidades, en frente de sus agresores y de todas las personas presentes, en un verdadero escenario de revictimización, que debe ser desterrado de la práctica judicial, que no pueda continuar insensible al drama de las víctimas de violencia. El artículo 7, inciso e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belem Do Pará, ratificada y aprobada por Costa Rica en la Ley 7499 del 22 de junio de 1995, establece que es obligación de los Estados partes "tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer" y el inciso f) del mismo artículo señala "establecer procedimientos legales justos y eficaces para la

*mujer que haya sido sometida a la violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”, de modo tal que si bien son declaraciones programáticas que vinculan a los Estados suscriptores a concretar esas políticas, también son una declaración de principios que debe impregnar el quehacer de los aparatos públicos involucrados y muy especialmente, al sector de administración de justicia, de modo que tengan vocación para tratar de darle el manejo más adecuado a la problemática, con el instrumental y los recursos de que se disponga, mientras estos no sean mejorados por el legislador. Se comprende el deseo del Tribunal —y el protagonismo que el modelo procesal anterior le permitía— para lograr el descubrimiento de la verdad, pero este fin debe ser alcanzado respetando los derechos de la víctima al igual que se respetan los derechos y garantías del acusado, víctima que debe ser considerada, incluso en la dimensión de su dolor para evocar lo sucedido, lo que en modo alguno significa permitir reticencias infundadas y mentiras, solo que debe comprenderse su entera situación y procurar darle un manejo adecuado. Nada impide, por ejemplo, pedir la salida de los acusados de la sala de debate cuando la víctima va a declarar y ello sea necesario para garantizar su estabilidad emocional, suspender la audiencia para buscar apoyo psicológico, o de un trabajador social, o simplemente darle un tiempo para que se calme, o explicarle por qué razón no puede desentenderse del proceso y darle apoyo —sin amenazas y posiciones de autoridad— para que declare, sin tener que enfrentarla directamente y obligarla a declarar, sin darle ninguna opción. Luego de haber sido amenazada en tres oportunidades con la detención por no querer declarar, con habersele advertido que los jueces están acostumbrados a oír muchas cosas, de modo que no tenía por qué sentir pena o vergüenza (1), incluso ello motivó a que la Fiscal de Juicio hiciera la observación al Tribunal de que estaba presionando a la testigo, la ofendida inició su relato, constantemente interrumpida por el Presidente del Tribunal, pero cuando esta interrupción cesó al fin pudo fluir en su narración, la que resultó permeada además por su voz quebrada, su llanto y la confesión del miedo y terror que sintió y el disgusto de revivir la situación. Sometida a un interrogatorio para descubrir *si realmente ella no había aceptado los contactos sexuales* —otra forma sutil, pero no menos violenta, de revictimización, que debe, de igual forma, ser eliminada de la praxis judicial—, su voz fue cobrando fuerza y permitió que los juzgadores concluyeran, que la ofendida fue clara, concisa y contundente en afirmar la autoría de estos acusados en los hechos en su perjuicio, conclusión que está fundamentada y resulta correcta.”*

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 585 de las 10:45 horas del 11 de julio de 2003.

72.- QUERELLA. Naturaleza y formalidades. Obligatoriedad de pronunciarse expresamente sobre la misma.

“Una de las novedades del nuevo diseño del proceso penal, es que permite a la víctima en general y a los ciudadanos en ciertos supuestos de delitos cometidos por funcionarios públicos, según las previsiones del numeral 75 del Código Procesal Penal, ejercer la acción penal, bien en forma adhesiva, en una especie de “coadyuvancia” con el acusador público, bien en forma autónoma y exclusiva, cuando este tiene una opinión distinta sobre la suerte de la acción penal pública. Esto permite a los ciudadanos ofendidos por el delito, adquirir el rol de actores penales y tener una incidencia directa en la suerte de la acción penal, en el sentido de que pueden concretar, en el proceso penal, el derecho de petición y de tutela judicial efectiva, consagrados en los numerales 27 y 41 de la Constitución Política, y de esa manera instar la acción penal y obligar así a los juzgadores a emitir un pronunciamiento al respecto. El ejercicio conjunto de la acción penal por parte del Ministerio Público y el querellante, significa que existen dos peticiones que deben atenderse, no obstante que la participación del Ministerio Público, por su carácter de acusador penal público, delimita de alguna forma el objeto del proceso, que queda de todas maneras definido en la etapa intermedia, luego de la audiencia preliminar, en la que debe decidirse la suerte de las peticiones planteadas, examinar sus requisitos y definir, en consecuencia, la base fáctica sobre la que versará el juicio. Debe haber pronunciamiento, entonces, sobre ambas pretensiones —acusación y querrela—, se debe examinar en ambas sus formalidades y resolver lo que corresponda también sobre la prueba ofrecida. De esta forma, no solo se delimita el objeto del proceso, sino que cada parte conoce las bases sobre las cuales desempeñará su rol en el escenario del juicio, y el acusado sabe el material fáctico que se le atribuye y sobre el cual se discutirá su responsabilidad, aspecto de capital importancia para el derecho de defensa, en sus vertientes de defensa técnica y defensa material. Si el legislador ha concedido a la víctima el derecho de querrelar, cumpliendo los requisitos legales, este derecho implica el correlativo deber del juzgador de emitir un pronunciamiento al respecto, es decir, no puede conformarse con resolver las peticiones del Ministerio Público y simplemente ignorar la pretensión del querellante, si bien casi siempre resultan coincidentes, lo que implica que respondiendo a la acusación, se responde también la querrela, mas puede que ello no sea siempre así. Lo dicho adquiere relevancia si vemos cómo el legislador le asigna a la querrela no solo los mismos requisitos de la acusación —numeral 76 en relación con el 303 del Código Procesal Penal— sino que le concede además la posibilidad de

plantear una querrela alternativa — artículo 305 del Código Procesal Penal—, tal y como puede hacerlo el ente fiscal y, finalmente, también le permite ampliar la querrela en los mismos términos en que puede hacerlo el Ministerio Público, según los lineamientos dados en los numerales 307 y 347 *ibidem*. Este elenco de posibilidades procesales deben necesariamente tener como correlato la obligación del juez de emitir un pronunciamiento sobre ellos, pues de lo contrario se verían reducidos a ser meros formalismos sin trascendencia ninguna (*sic*), pese a la innegable importancia que tienen estas actuaciones para la víctima y sus legítimos intereses. La relevancia de los requisitos de la querrela, deriva precisamente de la importancia que tienen aquellos que se exigen a la acusación fiscal: describir los hechos sobre los cuales se pretende sanción penal, para posibilitar el ejercicio del derecho de defensa, establecer el objeto del proceso además de definir la competencia del órgano de juicio, según la calificación jurídica que a tales eventos corresponda. Estas exigencias tienen repercusiones además, para el respeto de otros principios, como el *non bis in idem* —la cosa juzgada— y la correlación entre acusación y sentencia, ambos a su vez, garantes del respeto al derecho de defensa, al que le deben su sentido. Tenemos entonces, que la querrela debe cumplir las mismas prerrogativas que la acusación y que, una vez instaurada, merece un pronunciamiento por parte del juzgador. Así establecido, la querrela forma parte del material fáctico a discutir en juicio, por ello el acusado debe ser informado sobre ella, debe analizarse su procedencia en la audiencia preliminar y finalmente, ser ventilada en juicio, tanto en su pretensión principal, cuanto en aquella accesoria, si la hubiere. Obviamente, la sentencia debe pronunciarse, entonces, sobre ella.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 251 de las 9:55 horas del 25 de abril de 2003.

73.- RECURSO. Adhesión. Formalidades del reclamo.

“En este sentido, si bien el agraviado manifestó a folio 833 frente que “se adhiere” al recurso del licenciado S. U., nunca presentó una impugnación con las formalidades mínimas requeridas. Recordemos que con la adhesión, lo que se pretende es que quien no recurrió oportunamente lo haga dentro de un término que sobrepasa el fijado como regla, opción que se abre con ocasión de la interposición de un recurso de otra parte del proceso. Así las cosas, la parte que no recurrió en tiempo se adhiere a la posibilidad de que el asunto sea conocido por un Tribunal de alzada, no al contenido del recurso toda vez que inclusive, el que se presenta mediante una adhesión puede oponerse abiertamente al que planteó la parte que abrió esa posibilidad. Lo que sí es claro es que todo recurso que se presente mediante una adhesión, debe cumplir con los requisitos formales mínimos que exige la normativa procesal para tales efectos. Así, tratándose de un recurso de casación,

la impugnación que se presente mediante adhesión debe satisfacer lo dispuesto en el artículo 445 del Código Procesal Penal, en concreto, la cita de las normas inobservadas o erróneamente aplicadas, la pretensión y sobre todo, la individualización de cada motivo con sus fundamentos, lo que implica la demostración de la existencia del vicio, del agravio y del interés que tiene la parte en que se dicte nuevamente el fallo sin el vicio acusado. Hechas estas consideraciones, es evidente que en el caso concreto, no existió ninguna adhesión. El agraviado M. únicamente indicó que se adhería al recurso que interpuso el otro actor civil, sin embargo, no presentó ninguna impugnación, razón por la cual esta Sala omite pronunciamiento sobre lo que se resolvió con relación a la acción civil por él planteada.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 970 de las 12:40 horas del 24 de octubre de 2003.

74.- RECURSO. Posibilidad de adhesión del Ministerio Público como representante de la parte civil.

“A folio 1250 del tomo XIX, la licenciada L. G. V. en su condición de defensora pública del encartado C. S. solicita declarar inadmisibles los recursos de casación interpuestos por adhesión, al considerar que la fiscal R. C. utilizando esta figura, pretende adherirse a su propio recurso. **No lleva razón la gestionante:** En primer lugar, corresponde aclarar que la licenciada R. C. participa en este proceso no solo como representante del Ministerio Público, sino también correlativamente representando a algunos de los actores civiles. Ahora bien, conforme dispone el artículo 425 del Código Procesal Penal: “... Quien tenga derecho a recurrir podrá adherirse, dentro del período del emplazamiento, al recurso interpuesto por cualquiera de las partes, siempre que se cumpla con los demás requisitos formales de interposición...”. Vistos los argumentos esgrimidos, resulta obvio que irregularmente se pretende fijar la condición de parte en función de la persona que ostenta la representación de la actora civil I. R. G. —recurso respecto al cual se interpusieron las adhesiones— y en ese sentido, se busca excluir el estudio en esta sede de los recursos planteados mediante el instituto de la adhesión. Evidentemente y contrario a lo afirmado, la circunstancia de que una misma persona represente a diversos actores civiles, no implica, ni excluye, que cada uno de estos últimos sea en sí mismo parte en el proceso, conforme lo dispuesto por el artículo 111 del Código Procesal Penal, de manera que acorde con lo regulado en el numeral 425 *ibidem*, debe entenderse que la posibilidad de adhesión ha sido dispuesta a favor de las restantes partes intervinientes en el proceso, distintas del sujeto recurrente, instituto que en este caso fue utilizado por algunos de los actores civiles. En todo caso, debe hacerse énfasis en que la representante del Ministerio Público a lo que no se puede adherir, es a su propio recurso formulado en cuanto a lo penal, pero este no es el caso, pues como representante de la parte

civil se encontraba facultada legalmente para adherirse a cualquiera de los recursos presentados.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 685 de las 15:00 horas del 12 de agosto de 2003.

75.- REVISIÓN. Inadmisibilidad.

“En memorial agregado a los autos a folios 326 a 337, el privado de libertad **C. C. M.**, solicita revisar el fallo de instancia. Explica que la sentencia inobservó el debido proceso, sus manifestaciones de respeto al derecho de defensa y fundamentación, de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Destaca, que la prueba testimonial no se analizó conjuntamente con la documental. Reprocha, que tampoco se justificó el fundamento jurídico de la “deserción”. Concluye afirmando, que el perjudicado renunció a su derecho en el orden civil y por lo tanto el delito no existió. **La revisión es inadmisibile:** Debe recordarse, que uno de los presupuestos de admisibilidad de las demandas de revisión, establece que esta Sala no haya resuelto con anterioridad los motivos deducidos, es decir, al haberse discutido el asunto en vía de casación o atendiendo un procedimiento de la índole del que ahora se tramita (artículos 411 y 421 del Código Procesal Penal). En la especie, se comprueba que en el fallo de esta Sala numerado 2.002-01181, de las 10:35 horas del 22 de noviembre de 2002 (visible entre folios 314 y 318), se declaró sin lugar un motivo idéntico al ahora expuesto. En dicha oportunidad, se estableció que la valoración probatoria fue correcta y además se explicaron los alcances de la “deserción” en el caso concreto. De este modo, si en la actual demanda no se exponen ni elementos probatorios, ni argumentos novedosos que justifiquen iniciar el trámite revisorio, de conformidad con los artículos 410, 411 y 421 del Código Procesal Penal, **se declara inadmisibile** la revisión intentada.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 647 de las 8:34 horas del 7 de agosto de 2003.

76.- SENTENCIA. Es una unidad lógico-jurídica.

“La defensora hace objeto del recurso a un solo aparte de la sentencia (el que resume los “Hechos probados”), pero no debe olvidarse que es el documento íntegro el constitutivo de una unidad lógica de juicio y, por ende, ha de examinarse con esa amplitud y no ateniéndose solo a sus componentes formales de mero carácter estructural. Incluso desde la perspectiva incompleta o parcial que asume la defensora, fácilmente se observa que si bien el a quo (en el referido Considerando que destinó a describir las acciones objeto de la condena) hace en ocasiones referencias genéricas a los tres justiciables —J. Á. R. R., J. y G. V. K. F.—, tales menciones cumplen un propósito introductorio (planteamiento de uno de los temas generales de los hechos en discusión), que luego se desarrolla con la requerida especificidad. Así ocurre, por ejemplo, con el “hecho 30” (ver folio 9045, tomo

I de la sentencia) que se limita a describir o, si se quiere, a resumir las circunstancias que propiciaron la situación de inestabilidad financiera del B. y las maniobras fraudulentas que los acusados realizaron, todo ello en forma genérica; así como los hechos números “31” y “32” que introducen al tema del G. I. B., y la continuada captación de recursos en dólares norteamericanos a través suyo, a pesar de que la licencia bancaria le fue revocada. En los tres supuestos, las descripciones sirven como antecedentes para luego explicar cuáles fueron las actividades concretas objeto de reproche... De cualquier modo, lo cierto es que el Considerando III del fallo de mérito, dedicado a la motivación intelectual que sustenta las decisiones del a quo, complementa y precisa los extremos que la defensora echa de menos, con datos que integran el marco histórico que se tuvo por demostrado.”

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 231 de las 8:45 horas del 9 de abril de 2003.

77.- SENTENCIA. Congruencia entre la motivación oral en la sala de debates y la fundamentación escrita.

“El nuevo proceso penal introdujo la obligación de los juzgadores de justificar oralmente ante las partes, los fundamentos de su decisión, cuando han dispuesto diferir el dictado íntegro de la sentencia y solo comunican la parte dispositiva de la decisión, luego de haber deliberado —párrafo cuarto, artículo 364 del Código Procesal Penal—. Este acto tiene trascendental importancia desde el derecho de tutela judicial efectiva y de fundamentación de los actos del poder público —artículos 41, 9 y 11 de la Constitución Política— y es especialmente importante luego de una audiencia oral en que se ha producido toda la prueba relevante para sustentar un fallo, en presencia de todas las partes y de manera pública, de modo que al retirarse los encargados constitucionalmente de *decidir* el resultado de ese debate, a su regreso explicarán sucintamente y en forma oral los fundamentos de la decisión, en una suerte de intermediación para las partes y el público, de lo resuelto, principio que se verá posteriormente fortalecido con la lectura íntegra de la sentencia, que siempre se ha resaltado como uno de los momentos más relevantes de legitimación del poder jurisdiccional de cara a la sociedad y, por lo tanto, de trascendental importancia para el sistema democrático, por muy distorsionado que tal acto sea en la práctica diaria de nuestros Tribunales. La motivación oral de las decisiones es pues, otra forma de fortalecer el principio democrático aludido. Si bien la ley señala que se trata de una exposición *sintética* de los elementos de juicio más relevantes para respaldar lo resuelto, debe tomarse en cuenta que la naturaleza oral de tal acto matiza no solo el alcance, sino la exposición misma, que nunca podrá ser tan extensa y razonada como será la motivación plena que se plasmará en el fallo por escrito. Sin embargo, eso no significa que pueda existir entre ambos razonamientos, contradicciones, antes bien, los elementos esenciales,

aquellos que son pilar de la decisión que se adopte, deben permanecer idénticos y por ello, las diferencias existentes a ese nivel, vician por contradictoria la fundamentación, que tal cual lo razona la impugnante, es una sola. En el caso concreto, de la escucha del casete número 5, lado B, en que se registra la fundamentación oral que rindió el juez J. C. P. M., es posible apreciar cómo el juzgador de manera expresa señala que el testimonio de R. T. Z., su declaración, no les mereció credibilidad al punto de que, al solicitarlo el Ministerio Público, quedan a su disposición las piezas del sumario para que, según su voluntad, sea ese órgano el que tome las acciones pertinentes. También es claro al señalar que la ofendida presentó lesiones en su cuello, evidenciando que el acusado la tomó de allí y la apretó fuertemente, recalándose incluso que ese era un aspecto que el Ministerio Público había dejado bien establecido. Dijo sin embargo, que el Tribunal "tenía dudas" de que si al apretar "fuertemente" esa zona el acusado quería solo sostener a su víctima para golpearla en la cara o si en realidad "quería matarla". Sin embargo, estos extremos esenciales para la suerte de la imputación que el Ministerio Público le hizo a J.S. por el delito de tentativa de homicidio, varían en los fundamentos escritos. El Tribunal señala que el testimonio de T. Z. es "coherente" y gracias a esta deposición introduce la duda respecto de si el acusado efectivamente sujetó del cuello a la ofendida — cosa que oralmente quedó bien establecida— y además, duda de que esta presentara lesiones en esa zona, que estiman deberían ser de tal envergadura para justificar la intención de acabar con su vida que tenía el acusado, lo cual contradice la fundamentación oralmente vertida y ello invalida el fallo, porque se trata de aspectos **esenciales**. El Tribunal absuelve a J. S. de la tentativa de homicidio, porque duda de que este hubiera sujetado del cuello a la ofendida; luego, de que en todo caso lo hiciera con la intención de acabar con su vida y tercero, duda de la dinámica en que la agresión se da, todo motivado en la credibilidad que, por escrito, parecen darle al testigo T. Z., cuya versión se enfrenta a la de la víctima y a la del testigo A. C., sin que, en todo caso, se den razones que permitan comprender a cuáles testimonios se les dio fe y por qué, pues parece que al final, les cree "a todos y a ninguno."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 982 de las 10:05 horas del 31 de octubre de 2003.

78.- SENTENCIA. Lectura integral y firma tardía.

"Ya esta Sala ha sostenido en forma reiterada —con el voto salvado del Magistrado A. C. R.— que carece de interés procesal decretar la nulidad de la sentencia cuando ha sido firmada de manera extemporánea, porque no produce ningún perjuicio a los derechos de las partes y que ante esa irregularidad, lo que se debe es tramitar un proceso de índole disciplinaria para averiguar si el funcionario ha faltado en el cumplimiento de alguno de los deberes de su cargo, pero no sancionar al proceso y

a las partes exigiendo la celebración de un nuevo juicio. Igual criterio se ha sostenido, cuando no existe integración completa del Tribunal al momento de dar lectura a la parte integral o bien, cuando su integración es diferente a la que conoció el juicio oral (en este sentido, ver sentencias número 033-F-94 de 9:15 horas del 21 de enero; número 083-F-94 de 16:20 horas del 21 de abril y número 127-F-94 de 8:40 horas del 13 de mayo, todas del mismo año 1994; 359-97 de 12:15 horas del 18 de abril de 1997 y 269-98 de 10:40 horas del 13 de marzo de 1998). En un caso similar al presente, en el cual el a quo no se integró para la lectura integral de la sentencia y además, uno de los jueces estampó su rúbrica tardíamente, esta Sala resolvió, que: "... *La mayoría de esta Sala —con el voto salvado del Magistrado C.— ha mantenido el criterio de que, en asuntos como el presente en donde no se aprecia la existencia de un perjuicio concreto y efectivo para los derechos y garantías de las partes, no se justifica aplicar una sanción procesal al fallo, pues ello implicaría un grave, costoso e injustificado atraso para la administración de justicia, en el presente caso el Juez H. G. participó en el debate, intervino en la deliberación, así como también suscribió la parte dispositiva de la sentencia, sin embargo no suscribió la redacción final que estaba encargada a uno de los restantes jueces, ni estuvo presente durante la lectura integral, sino que la suscribió con posterioridad haciendo suyos y ratificando el contenido de la misma, razón por la cual no se aprecia que se hubieren violado los derechos de las partes, en especial al no existir ninguna duda sobre la integración del Tribunal, ni sobre quienes deliberaron y tomaron la decisión en este asunto, así como tampoco sobre la autenticidad del fallo, lo que no justifica atender el reclamo de nulidad...*". (Cfr. sentencia número 485-98 de 9:40 horas del 22 de mayo de 1998). A ello debe agregarse, que lo que constituye un defecto que justificaría anular la sentencia, sería la carencia de firma de uno de los jueces que impida determinar si ha participado en la deliberación (artículos 144, 369, inciso f) y 363, inciso e) del Código Procesal Penal), supuesto no acreditado en la especie."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 245 de las 9:15 horas del 25 de abril de 2003.

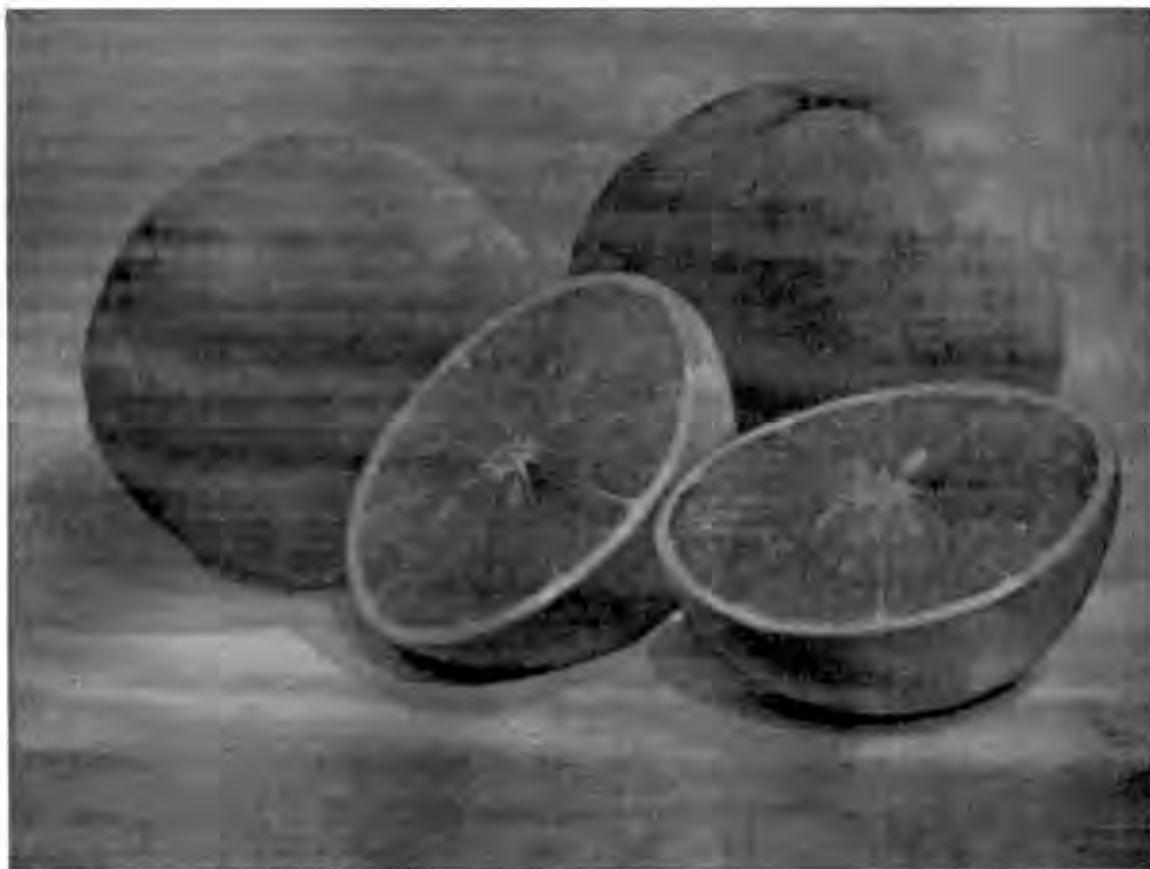
79.- SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA. Necesidad de un plan reparador efectivo.

"El reparo de casación interpuesto por el querellante contra el acuerdo del Tribunal que aprobó suspender a prueba el proceso, radica en que la defensa no propuso un plan para reparar el daño causado a la parte ofendida en este asunto, ni el a quo consideró que ello era importante, limitándose a imponer al justiciable condiciones ajenas a la cuestión. Lleva razón el recurrente: Como acertadamente lo indica el representante del Ministerio Público al responder la audiencia otorgada con motivo de este recurso, si bien es cierto que en la formulación vigente para esas fechas

(año 2000), el artículo 25 del Código Procesal Penal no exigía la conformidad de la víctima como requisito para la concesión de ese beneficio procesal, si indicaba claramente, que: *"la solicitud deberá contener un plan de reparación del daño causado por el delito..."*, añadiendo que: *"plan podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos"*. En el presente asunto, como es visible a folios 198 y 199, el tribunal aprobó la susodicha solicitud de suspensión a prueba del proceso, estableciendo como condiciones para su cumplimiento que, durante tres años, L. M. prestara cinco horas por semana de labores comunales en la Parroquia S. M. Y G., amén de residir en San Francisco de Dos Ríos y no cometer nuevo delito. En otras palabras, no se contempló ninguna reparación, natural o simbólica del daño causado a la víctima, como tampoco fue un proveído precedido por la conciliación de las partes. En efecto, los

deberes impuestos al acusado pueden ser socialmente útiles, pero son ajenos a un plan de reparación, tal y como lo conceptuaba (hoy día lo hace con mayor drasticidad) el artículo 25 del Código Procesal Penal. En tanto es así, la resolución carece de fundamentos legítimos, al haberse dejado de considerar aspectos esenciales que debe contemplar, como lo alega el impugnante, por lo que debe declararse con lugar la casación interpuesta, dejando sin efecto el voto 641, de las 16:00 horas del 12 de diciembre de 2000, emitido por el Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, que acordó la suspensión a prueba del proceso para el señor L. M., en la causa que se le sigue por el ilícito de uso de documento falso en detrimento de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT)."

Sala Tercera de la Corte, voto n.º. 914 de las 10:10 horas del 13 de octubre de 2003.



"Las naranjas". Acrílico de Gerardo González